



EL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS

Tesis que presenta el Doctorando

AMAURY SILVEIRA MARTINS

para optar al título de Doctor en Derecho

por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE

Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla
Curso académico 2015/2016

Dedico esta obra a mis hijos Bruna Lopes Toledo Martins, Rafael Lopes Toledo Martins (*in memoriam*), Guilherme Lopes Toledo Martins, Sofia Bittencourt Cedro Martins, y a mi hijastro Bruno Thorquetti Ferreira Barsony.

Su elaboración se me ha tornado singularmente importante al lado de mi esposa Andrea Ferreira Cedro, y simboliza el cumplimiento de un compromiso y un homenaje personal ante la pérdida de tía Nazaré Silveira Pereira (*in memoriam*), que sólo ha podido ser culminado con la dedicación y amor de mis padres D. Amauri Martins Ferreira y Dña. Maria José Silveira Martins.

La realización de la presente Tesis Doctoral en la Universidad de Sevilla ha sido posible merced a la generosa dirección del Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete, y se ha vuelto especialmente grata con la presencia académica del Prof. Dr. Miguel Polaino-Orts y la amistad de mi colega de estudios doctorales Alri Zurita Gutiérrez.

Agradezco inmensamente a todos ellos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
---------------------	----

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO JURÍDICO DEL FENÓMENO DEL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

I.	Consideraciones previas	21
II.	Los conceptos de migración internacional y de tráfico ilegal de personas	24
III.	La migración internacional	25
IV.	El tráfico ilegal de personas	27
V.	Las principales causas del fenómeno migración internacional y los factores que favorecen el tráfico ilegal de personas	30
VI.	El tráfico ilegal de personas y la esclavitud	35
VII.	La distinción entre la antigua esclavitud y la denominada “nueva esclavitud”	38

CAPÍTULO II LA PROBLEMÁTICA CRIMINOLÓGICA DEL TRÁFICO DE PERSONAS Y ALGUNOS APORTES VICTIMOLÓGICOS

I.	La perspectiva político-criminal	49
A.	Introducción	49
B.	Las políticas públicas internas de los Estados de la Unión Europea	52
C.	La Política criminal de la Unión Europea	56
D.	La necesidad de armonización de las legislaciones nacionales	61
E.	La perspectiva de género en el combate al tráfico ilegal de personas	64
II.	La distinción entre el tráfico ilícito o contrabando de personas y la trata de seres humanos	74
A.	Formas de contrabando de migrantes	75
B.	Formas de trata de seres humanos	78
III.	El problema de la falta de precisión normativa	83

CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN CRIMINAL PARA EL TRÁFICO DE PERSONAS Y SU VINCULACIÓN CON EL BLANQUEO DE CAPITALES

I.	Planteamiento	89
II.	La estructura orgánica y las fórmulas de operación de las organizaciones criminales	92
III.	Las tipologías de las organizaciones criminales	97
IV.	El delito de tráfico de personas y su vinculación con el blanqueo de capitales	105
A.	Generalidades	105
B.	Tipologías de blanqueo de capitales	111
1.	Proceso de blanqueo en el sector inmobiliario	113
2.	Proceso de blanqueo en los sistemas de compensación	113
3.	Proceso de blanqueo por la utilización de dinero en efectivo	114
4.	Proceso de blanqueo por carruseles de IVA	114
5.	Proceso de blanqueo por banca corresponsal	115
6.	Proceso de blanqueo por gestión de transferencias	116
7.	Proceso de blanqueo por dinero electrónico	117

8.	Proceso de blanqueo por nacionales de países asiáticos	118
9.	Proceso de blanqueo por nacionales de antiguas repúblicas soviéticas	119
10.	Proceso de blanqueo por nacionales de países del norte de África	120
11.	Proceso de blanqueo por consultores y asesores	121
12.	Proceso de blanqueo por personas expuestas políticamente (PEP)	122
V.	El fenómeno de la “asociación criminal de organizaciones” y la responsabilidad penal	123

CAPÍTULO IV

EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

I.	La evolución del Derecho internacional en materia de tráfico ilegal de personas	129
II.	La importancia de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000	142
III.	El Derecho de la Unión Europea y el tráfico ilegal de personas	151
IV.	Los principales instrumentos normativos de la Unión Europea	157
V.	El tráfico ilegal de personas: los delitos internacionales, los transnacionales o transfronterizos y la jurisdicción penal	161
VI.	La extradición y algunas cuestiones polémicas respecto al tema	167
A.	Extradición activa	175
B.	La extradición pasiva	176
C.	Extradición voluntaria	178
D.	Extradición en tránsito	178
E.	La posibilidad de reextradición	179
VII.	El Derecho comparado en materia de delito de tráfico de personas	179
VIII.	Un análisis comparativo del delito de tráfico de personas	185
A.	La teorización comparativa	185
B.	El delito de peligro: el fenómeno de la expansión normativa	192

CAPÍTULO V

EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN BRASIL

I.	El fenómeno brasileño del tráfico ilegal de personas	203
II.	Principales rutas de la conexión ibérica	208
III.	La legislación penal brasileña	210
IV.	El delito de tráfico internacional de personas	211
A.	Acción típica	212
B.	Sujetos activo y pasivo	212
C.	Elementos del tipo legal	214
D.	La relación de causalidad	216
E.	Objeto jurídico y consentimiento de la víctima	217
F.	Imputación subjetiva	218
G.	Consumación y tentativa	221
H.	El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz	222
I.	Tráfico de personas agravado (art. 231, § 2º, CP)	223
J.	Intervención y concursos	225
K.	Continuidad delictiva	227
L.	Confrontación de delitos	227
M.	Las declaraciones de la víctima	228
N.	La prisión preventiva	229
O.	La penalidad	230

CAPÍTULO VI EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN PORTUGAL

I.	El fenómeno portugués del tráfico ilegal de personas	235
II.	Las acciones conjuntas de Portugal y España de combate a la criminalidad	237
III.	Sistema normativo del Código penal portugués	238
A.	Acción típica	239
B.	Sujetos activo y pasivo	241
C.	Elementos del tipo legal	244
D.	La relación de causalidad	247
E.	Objeto jurídico y consentimiento de la víctima	251
F.	Imputación subjetiva	251
G.	Consumación y tentativa	253
H.	El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz	254
I.	Tráfico de personas agravado (art. 160, n. 4, del CP)	255
J.	Intervención y concursos	256
K.	Continuidad delictiva	261
L.	Confrontación de delitos	263
M.	Las declaraciones de la víctima	263
N.	La penalidad	264
O.	La libertad condicional y la sustitución de la pena	271

CAPÍTULO VII EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN ITALIA

I.	Las características y dimensiones del tráfico ilegal de personas en Italia	279
II.	Las principales diferencias entre <i>Mare Nostrum</i> y <i>Tritón</i>	280
III.	Cuadro operativo de socorro	281
IV.	La realidad de las víctimas de tráfico ilegal de personas en Italia	283
V.	La actuación de las mafias desde territorio italiano	285
VI.	La legislación italiana de combate al tráfico ilegal de personas	286
VII.	La regulación del Texto Único sobre la Inmigración en Italia	288
A.	Acción típica	290
B.	Sujetos activo y pasivo	290
C.	Elementos del tipo legal	293
D.	La relación de causalidad	295
E.	Objeto jurídico y consentimiento de la víctima	295
F.	Imputación subjetiva	298
G.	Consumación y tentativa	299
H.	El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz	300
I.	Tráfico ilegal de personas agravado (art. 12, § 3º, TUI)	300
J.	Aplicación de las circunstancias atenuantes (art. 12, § 3º quater, TUI)	301
K.	Intervención y concursos	301
L.	Confrontación de delitos	303
M.	Las declaraciones de la víctima	305
N.	Flagrancia delictiva	305
O.	La penalidad	307

CAPÍTULO VIII EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN ESPAÑA

I.	El tráfico ilegal de personas en el ordenamiento español	313
II.	Las sospechas de deportaciones “en caliente” por parte de España	316
III.	La cuestión del uso de alambradas con cuchillas en Ceuta y Melilla	319
IV.	El Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE) de España	320
V.	Las respuestas en red que colaboran en la lucha contra el tráfico en España	323

A.	Detección y prevención	325
B.	Identificación, protección y asistencia a víctimas	325
C.	Mejora del conocimiento y de respuesta eficaz	325
D.	Persecución del delito	326
E.	Cooperación y coordinación	326
VI.	La evolución de la legislación española	326
VII.	Cuadro comparativo (LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal)	334
VIII.	Examen del art. 318 bis del Código penal español	340
A.	Acción típica	341
B.	Sujetos activo y pasivo	343
C.	Elementos del tipo legal	349
D.	La relación de causalidad	352
E.	Objeto jurídico y consentimiento de la víctima	354
F.	Imputación subjetiva	358
G.	Consumación y tentativa	366
H.	El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz	369
I.	Excusa absolutoria	370
J.	Tráfico de personas agravado (art. 318 bis, n. 1, del CP)	371
K.	Tráfico de personas atenuado (art. 318 bis, n. 6, del CP)	372
L.	Intervención y concursos	373
M.	Continuidad delictiva	381
N.	Confrontación de delitos	382
O.	Las declaraciones de la víctima y del acusado	388
P.	Las dilaciones indebidas	392
Q.	La penalidad	394
R.	La libertad condicional	397

CAPÍTULO IX

LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LA REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

I.	La tutela jurídica de tercera generación	407
II.	La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción universal	413
III.	La consideración del delito de tráfico de personas como delito internacional	419
IV.	Las políticas actuales de los acuerdos de readmisión en materia de inmigración irregular	426
V.	La necesidad de ayuda humanitaria en países de conflicto como forma de prevención al tráfico de persona	428
VI.	La labor indispensable de distinción de la migración económica, del refugio y de la situación de infiltración de terroristas	431
VII.	Reflexiones generales de síntesis	437
VIII.	Propuestas <i>de lege ferenda</i>	454

CONCLUSIONES	465
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	475
---------------------	-----

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão (port.)
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
APDHE	Asociación por los Derechos Humanos de España
ACR	Acórdão Criminal (port.)
art.	Artículo
Cas.	Cassazione (ital.)
CE	Constitución Española
CE	Comunidad Europea
CEAR	Comisión Española de Ayuda al Refugiado
CEPOL	Colegio Europeo de Policía
CC	Código Civil
CCVM	Centro de Coordinación de Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras
CF	Constituição Federal (port.)
Cfr.	Conforme
CP	Código Penal
CPP	Código de Proceso Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa (port.)
CRVM	Centro Regional de Vigilancia Marítima
DJF	Diário da Justiça Federal (port.)
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (port.)
eDJF	Diário da Justiça Federal eletrônico (port.)
ENAFRON	Estrategia Nacional de Seguridad Pública en la Fronteras
EUROSTAT	Oficina Estadística de la Unión Europea
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
ICMPD, en inglés	Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias
IEPALA	Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África
IPEC	Programa Internacional para la Abolición del Trabajo Infantil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
n.	numero
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG's	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
p.	página
pág.	página
Pen.	Penale (ital.)
PEP	Personas Expuestas Políticamente
pp.	páginas
Proc.	Proceso
RT	Revista dos Tribunais (port.)

SENASP	Secretaría Nacional de Seguridad Pública
SNJ/MJ	Secretaría Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia
Sent.	Sentenza (ital.)
SIVE	Sistema Integral de Vigilancia Exterior
STF	Supremo Tribunal Federal (port.)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (port.)
STS	Sentencias
TACRSP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (port.)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais (port.)
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná (port.)
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (port.)
TRF	Tribunal Regional Federal (port.)
Trib.	Tribunal
TUI	Texto Único sobre Inmigración
UAV's, en inglés	Vehículos Aéreos no Tripulados
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

INTRODUCCIÓN

El tráfico ilegal de personas es una realidad en todo el mundo. En la medida en que existen países subdesarrollados y sus habitantes no ven la posibilidad de poder mejorar sus condiciones de vida, debido al desempleo, falta de vivienda, mala calidad de los servicios de salud, educación, agua y saneamiento, etc., buscan nuevos horizontes en otras regiones del mundo, en países más desarrollados que les ofrezcan posibilidades de trabajar y producir el dinero necesario para tener una vida mejor.

Los niños y adolescentes, de manera especial, no escapan a esta realidad. La familia sumida en la pobreza busca mejores horizontes para sus hijos, con la falsa creencia de que en otros países van a vivir mejor aunque estén alejados de su familia de origen, pero como no pueden migrar de manera legal, debido a la propia situación endémica de pobreza que padecen, recurren a la migración ilegal y a la aceptación del tráfico de personas.

Las estadísticas indican que el tráfico ilegal de personas es la tercera actividad ilegal más lucrativa en el contexto social internacional, por detrás del narcotráfico y del tráfico de armas. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) afirma que cerca de dos millones y medio de individuos son víctimas de este flagelo en todo el mundo¹. Las víctimas del crimen suelen ser personas vulnerables, sobre todo mujeres, niños y hombres que se hayan en condiciones físicas o económicas delicadas: “acostumbrados” a la discriminación y que frente a la misma no encuentran la forma de oponer una gran resistencia.

Este negocio consiste en enganchar, reclutar y secuestrar a través del engaño a víctimas que, una vez dentro del sistema de ilegalidad, no ven alternativa ni escapatoria a la

¹ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 1ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi S. A., 2007, pág. 31.

propia situación que les atenaza. Aunque la finalidad más habitual de tráfico sea la explotación laboral o sexual, también existen casos de víctimas sometidas a la servidumbre, a la explotación para la mendicidad (en el caso de los niños), al tráfico de órganos o hasta a la guerra².

Las migraciones internacionales pueden, en esas situaciones, generar problemas complejos a las sociedades, y un punto al respecto en el que hay acuerdo en la sociedad es el entendimiento de que la vida, la salud y la dignidad de las personas deben ser eficazmente protegidas con leyes que capten de modo específico la necesidad de tutela que reclama la singular posición de las víctimas, y que responda de modo específico a las características particulares de los autores y de su modo de operar.

De este complejo fenómeno, nos interesará en la presente investigación su lado más oscuro, la nueva forma de criminalidad que ha surgido en torno al fenómeno migratorio y a la nueva realidad económica y social de la globalización, denominada genéricamente como tráfico ilegal de personas. Esta nueva forma de delincuencia consiste básicamente en hacer de los movimientos migratorios un nuevo y rentable negocio, que normalmente está en manos de la criminalidad organizada transnacional, a costa de mercantilizar y explotar a las personas más necesitadas y vulnerables, para obtener de ello un provecho económico o de otra índole. Se trata de una nueva forma de criminalidad global, que aparece en casi todos los países, regiones y continentes del mundo y en todo tipo de economías.

El tema que será abordado en la tesis doctoral, el tráfico ilegal de personas, básicamente se caracteriza por diversos factores. En primer término, por su componente geográfico, es decir, por su carácter transnacional, cuya actividad consiste en la ayuda o la gestión o control del traslado geográfico de personas de un lugar a otro, en su mayor parte realizada de forma clandestina o ilegal, pudiendo llegar incluso a cuestionar el control estatal de las fronteras. En segundo término, por tratarse de una nueva forma de explotación de la persona, ya que la cosificación del ser humano, que este tipo de tráfico conlleva, importa la lesión o puesta en peligro de los derechos individuales más elementales de la

² Cfr. COLUCCIA, Anna y FERRETTI, Fabio, *Immigrazione: nuove realtà e nuovi cittadini*, Milán: Franco Angeli, 1998, pág. 45.

persona. Y en tercer lugar, por su rentabilidad, proveniente de un nuevo negocio que mercantiliza al ser humano para obtener de ello un beneficio económico o de otra índole.

El tráfico ilegal de personas se ha convertido en un fructífero y rentable negocio internacional, que viene siendo gestionado fundamentalmente por la delincuencia organizada transnacional. Este negocio puede consistir sustancialmente en la gestión del “tráfico ilícito de personas” o “contrabando de migrantes”, mediante la ayuda o el control de la entrada, estancia o salida irregulares o clandestinas de migrantes para obtener un provecho económico –en este caso, se puede llegar a suplantar, incluso, la función estatal de policía de fronteras y, de este modo, vulnerar el interés de los Estados en el control del flujo transfronterizo de personas–, o en la gestión de la “trata de seres humanos”, especialmente de mujeres y niños que son las principales víctimas de los traficantes y explotadores.

La conducta delictiva consiste básicamente en ayudar o controlar la recluta, el traslado o el establecimiento de personas generalmente en un país distinto al suyo, con el fin de su explotación personal. Esta explotación se puede producir en el contexto laboral, sexual o en el sometimiento a esclavitud o servidumbre, empleando medios o aprovechando situaciones que no permitan mostrar una opción real y libre a la víctima. El contrabando de migrantes y la trata de personas son conceptos que pretenden referirse a dos realidades distintas, aunque en su trasfondo tiene como elemento común el fenómeno de la práctica abusiva de la migración internacional.

El asunto principal que será objeto de análisis, discusión y esclarecimiento científico en la elaboración de la tesis doctoral, por tanto, está constituido por el fenómeno complejo y multidisciplinar del tráfico ilegal de personas, especialmente desde la perspectiva del Derecho comparado. La creciente importancia del Derecho internacional y de la Unión Europea ha potenciado la actividad investigadora en el orden comparado en las últimas décadas tanto en el ámbito nacional español como en el plano jurídico extranjero.

A la vista de esta realidad se ha demostrado oportuno ahondar en una línea de investigación sobre el estudio del fenómeno tráfico ilegal de personas a través de una

metodología jurídica comparada, dado el interés y la proyección científica que el mismo presenta en la sociedad contemporánea. Y para facilitar la exégesis y adquirir una idea más precisa del tema objeto de examen, se realizará cotejos con diversos sistemas nacionales, en particular los de Brasil, Portugal, Italia, en relación con el ordenamiento penal español, por cuanto son sistemas normativos que comparten la base de su configuración legislativa en la tradición jurídica romano-germánica.

La investigación también se ocupará de analizar el papel que juega la jurisprudencia dentro de cada ordenamiento jurídico nacional en materia de tráfico ilegal de personas, buscándose no simplemente el conocimiento teórico y la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, sino también, y sobre todo, la determinación concreta de cómo se aplica el Derecho positivo al hecho singular, es decir, el proceso de subsunción de la acción en la ley, al restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales que implican el tráfico de personas.

El trabajo se compondrá de nueve capítulos. En el primer capítulo, se afrontará el estudio del fenómeno del tráfico ilegal de personas, con el necesario planteamiento jurídico del tema, procediéndose además al análisis de los conceptos de migración internacional y de tráfico ilegal de personas, de las principales causas del fenómeno de la migración, y de los factores que favorecen el tráfico de personas y la esclavitud. También serán determinadas las características propias de la antigua esclavitud y de la denominada “nueva esclavitud”.

En el segundo capítulo, se examinará la problemática criminológica a partir de la disciplina normativa del tráfico de personas, estableciéndose aspectos dogmáticos y victimológicos de la figura delictiva en sus dos expresiones, tanto las formas de contrabando de migrantes como de trata de seres humanos; no se olvidará todavía de la perspectiva político-criminal.

En el tercer capítulo, se tratará de la clarificación del fenómeno de las organizaciones criminales que realizan el tráfico de personas, especialmente sobre la base del examen

estructura orgánica, las fórmulas de operación, y las tipologías de tales organismos. También serán estudiadas las modalidades de represión criminal a las organizaciones criminales, sea por medio del delito de tráfico de personas sea por el tipo de asociación (u organización) criminal, y, más allá, la cuestión del blanqueo de capitales, y el fenómeno novedoso de la “asociación criminal de organizaciones” para fines de responsabilidad penal.

En el cuarto capítulo, se analizarán los asuntos relativos a la disciplina del tráfico ilegal de personas en el Derecho internacional y en el Derecho de la Unión Europea, como la evolución del Derecho internacional en materia de tráfico ilegal de personas; la importancia de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000; el Derecho de la Unión Europea en sí y el tráfico ilegal de personas, respecto a los principales instrumentos normativos de la Unión Europea y las exigencias actuales de lucha contra el tráfico de personas. Además, se tratará de distinguir conceptualmente los “delitos internacionales” de los “delitos transnacionales” (o delitos transfronterizos), determinándose las repercusiones de esos crímenes en la jurisdicción penal, bien así serán explicitadas algunas cuestiones polémicas ligadas a la extradición.

En los capítulos quinto, sexto y séptimo, se estudiará el tráfico ilegal de personas bajo una perspectiva de Derecho comparado, con específica referencia a los ordenamientos vigentes en Brasil, Portugal e Italia, tratando de establecer las particularidades de los respectivos sistemas ante las manifestaciones del fenómeno de tráfico de personas.

De este modo, se abordará el examen de las normas legales aplicables nacionalmente y la respectiva jurisprudencia de los tribunales, resaltando particularidades singulares como, por ejemplo, son la constatación de la masiva explotación sexual y laboral de esclavos en territorio brasileño, y también de esclavos que son objeto de tráfico ilegal desde Brasil, o la imperfección del aparato judicial portugués de represión criminal del tráfico de personas y de las acciones conjuntas de Portugal.

A su vez, se analizarán específicamente las características y dimensiones del tráfico ilegal de personas en Italia, esclareciéndose las principales diferencias entre las operaciones

Mare Nostrum y Tritón, sobre la realidad diaria de las víctimas de tráfico en Italia, bien así a respecto de la actuación de las mafias desde territorio italiano.

En el capítulo octavo, se prestará singular atención al análisis del combate al tráfico ilegal de personas en España, con referencia a los problemas relacionados al uso de alambradas con cuchillas en Ceuta y Melilla, las sospechas de entregas “en caliente” de traficados a Marruecos, al funcionamiento del Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE), las respuestas en red que colaboran en la lucha contra el tráfico en territorio español, y, principalmente, se hará un examen del delito de tráfico de personas en el CP español.

En el capítulo noveno, se tratará de las nuevas tendencias en la represión al tráfico ilegal de personas, como la tutela jurídica de tercera generación, la tutela de los derechos humanos por la jurisdicción universal, la consideración *de lege ferenda* del delito de tráfico de personas como “delito internacional”, las políticas actuales de los acuerdos de readmisión en materia de inmigración irregular, la necesidad de ayuda humanitaria en países de conflicto como forma de prevención al tráfico de persona, la indispensabilidad de la labor de distinción de la migración económica, del refugio y de la situación de infiltración de terroristas, para dar finalmente paso a las conclusiones del presente trabajo de investigación.

Se estima que los trabajos de investigación jurídico-penal se hallan dirigidos a ofrecer una visión general de la Ciencia del Derecho y las principales teorías de la dogmática penal en orden a las relaciones existentes entre poder y Derecho, conteniendo reflexiones sobre las Ciencias política y jurídica, los derechos fundamentales, la relación entre la legalidad ordinaria y la constitucional, así como sobre la justicia constitucional y su complejo engarce con la democracia.

Las reflexiones y la problemática sobre las que se centrará el trabajo se estructurarán sobre los puntos esenciales de los respectivos capítulos, con la finalidad de conformar una base de discusión –lo más amplia posible– que aspirará a ponderar las causas de la crisis de cada uno de los aspectos relativos a la prevención y represión al tráfico de personas, así

como a ofrecer una idea de los múltiples factores que repercuten en los objetivos y en los ideales inspiradores del Estado.

El Derecho aplicable será abordado en una perspectiva tridimensional, destacándose dos aspectos esenciales: en primer lugar, que en toda experiencia jurídica confluyen tres dimensiones (hecho social, norma y valor); y, en segundo término, que tales facetas no se muestran aisladas sino que, antes bien, se relacionan mutuamente³.

También se señalará el factor histórico en el análisis de los datos recogidos, porque esas tres dimensiones del Derecho –conforme observó POLAINO NAVARRETE– a la postre no son suficientes para estudiar el fenómeno jurídico en su conjunto; se requiere asimismo la dimensión del factor tiempo, pues la Historia ha de temporalizar las otras tres dimensiones, permitiendo aproximarse al Derecho vivo, palpitante, en acción, en su perspectiva histórica. Esto es, no se estudiará el Derecho de forma estática –como una “rana en formol” o “en una mesa de operaciones”–, sino de forma dinámica, en su contexto histórico o temporal, valorando su evolución anterior y relacionándola con la venidera⁴.

No obstante, se intentará superar en la investigación el modelo tradicional de estudio orientado hacia la mera actividad científica de describir hechos, investigar relaciones, sistematizar las proposiciones y formular criterios de regularidad o legalidad general, sin olvidar que, siendo la objetividad condición fundamental de toda labor científica –como acentúa Carlos S. FAYT–, también lo es que en toda decisión metodológica existe una toma de posición extracientífica, influida por la potencia que ejercen sobre el investigador los valores sociales y políticos de los que, por más esfuerzo que realice, no puede abstraerse en cuanto persona humana, de modo que, sin sobreentender este “coeficiente subjetivo”, ninguna labor científica sería tal⁵.

³ Cfr. LARRAURI, Elena, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1992, pág. 54.

⁴ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona: Editorial Bosch S. A., 2008, pág. 31.

⁵ Cfr. SANTIAGO FAYT, Carlos, *Derecho político*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, tomo I, pág. 137.

Así, al exponer los aspectos conformadores e informadores del sistema constitucional ante la necesidad *de lege ferenda* de concretización de la justicia penal tutelar de la víctima y de la sociedad, ello se hará sin pretender excluir del fenómeno otras particularidades pasibles de descripción. Pues la reducción del criterio de evaluación de un trabajo científico nos conduce a las siguientes cuestiones: ¿De qué sirve en la práctica? ¿Qué alternativa sugiere? Se perseguirá, en consecuencia, la obtención de resultados efectivos y realizables, siempre tratando de alejarnos de otros criterios de investigación que no van a auxiliar en la práctica, o que van a introducir argumentos retóricos para defensa de la permanencia del actual estado de cosas⁶.

En efecto, el presente estudio nace como respuesta a la necesidad de clarificación, explicación y justificación científica del fenómeno jurídico del tráfico de personas, para mejor profundizar sobre las características y extensión del problema. La finalidad del estudio consiste en analizar precipuamente la situación actual en Brasil, Portugal e Italia, y, de un modo especial, España, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un problema multifacético que debe abordarse desde varios enfoques y diferentes ámbitos de actuación.

Se trata, todavía, de un estudio exploratorio cuyos objetivos específicos son: 1) analizar el marco legal existente a nivel nacional, de la Unión Europea e internacional sobre el tráfico de personas; 2) profundizar sobre la situación particular de la trata de personas, abordando la extensión y naturaleza de dicho fenómeno, los factores que favorecen y contribuyen para su desarrollo, las características de las víctimas, los ámbitos y sectores donde se produce la misma; 3) conocer las respuestas institucionales existentes para abordar el problema del tráfico de personas, la existencia de programas de asistencia o de protección a las víctimas, así como el grado de conocimiento sobre el fenómeno que se tiene por parte de las instituciones públicas y privadas; 4) elaborar consideraciones *de lege ferenda* a la luz de los estudios a ser emprendidos.

⁶ Véase IANNI, Octavio, *Enigmas de la Modernidad*, 1ª ed., Ciudad de México: Siglo XXI, 2000, pág. 38.

CAPÍTULO I

**PLANTEAMIENTO JURÍDICO DEL FENÓMENO DEL
TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS**

I. Consideraciones previas

El “tráfico ilegal de personas”⁷ es un fenómeno complejo y de difícil delimitación. Se trata de un proceso dinámico y tiene un carácter multifactorial. Incluye aspectos diversos, relacionados con las políticas migratorias, la violación de los derechos humanos, la lucha contra la delincuencia organizada, las desigualdades estructurales entre países y personas, la pobreza, la protección a las víctimas, la perspectiva de género y la cooperación internacional⁸.

De ahí proviene una cierta complicación terminológica provocada por la propia dificultad de encuadrar o catalogar jurídicamente una realidad polifacética que es muy dinámica, sometida a condicionamientos de toda índole.

La polifacética realidad del fenómeno del tráfico ilegal de personas resulta aun de otros fenómenos actuales, como la mundialización, representada por el proceso de integración que conduce al debilitamiento del papel geopolítico de las fronteras de los

⁷ Así denominado, “tráfico ilegal de personas”, también por Fátima PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykison, 2006; Marco APARICIO, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, 2ª edic., Girona: Documenta Universitaria, 2006; José ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS y Otros, in: *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*, 1ª edic., Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2009; Klaus TIEDEMANN, Adán NIETO MARTÍN y Otros, in *Eurodelitos: el Derecho penal económico en la Unión Europea*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2005; y Fernando PÉREZ ÁLVAREZ y Otros, in *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

⁸ Una realidad polifacética, tal y como reconocido por Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, 1ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pág. 52; Marcel ARÉVALO y Óscar LÓPEZ RIVERA, *Diálogos sobre pobreza y derechos humanos*, 1ª edic., Guatemala: FLACSO, 2007, pág. 35; Consuelo MAQUEDA ABREU y Víctor Manuel MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, in *Derechos humanos, temas y problemas*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pág. 24; José LEITÃO y Otros, in *Tráfico de seres humanos y migraciones: un análisis desde la perspectiva de los Derechos humanos*, 1ª edic., Madrid: IEPALA Editorial, 2005, pág. 20; Luis ARROYO ZAPATERO y Otros, in *La orden de detención y entrega europea*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pág. 161; y Paloma URÍA RÍOS, *El feminismo que no llegó al poder: trayectoria de un feminismo crítico*, 1ª edic., Madrid: Talasa, 2009, pág. 173.

Estados nacionales⁹; la internacionalización, en cuanto intensificación de los intercambios de toda naturaleza entre Estados naciones¹⁰; y la globalización, que proviene principalmente de la expansión de la economía de empresa¹¹.

Todos estos factores son realidades que se interaccionan con el tráfico ilegal de personas sean como causas sean como factores de este fenómeno. Por un lado, se puede verificar que la mundialización demanda una fuerte y creciente desnacionalización de los espacios económicos y suscita proyectos más o menos acabados de regulación de actividades a escala mundial; que una economía internacional liga mercados nacionales territorialmente circunscritos a través de flujos transfronterizos de capitales, de mercancías, de personas y de informaciones, y que todo eso implica una situación de globalización financiera. Por otro lado, también se puede constatar que el conjunto de tales hechos se encuentra estrechamente relacionado por el incremento de la población mundial y con el fenómeno de la migración internacional sin precedentes, que se está produciendo en las últimas décadas como una consecuencia más de la globalización¹².

⁹ Sobre el fenómeno de la mundialización, véase Jean-Pierre WARNIER, in *La mundialización de la cultura*, 1ª edic., Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001; Jaime OSORIO y Otros, in *El Estado en el centro de la mundialización: la sociedad civil y el asunto del poder*, 1ª edic., Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades Fondo de Cultura Económica, 2005; y Nicolás ANGULO SÁNCHEZ, *El Derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*, 1ª edic., Madrid: IEPALA, 2005.

¹⁰

Bajo una visión de mercados, véase Ernesto RAMÍREZ SOLANO, *Moneda, banca y mercados financieros*, 1ª edic., Ciudad de México: Pearson Educación, 2007; Gordon ALEXANDER, William SHARPE y Otros, in *Fundamentos de inversiones: Teoría y práctica*, 3ª edic., Ciudad de México: Pearson Educación, 2003; y Luigi ZINGONE y Felipe RUIZ MORENO, in *Estrategias y modalidades de ingreso para competir en mercados internacionales*, 1ª edic., Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2014.

¹¹ En el marco de ese horizonte de reflexión, véase Saskia SASSEN, *Una sociología de la globalización*, 1ª edic., Buenos Aires: Katz, 2007; Ana María ARAGONÉS, Aída VILLALOBOS y Otros, in *Análisis y perspectivas de la globalización: un debate teórico*, 1ª edic., México: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. II, 2005; James MITTELMAN, *El síndrome de la globalización: transformación y resistencia*, 1ª edic., México: Siglo Veintiuno Editores, 2002.

¹² Véase, a propósito, PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.* pág. 53. También RODRÍGUEZ MESA, María José y RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Inmigración y delincuencia*, Valencia: Comunidad Valenciana del diario El País, 2001; y el mismo autor en *De nuevo sobre inmigración y delincuencia*, Valencia: Comunidad Valenciana del diario El País, 2002.

Una de las claves por las que pervive la “nueva esclavitud” se encuentra en los fenómenos de la mundialización, de la internacionalización y de la globalización¹³: una esclavitud que se desarrolla en un mundo marcadamente desigual y tramado por unas relaciones de poder claramente asimétricas, lo que propicia un sistema de intercambios desiguales entre países y acentúa la dominación de clase y de género preexistentes; y ello porque determinados factores elevan el riesgo de las víctimas de caer en las redes del tráfico humano, como el desempleo, las situaciones de posconflicto bélico, la opresión, el excesivo aumento demográfico en los países de origen, el subdesarrollo, la discriminación y la inestabilidad¹⁴.

Los elementos esenciales que configuran el escenario del tráfico ilegal de personas, por tanto, son la desigualdad y la pobreza que caracterizan las condiciones materiales de vida de las personas sometidas a tales prácticas, es decir, la situación de extrema necesidad en la que se encuentran millones de seres humanos¹⁵, como consecuencia de múltiples factores, como el hambre, las guerras, los desastres naturales, que viene permitiendo que existan prácticas esclavistas, nuevas o viejas.

Como toda forma de esclavitud, el tráfico ilegal de personas no consiste en otra cosa que en la explotación de la pobreza y miseria humana para obtener provecho de ello¹⁶. El fenómeno no se produce de igual forma en todo el mundo, sino que el factor geográfico determina características propias en ese fenómeno de un lugar a otro. Esa característica diversidad, con todo, no es óbice para que se describa los rasgos comunes que lo definen y

¹³ La denominación “nueva esclavitud” es también utilizada por muchos autores, por ejemplo: Kevin BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, 1ª edic., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000; Hugo CLAVILEÑO, *La nueva esclavitud*, 1ª edic., Madrid: Instituto de Investigación y Desarrollo Editorial, 1995; Sixto SÁNCHEZ LORENZO y Otros, in *Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, 1ª edic., Barcelona: Atelier Libros, 2009; y Francisco BLANCO FIGUEROA, *Desarrollo con rostro humano*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad de Colima, 2002.

¹⁴ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario y LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres. De la represión al delito a la tutela de la víctima*, 1ª edic., Madrid: Ministerio de la Justicia, 2007, pág. 25.

¹⁵ Casi 870 millones de personas –una en cada ocho en el mundo– sufrieron desnutrición crónica entre 2010-2012, según Informe de las Naciones Unidas sobre el Hambre, in *Finanzas & Desarrollo*, Madrid: Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, 2012).

¹⁶ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 63.

para que se destaque sus elementos identificadores, con el propósito de conseguir una mejor comprensión de esa problemática¹⁷. Así, como elemento comprensivo de una realidad que se esconde en los movimientos migratorios, se pueden incluir dos situaciones distintas entre sí, pero estrechamente entrelazadas, cuales son la “migración internacional” y el “tráfico ilegal de personas”.

II. Los conceptos de migración internacional y de tráfico ilegal de personas

El primer cometido a afrontar consiste en establecer la debida distinción entre los diversos conceptos y fenómenos que concurren en el complejo mundo de la migración internacional y del tráfico ilegal de personas. En el tratamiento teórico del problema son varios los términos que se utilizan para describir las realidades que se intentan tratar, y en muchos casos se utilizan locuciones de forma intercambiable, sin señalar ningún tipo de especificidad en los fenómenos referidos, lo cual no siempre resulta correcto.

Los conceptos de migración internacional y tráfico ilegal de personas se utilizan a menudo como sinónimos y, si bien es cierto que se pueda establecer un alto grado de similitud entre ellos, se debe –cuando menos y *a priori*– distinguir esas dos situaciones, en cuanto términos que en un alto porcentaje de las ocasiones van a describir el fenómeno del desplazamiento transfronterizo ilícito, pero matizado de diferentes circunstancias.

¹⁷ Para establecer el sentido de la palabra concepto en su acepción genérica de producto mental, el método etimológico no es enteramente concluyente, pero nos presta una ayuda estimable: la referencia a la actividad vital de la generación. En efecto, *concipire*, de donde viene *conceptus* –ya como participio en inflexión pasiva, ya como sustantivo– tiene, entre otros significados, el correspondiente al producto de la generación vital y de ese modo llega también a designar, por extensión, los hijos o la prole. En esta dirección etimológica el concepto es lo concebido, tendiendo por ello lo generado o engendrado. Cfr. MILLÁN-PUELLES, Antonio, *La lógica de los conceptos metafísicos. La lógica de los conceptos transcendentales*, 1ª edic., Madrid: Ediciones Rialp, 2002, vol. I, pág. 73.

III. La migración internacional

Tras la Segunda Guerra Mundial¹⁸, Europa se ha convertido en receptor de la migración internacional. El mayor flujo de migración en Europa se ha producido en los años 50 y 60, motivado por la necesidad de mano de obra que tenía el continente en la posguerra. Una migración caracterizada por la permisividad de los Estados receptores que necesitaban de mano de obra para la reconstrucción de los países, cuyo flujo de migrantes procedía de países meridionales de la Europa occidental y de la migración proveniente de ex colonias, principalmente para atender a las necesidades de Estados como Alemania y Francia¹⁹.

A partir del denominado periodo de la “*crisis del petróleo de 1973*”, esta política migratoria pasa a cambiar radicalmente, y los Estados que anteriormente habían incentivado los flujos migratorios proceden progresivamente a dificultar la entrada de los mismos²⁰. Tal política migratoria restrictiva consiste esencialmente en ampliar las condiciones legales que se establecen para la entrada en el país de destino, para el tránsito, la estancia o la residencia en el mismo, para la libre circulación de los extranjeros y para la contratación regular de extranjeros de países terceros a la Unión Europea²¹.

¹⁸ Sobre el tema de la migración posguerra, véase Ana María ARAGONÉS, *Migración internacional de trabajadores. Una perspectiva histórica*, 1ª edic, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000; María Ángeles CEA D’ANCONA y Miguel VALLES MARTÍNEZ, *Xenofobias y xenofilias en clave biográfica*, 1ª edic, Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2010; Edit ANTAL y Otros, *Nuevos actores en América del Norte: Identidades culturales y políticas*, 1ª edic, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol. II; y Francisco CHECA, Juan Carlos CHECA OLMOS y Otros, *Las migraciones en el mundo: desafíos y esperanzas*, 1ª edic, Barcelona: Icaria, 2009.

¹⁹ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de ... op. cit.*, pág. 19.

²⁰ Sobre los diversos efectos de la crisis del petróleo de 1973, véase Eduardo GIORDANO, *Las guerras del petróleo: geopolítica, economía y conflicto*, 1ª edic., Barcelona: Icaria, 2002; José CANTOS FIGUEROLA y Juan Manuel LÓPEZ DE AZCONA, *Aspectos técnicos y económicos de la crisis del petróleo*, 1ª edic, Madrid: Academia de Doctores de Madrid, 1975; María Jesús GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de ... op. cit.*, pág. 19; y José Luis PINEDO VEGA, *El petróleo en oro y negro*, 1ª edic, Madrid: Libros en Red, 2005.

²¹ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 86. Véase, además, Alessandro CORNELI, *Flussi migratori illegali e ruolo dei paesi di origine e di transito*, 1ª edic., Roma: Centro Militare di Studi Strategici, 2005; Maurizio AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, 1ª edic., Bolonia: Il Mulino, 2005; y Paolo BENVENUTI, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, 1ª edic., Roma: Universidad de Roma III, 2008; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ,

Entre los efectos que producen las políticas migratorias de carácter restrictivo están el incremento de la migración ilegal²² y el afianzamiento de bolsas de marginación de los migrantes ilegales, perseguidos por tal condición. La imposibilidad de acceso al mercado laboral condicionales, en el mejor de los casos, a la economía sumergida y a la explotación personal; conduciéndoles, en el peor de los casos, a un engranaje de delincuencia para poder subsistir²³. Por tanto, si es correcto afirmar que las restricciones sobre la entrada de ciudadanos extranjeros en los territorios expresan la manifestación del poder soberano del Estado, que entiende como privilegio el hecho de permitir el acceso de no nacionales en su territorio, también es cierto concluir que el fenómeno de la migración se encuentra guiado por profundas razones económicas y sociales que son susceptibles de intervenciones correctivas, y que no pueden basarse exclusivamente en políticas prohibicionistas.

Las profundas desigualdades sociales, civiles, políticas, y, sobre todo, económicas existentes en los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, junto a los considerables avances en las comunicaciones y en el transporte han contribuido a crear grandes movimientos de población e incrementar significativamente el complejo fenómeno de la migración internacional, de manera que no hay ningún continente ni región del mundo que no haya acogido a migrantes; en otras palabras, todos los países son lugares de origen, paso o destino de migrantes; y muchos países son las tres cosas al mismo tiempo²⁴.

César (Coords.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Granada: Comares, 2001; MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada: Comares, 2001; y LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, *La nueva Ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid: Colex, 2000.

²² Es importante señalar que la migración ilegal, la condición de ilegalidad administrativa en la estancia en el país, en si y normalmente, no implica la realización de un delito por parte del migrante; generalmente los países la consideran una violación a las normas de Derecho administrativo, en materia de Extranjería. Algunos prefieren utilizar en esas situaciones la denominación migración irregular. Así, la nuestra referencia a migración ilegal o migrante ilegal ha de ser comprendida en el sentido de traslado ilegal de personas o migrante con estancia ilegal, respectivamente; por tanto, sin una connotación estigmatizante de la condición humana de la persona.

²³ A proposito del tema, Marzio BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, 1ª edic., Bolonia: Il Mulino, 2002; Valeria FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, 1ª edic., Roma: Carocci Editore, 2012; Luigi Maria SOLIVETTI, *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, 1ª edic., Bolonia: Il Mulino, 2004; Gianna PASQUALE, *Immigrazione, criminalità e carcere in Molise. Tra marginalità diffusa e nuove prospettive educative e di integrazione*, 1ª edic., Roma: Pensa Multimedia, 2013; y Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *Tráfico de ... op. cit.*, pág. 88.

En realidad, la migración no sólo se produce del Sur al Norte, sino que cada vez más se está produciendo una migración del Sur al Sur²⁵, y esta nueva situación dificulta realmente establecer una distinción clara entre países de origen y países de destino, pues en mayor o menor medida muchos países son ambas cosas a la vez.

IV. El tráfico ilegal de personas

Las migraciones internacionales pueden, en algunas situaciones, generar problemas complejos a las sociedades, y un punto en el que hay acuerdo es que la vida, la salud y la dignidad de las personas deben ser eficazmente protegidas con leyes que capten de modo específico la necesidad de tutela que reclama la singular posición de las víctimas, y que responda de modo específico a las características particulares de los autores y de su modo

²⁴ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban J., *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 53. Véase ABRIL PONCELA, Adelina, *La prostitución del hombre de clase media victoriano*, Málaga: Diputación Prov. de Málaga, 1994; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Manuales de Formación continuada n. 5, CGPJ, 2000; AMBOS, Kai, *Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional*, A. P. n. 10, 1998; ANARTE BORALLO, Enrique, *Criminalidad organizada*, Madrid: Revista Penal n. 2, 1998; DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas. La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca: Univ. Castilla-La Mancha, 2000; y el mismo autor en *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Barcelona: Bosch, 1998; DEMETRIO CRESPO, Eduardo y SANZ HERMIDA, Ágata Maria, *Problemática de las redes de explotación sexual de menores. Nuevas cuestiones penales*, Madrid: COLEX, 1998; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2000, y el mismo autor en *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*, Madrid: Revista penal n. 2, 1998; ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, *La ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un paso más en la lucha por la justicia*, Madrid: La Ley, 2001, y el mismo autor en *Estudio sobre la trata de personas y la prostitución (Represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena)*, Nueva York: Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y sociales; y FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A., *Tráfico ilegal de mano de obra. Nuevas cuestiones penales*, Madrid: Colex, 1998.

²⁵ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 53-54. Sobre el asunto véase DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección penal de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch, 1985, y el mismo autor en *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial n. 21, 1999; en *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, Madrid: Revista de Derecho Penal, n. 6, 2000; en *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Madrid: A. P. n. 1, 2001; en *Política criminal y Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; y en *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, 2003.

de operar²⁶.

De este complejo fenómeno, ahora nos interesa su lado más oscuro, que también aparece reflejado entre los objetivos básicos señalados: la nueva forma de criminalidad que ha surgido en torno al fenómeno migratorio y a la nueva realidad económica y social de la globalización, denominada genéricamente como tráfico ilegal de personas. Esta nueva forma de delincuencia consiste básicamente en hacer de los movimientos migratorios un nuevo y rentable negocio, que normalmente está en manos de la criminalidad organizada transnacional, a costa de mercantilizar y explotar a las personas más necesitadas y vulnerables del mundo, para obtener de ello un provecho económico o de otra índole. Se trata de una nueva forma de criminalidad global, que aparece en casi todos los países, regiones y continentes del mundo y en todo tipo de economías²⁷.

El tráfico ilegal de personas se ha convertido en un fructífero y rentable negocio internacional, que está gestionado, como ya mencionado, fundamentalmente por la delincuencia organizada transnacional. Este negocio puede consistir en la gestión del “contrabando de migrantes”, es decir, en la ayuda o en el control de la entrada, estancia o salida irregulares o clandestinas de migrantes para obtener un provecho económico. En este caso, se puede llegar a suplantar, incluso, la función estatal de policía de fronteras y, de este modo, vulnerar el interés de los Estados en el control del flujo transfronterizo de personas.

No obstante, la actividad más importante de este complejo fenómeno la constituye la gestión de la “trata de seres humanos”, especialmente de mujeres y niños que son las principales víctimas de los traficantes y explotadores. Dicha actividad consiste básicamente

²⁶ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 20. Véase GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *Inmigración y delincuencia en España. Análisis criminológico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; y el mismo autor en *La delincuencia de inmigrantes en España. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; y *Análisis cuantitativo de la delincuencia de inmigrantes*, Madrid: Boletín Criminológico n. 49, 2000.

²⁷ Véase Mark GALEOTTI y Otros, *Global crime today. The changing face of organised crime*, 1ª edic., Oxon: Routledge, 2005; Darren PALMER, Michael BERLIN y Otros, *Global environment of policing*, 1ª edic., Boca Ratón: Taylor & Francis Group, 2012; Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 56; y Augusto LEGGIO, *Criminalità organizzata, corruzione, appalti pubblici. Una analisi storica, scientifica ed etica nel contesto della crisi globale*, 1ª edic., Roma: Autor, 2015.

en ayudar o controlar la recluta, el traslado o el establecimiento de personas, generalmente en un país distinto al suyo, con el fin de su explotación personal. Esta explotación se puede producir en el contexto laboral, sexual o en el sometimiento a esclavitud o servidumbre, empleando medios o aprovechando situaciones que no permitan mostrar una opción real y libre a la víctima. Por tanto, contrabando de migrantes y trata de personas son dos conceptos que pretenden referirse a dos realidades distintas, aunque en su trasfondo tiene como elemento común el fenómeno de la migración internacional²⁸.

De ahí deriva una diversidad de conceptos, que varían en cada Estado en función de la amplitud de conductas que incluyen, como se tendrá ocasión de observar al estudiar las diferentes regulaciones sobre el tema²⁹. Aunque estos particulares elementos que distinguen el contrabando de migrantes de la trata de seres humanos puedan se mostrar claros en determinadas ocasiones, en muchos supuestos el filo que separa ambos es muy sutil y es difícil su prueba sin una activa investigación. Y establecer esa diferenciación no es baladí, ni puramente doctrinal. Es importante identificar si una persona es víctima de la trata de seres humanos o es un migrante que ha recibido ayuda para entrar ilegalmente en un Estado. En el primer supuesto se estará produciendo una explotación de la víctima que atenta a sus derechos más esenciales como persona, y, por eso, el tratamiento del fenómeno y las medidas a adoptar respecto de la persona implicada en cada caso son necesariamente distintos³⁰.

²⁸ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 60. Véase GARCÍA ESPAÑA, Elisa y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, *Delitos contra los derechos de los extranjeros*, Madrid: A. P. n. 29, 2002; GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas*, Madrid: Revista Penal n. 2, 1998; y el mismo autor en *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Madrid: Praxis, 1998; GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia, *El desafío de la emigración*, Madrid: J. D. n. 40, 2001; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

²⁹ La “supranacionalidad” de la Ciencia del Derecho penal, de la Dogmática y del la Política Criminal, no debe identificarse con la “supraculturalidad”. Como es sabido, esta identificación es la que tiende a afirmar las importantes corrientes doctrinales que han fundamentado el carácter supranacional de la Dogmática en su referencia a objetos permanentes en el espacio y en el tiempo: las estructuras lógico-objetivas, muy especialmente, o también las estructuras de imputación. A propósito del tema, véase ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, y Otros, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pág. 26.

³⁰ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres ... op. cit.*, pág. 52. También GARRIDO GUZMÁN, Luis, *La prostitución: un estudio jurídico y criminológico*, Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1992; LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y*

V. Las principales causas del fenómeno migración internacional y los factores que favorecen el tráfico ilegal de personas

Los movimientos migratorios han sido una constante a lo largo de la historia de la Humanidad. Los desplazamientos de población a nivel internacional obedecen a causas diferentes dependiendo del momento histórico analizado, que en general pueden resumirse en circunstancias económicas, políticas, bélicas o religiosas³¹.

Con ello se evidencia que los flujos migratorios constituyen un fenómeno complejo y que deben ser abordados desde múltiples perspectivas, tanto económica y social, como política y cultural.

Cada vez más un mayor número de personas busca oportunidades de mejorar su nivel de vida, de escapar de la guerra, de la persecución, de la pobreza, del desempleo o incluso de las violaciones de los derechos humanos, a través de la migración internacional. Son muchas las causas de la migración internacional, y de diversa naturaleza. Entre las principales causas se puede precisar el hambre.

Tras el empeoramiento del llamado fenómeno de la “*crisis mundial alimentaria*”³², a

Derecho penal. Bases para un debate, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Delitos contra la libertad sexual en la Reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)*, Madrid: La Ley, 1990; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Madrid: Atelier, 2004; y el mismo autor en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Perspectiva jurídica y criminológica)*, Madrid: Dykinson, 2001; y CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

³¹ Para una profundización del tema desplazamiento poblacional, véase María Jesús GUARDIOLA LAGO (*El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 1ª edic, Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2007); Santiago Alberto MORALES MESA y Otros, *Desplazamiento de poblaciones. Un acercamiento contextual y teórico*, 1ª edic., Bogotá: Laboratorio Universitario de Estudios Sociales, 2011; Gonzalo WIELANDT, *Poblaciones vulnerables a la luz de la Conferencia de Durban. Casos de América Latina y el Caribe*, 1ª edic., Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2007; Silvia JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *Antropología ambiental. Conflictos por recursos naturculturales y vulnerabilidad de poblaciones*, 1ª edic., Madrid: Dykinson Editorial, 2015); y Mark SMITH, *Sólo tenemos un planeta. Pobreza, justicia y cambio climático*, 2ª edic., Lima: Soluciones Prácticas-ITDG, 2007.

³² Tras más de una década permanente, los precios de los alimentos básicos comenzaron a aumentar en 2002. El índice de precios de alimentos de la FAO indica que entre 2002 y 2007 se produjo una subida anual

partir de 2007, el problema del hambre ha vuelto a ocupar las primeras líneas de la agenda política mundial en cuanto causa determinante de una masiva migración internacional. Entre las circunstancias actuales para esa “tormenta perfecta”³³ están el incremento de precio del petróleo y de los fertilizantes; el aumento de la demanda mundial de cereales; la utilización de tierras de cultivo para la producción de biocombustibles;³⁴ y las consecuencias del cambio climático sobre la producción de alimentos, causas éstas que amplían la pobreza, la volatilidad de los precios, y escasean la productividad agrícola³⁵.

Uno de los obstáculos que dificulta la respuesta política a la cuestión del hambre es la percepción de que las causas de la desnutrición son demasiado numerosas y complejas como para hacerles frente de forma eficaz, incluso existe el problema de los conflictos bélicos. Las tácticas militares empleadas en muchos conflictos son indicativas de lo que podría ser calificado como una “guerra por los medios de vida”³⁶, en la que los recursos básicos se convierten en objetivos de guerra, como la quema de campos y huertos, y la destrucción de almacenes de cereales. En tales casos, tras sufrir ataques e intimidación, los

de algo más del 8%. Era una subida adecuada, paulatina, que se rompe a mediados de 2007, momento en que se disparan los precios. En junio de 2008, el índice de la FAO se situó un 144% por encima del año anterior, creando graves problemas para los consumidores, especialmente aquellos en países en desarrollo. De hecho, en la primera mitad de 2008 se sucedieron revueltas populares en varios países a lo largo de Asia, Centro y Sudamérica, y la amenaza de hambruna por la incapacidad de hacer frente al coste de los alimentos se hizo eminente en varias regiones del mundo. Para datos detallados sobre el aumento de precios de alimentos en mercados locales por país, ver FAO, *Food and Crop Prospect*, abril 2008, pág. 15.

³³ Sobre la utilización de la expresión en sentido figurativo, véase Susana DE TOMÁS MORALES y Otros, *Retos del Derecho ante las nuevas amenazas*, 1ª edic., Madrid: Dykinson, 2015); Ignacio MEDINA NÚÑEZ y Otros, *Integración, seguridad y democracia en América Latina*, 1ª edic., Ciudad de México: Iteso, 2014); Javier SOLANA, Daniel INNERARITY y Otros, *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, 1ª edic., Barcelona: Paidós, 2011; y Axel KAISER, *La miseria del intervencionismo*, 1ª edic., Buenos Aires: Aguilar, 2012.

³⁴ Por ejemplo, Brasil es un país con abundancia de recursos naturales y puede afrontar una política de desarrollo de biocombustible. No obstante, existen controversias sobre sus efectos. Los biocombustibles reducen la emisión de gases invernaderos, pero, como no se utilizan tierras fértiles nuevas, su cultivo tiende a elevar los precios de los alimentos.

³⁵ Cfr. HAUENSTEIN SWAN, Samuel; VAITLA, Bapu y Otros, *El hambre estacional. La lucha silenciosa por los alimentos en el mundo rural más empobrecido*. 1ª edic., Barcelona: Icaria Editorial S.A., 2008, pág. 14.

³⁶ El término “medios de vida” es utilizado con el significado general de los medios de los que se sirven las familias para intentar satisfacer sus necesidades básicas (ej. alimentos, ropa, casa). También la agricultura y la ganadería son dos ejemplos de estrategias de medios de vida.

civiles se ven forzados a convertirse en refugiados y desplazados internos, y a perder por completo sus medios de vida. Así, desde este punto de vista, las respuestas a la crisis no tendrían como único objetivo el restablecimiento de la paz, sino el necesariamente más amplio y más ambicioso de restablecer los medios de vida.

La principal característica de los conflictos armados, en los últimos años, es su carácter interno. Baste señalar que en el período 1989-2002, el 94% de los 116 conflictos producidos ha sido intraestatal, y sólo el 6% restante, conflictos entre Estados. Aproximadamente, un 42% de los conflictos armados actuales tiene más de veinte años de antigüedad, y un 20% tiene un máximo de cinco años de existencia³⁷, lo que pone de manifiesto las dificultades para el tratamiento de ellos, aunque en varias ocasiones se ha intentado abrir caminos de diálogo, pero sin éxito. Por eso suelen ser denominados “*conflictos intratables*”³⁸. Muchos de los viejos conflictos han ido transformando su naturaleza en el curso de los años, pareciéndose cada vez más a las tipologías contemporáneas denominadas “*nuevas guerras o red de guerras*”³⁹.

Estos diferentes calificativos, acuñados desde el mundo académico, ponen el énfasis en el hecho de que la guerra clásica del pasado ha sido sustituida por enfrentamientos armados protagonizados por grupos irregulares que, en su estrategia orientada contra la población civil, violan e ignoran sistemáticamente todos los derechos humanos y las normas

³⁷ Para una visión más amplia sobre los conflictos bélicos en el mundo, véase Vicenç FISAS, *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S. A., 2004; Kai AMBOS, *Violencia sexual en conflictos armados y Derecho penal internacional*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2012; Enric PRAT CARVAJAL, *Las raíces históricas de los conflictos armados actuales*, 1ª edic., Valencia: Universidad de Valencia, 2010; Manuel ERNESTO SALAMANCA y Daniel CASTILLO BRIEVA, *Complejidad y conflicto armado*, 1ª edic., Houston: Fundación Seguridad y Democracia, 2005; Mariano AGUIRRE, Tamara OSORIO y Otros, *Guerras periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos*, 1ª edic., Barcelona: Icaria Editorial, 1998.

³⁸ Conflictos intratables es una expresión ya consagrada en doctrina, para designar un conflicto de difícil resolución. Véase, por ejemplo, Manuel ERNESTO SALAMANCA, *Violencia política y modelos dinámicos: un estudio sobre el caso colombiano*, 1ª edic., Gipuzcoa: Instituto de Derechos Humanos de Pedro Arrupe, 2007; Vicente TORRIJOS RIVERA, *Política exterior y relaciones internacionales*, 1ª edic., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009; Raúl CALVO SOLER, *Mapeo de conflictos: técnica para la explotación de los conflictos*, 1ª edic., Barcelona: Gedisa Editorial, 2015; y José Francisco MORALES DOMÍNGUEZ, Santiago YUBERO JIMÉNEZ y Otros, *El grupo y sus conflictos*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1999.

³⁹ Cfr. FISAS, Vicenç, *Procesos de paz ... op. cit.*, págs. 21-22.

básicas del Derecho internacional: así sucede, a modo de ejemplo, con las actuaciones recientes del grupo armado “DAESH”, también denominado “Estado Islámico”⁴⁰.

Hay también el problema de la violencia difusa como consecuencia de la fragmentación social y de la polarización en espacios donde se imponen los actores criminales. Piénsese, por ejemplo, en los casos de El Salvador, Río de Janeiro⁴¹ o Chechenia, y en lugares donde el Estado está ausente o tiene poca capacidad reguladora sobre los conflictos cotidianos, o no es capaz de proteger a las minorías o al conjunto de la población, con lo que aparecen estructuras paralelas de autoridad, dominio, control político y social, además de estructuras económicas irregulares, donde la violencia ejercida por los grupos tiene también una función reguladora en el marco de una cultura de la violencia sustentada por el machismo, el comportamiento mafioso, la amenaza y el uso de la violencia⁴².

⁴⁰ Sobre referido grupo armado, véase Michael GLINT, *Can a War with Isis Be Won? Isis/Islamic State/Daesh*, 1ª edic., Londres: Conceptual Kings, 2014; Joseph SPARK, *Atrocities Committed By ISIS in Syria & Iraq: ISIS/Islamic State/Daesh*, 1ª edic., Londres: Conceptual Kings, 2014; y Marc BRZUSTOWSKI, Gilles FALAVIGNA, *Daesh et Hamas, les deux visages du califat*, 1ª edic., Paris: Editions Dualpha, 2015.

⁴¹ Se señala que el movimiento *funk* que se inició en 1985, con la música y la danza en la periferia del Río de Janeiro (y San Paulo), a partir de los años 90 pasa a representar un movimiento de culto a la violencia, donde jóvenes participan de grupos, denominados *galeras*, que se reúnen en diferentes zonas y se ponen a menudo a pelear entre sí, además, afrontan la policía. Esos grupos tienen una estética propia, un modo de vida, códigos y rituales de comunicación propios. Para un análisis más detallado sobre el tema, ver Walter BRUNO BERG, Cláudia NOGUEIRA BRIEGER y Otros, *As Américas do Sul: O Brasil no contexto Latino-Americano*, 1ª edic., Berlín: Beihefte Zur Iberoromania, 2001; Rosana DA CÂMARA TEIXEIRA, *Os perigos da paixão: visitando jovens torcidas cariocas*, 1ª edic., San Paulo: Annablumme, 2004; Janaína MEDEIROS, *Funk carioca: crime ou cultura? O som dá medo e prazer*, 1ª edic., Río de Janeiro: Editora Albatroz, 2006. También existe el problema del tráfico de drogas y de la miseria en las *favelas*, que expone la población a la actuación de bandas criminales, de traficantes y de milicianos, conforme señalan Luke DOWDNEY, *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*, 1ª edic., Río de Janeiro: 7 Letras, 2003; Andreilino CAMPOS, *Do quilombo à favela: a produção do espaço criminalizado no Rio de Janeiro*, 1ª edic., San Paulo: Bertrand, 2005; Alex MAGALHÃES, *O direito das favelas*, 1ª edic., Río de Janeiro: Letra Capital, 2014; y Alba ZALUAR, *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*, 1ª edic., Río de Janeiro: FGV, 2004.

⁴² A propósito del tema violencia urbana y criminalidad, véase Wilfredo MORA, *Criminología y violencia urbana*, 1ª edic., Santo Domingo: Editora Búho, 2001; Mabel MORAÑA, *Espacio urbano, comunicación y violencia en América Latina*, 1ª edic., Ciudad de México: Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, 2002; Levy SANTOPASSOS, *Cavalheiros de aço: a violência urbana brasileira*, 1ª edic., Bloomington: AuthorHouse, 2013; Patricia CORREA SABAT, *Violencia urbana en América Latina*, 1ª edic., Barcelona: Universidad de Barcelona, 2003; Clemencia ARAMBURO PENAGOS, *Pobreza y violencia urbana*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo Integral, 1987; Vincenzo PILATO, *La mafia, la chiesa, lo Stato*, 1ª edic., Turín: Ed. Effatà, 2009; y Diego GAMBETTA, *La mafia*

En efecto, el origen del fenómeno de tráfico ilegal de personas no puede atribuirse a una causa exclusivamente, sino a múltiples factores que interactúan y coadyuvan a la existencia y expansión del mismo. Algunos de los factores importantes, además del incremento de la población mundial y el cambio económico y social ya mencionados, son la avaricia y codicia humana. Ambas responden a causas de orden subjetivo y de orden social, y lo mismo ocurre con las consecuencias que traen consigo, como, por caso, la competitividad agresiva o astuta; su influjo repercute en otras actitudes, conductas y sentimientos y se diversifica a la vez en otros rasgos. Debe señalarse que se percibe en tales reacciones cierta ambigüedad, pues ellas coexistirán con tendencias contrapuestas. Puede darse así la indiferencia ante el sufrimiento ajeno, como en el caso del enérgico hombre de empresa impulsado por la ambición de hacerse rico, que al mismo tiempo que es vituperado por su avidez, suele ser visto como modelo de admirable espíritu de lucha, no obstante su conducta situarse en la tenue línea que separa la explotación laboral del trabajo mal remunerado de procedencia extranjera⁴³.

Así, una vez establecidas las premisas iniciales sobre el significado de tráfico ilegal de personas, aún queda la cuestión de saber en cual medida la estipulación de leyes penales de combate al tráfico ilegal de personas puede repercutir efectivamente en el combate de la esclavitud en general.

siciliana: un'industria della protezione privata, 1ª edic., Roma: Einaudi, 1992.

⁴³ Sobre el discurso explotación laboral y trabajo mal remunerado, véase Miguel Ángel CHAMOCHO CANTUDO e Isabel RAMOS VÁZQUEZ, *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2014; Julio SÁNCHEZ JUAN, *La especie rota: análisis elemental de la libertad humana*, 1ª edic., Oviedo: Universidad de Oviedo, 1995; Pilar NIEVA DE LA PAZ, *Roles de género y cambio social en la literatura española del siglo XX*, 1ª edic., Ámsterdam: Rodopi, 2009; y Luis CABRERA y Eugenia MEYER, *in Obra política de Luis Cabrera*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, vol. II.

VI. El tráfico ilegal de personas y la esclavitud

No se deben confundir los conceptos de tráfico ilegal de personas y esclavitud, puesto que ambos no necesariamente van unidos ni se superponen exactamente⁴⁴. Se puede observar que el objetivo principal de la Política criminal que está encaminado a la represión del tráfico ilegal de personas es combatir el traslado o desplazamiento internacional de migrantes, y por tal razón los núcleos constantes de las diversas leyes penales –que serán posteriormente objeto de estudio– condensan y dan sentido a esa circunstancia específica de la trata o tráfico de personas, que puede conllevar la “cosificación”⁴⁵ de la víctima por parte del perpetrador en algunas situaciones.

Así, se advierte que el tráfico ilegal de personas sólo parcialmente es la clave que abrirá el camino a la delimitación conceptual del fenómeno expansivo de la denominada nueva esclavitud.

El núcleo esencial descrito en las leyes penales en general consiste en el traslado o desplazamiento de las víctimas, y ello nos permitirá responder hasta dónde una secuencia de actividades previstas típicamente por la ley penal configuran un tráfico ilegal de personas, o si se ha de tratar el mismo antes por medio de alguna otra configuración típica, regida por un concepto nuclear distinto⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 41. De ahí, la necesidad de búsqueda incesante por la exactitud, precisión y fiabilidad de los conceptos y definiciones, indispensables a la labor científica del investigador.

⁴⁵ La corporeidad, la temporalidad y la mortalidad son aspectos de la estructura de la persona que no deben sufrir reduccionismo por la cosificación y por el sometimiento ajeno. Sobre la cuestión de la cosificación y reificación de la persona, de connotación claramente filosófica, véase Domenico BOSCO, Francesco Paolo CIGLIA y otros, *in Testis Fidelis. Studi di filosofia e scienze umane in onore di Umberto Galeazzi*, 1ª edic., Nápoles: Ed. Orthotes, 2012; Paolo SAVARESE, *Diritto ed episteme: note sullo statuto dello strumento giuridico*, 1ª edic., Roma: Universidad La Sapienza de Roma, 2014; Miguel MELLINO, *La crítica postcolonial: decolonizzazione, capitalismo e cosmopolitismo nei postcolonial studies*, 1ª edic., Roma: Meltemi, 2005; y Stephen Louis BROCK y Otros, *in L'attualità di Aristotele*, 1ª edic., Roma: Ed. Armanda, 2000.

⁴⁶ Ha de seguirse la interpretación estricta por la especial naturaleza de estas leyes. A propósito del

En realidad, la represión al tráfico ilegal de personas inculcado como tipificación a la nueva esclavitud pasa a la sociedad una idea de protección por la ley, que, de hecho, no existe plenamente: se puede afirmar tratarse de una afirmación parcialmente verdadera. El tráfico ilegal de personas no disciplina el problema, por ejemplo, en los supuestos de reducción o el mantenimiento en estado de esclavitud o servidumbre que pueden ocurrir sin cualquiera traslado previo de la víctima. En algunos ordenamientos jurídicos, como el de Italia, la reducción o el mantenimiento en estado de esclavitud o servidumbre constituyen un delito específico y de punición severa⁴⁷.

Paralelamente, en los países que no implementaron normas penales en ese sentido, la reducción o el mantenimiento en estado de esclavitud o servidumbre se subsumirán en las figuras tradicionales definidas en los delitos contra la persona, y castigados sin la severidad esperada por la sociedad.

La imagen de las dos caras de una moneda puede muy bien explicar las políticas criminales actuales en materia de tráfico ilegal de personas. Por su sentido polisémico, es factible defender que la vida, la salud y la dignidad de las personas deben ser eficazmente protegidas con leyes penales que capten de modo específico la necesidad de tutela que reclama la singular posición de las víctimas, y que responda de modo específico a las características particulares de los autores y de su modo de operar. Ello nos lleva al fundamento que intuitivamente ya se conoce, pero sin aclarar el origen de los fenómenos

tema, véase Ignacio AYMERICH OJEA, *Lecciones de Derecho comparado*, 1ª edic., Castelló de la Plana: Universidad Jaume I, 2004); además, las importantes lecciones, en materia de interpretación estricta del Derecho penal, de Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte general*, 3ª edic., Barcelona: Editorial Bosch S. A., 1996; y *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

⁴⁷ Desde Italia, Federica RESTA enseña que “La definición normativa de esclavitud, en cuanto ejercicio de poderes inherentes al derecho dominial, exprime de manera emblemática el núcleo de desvalor del tipo penal. La reducción de la persona a objeto del derecho ajeno representa el desvalor que la norma reprime” (*Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*. 1ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2008, pág. 40). También afirma Roberto GIOVAGNOLI: “Al interno de la categoría de los delitos contra la personalidad individual, asume relevo central el reato de reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre (art. 600 CP), que constituye el paradigma esencial de las figuras residuales de delitos de esclavitud (arts. 601 y 601 CP), definiendo los conceptos de esclavitud y servidumbre” (*in Studi di Diritto penale, Parte speciale*. 3ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2008, pág. 326). En el mismo sentido, ver: ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale I*. 5ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2008, pág. 165.

observados, de forma que sólo la segunda cara de la moneda revela que la criminalización del traslado de personas tiene por objetivo intrínseco obstaculizar la “portabilidad de las desgracias humanas”⁴⁸.

Esa finalidad estatal de impedir la portabilidad de las desgracias de quienes son objeto del ilegal tráfico nos lleva más allá de estas ilaciones. Pues si se nos permite afirmar –aunque metafóricamente– que una moneda pueda tener una tercera cara, ello implica que tal criminalización es un medio eficaz, pero discutible, de gestión de las fronteras por la ley penal.

Esta vocación a la criticidad de la gestión territorial por la ley penal, a nuestro modo de ver, es de menos importancia cuando se refiera a la represión penal de los traficantes, siendo más que legítimo a los Estados la utilización de los medios disponibles, a través de la penetración del sistema político en el sistema jurídico para producir un derecho regulativo que se pone claramente en evidencia para proteger la “seguridad ciudadana”⁴⁹.

La consideración crítica más severa que se ha formulado hace referencia a otro aspecto, y así los juristas y los expertos de la Victimología alertan de que las nuevas regulaciones no están a la altura de amparar las víctimas que sufren estos graves ilícitos⁵⁰.

⁴⁸ No obstante el término “portabilidad” no esté en el Diccionario de la lengua española de la Real Academia hasta la fecha de cierre del trabajo de investigación, su utilización es frecuente entre los hispanohablantes. Por ejemplo, se habla de “portabilidad numérica”, que es la posibilidad de llevar consigo su número del móvil cuando se procede al cambio de operadora. Aquí, pues, se emplea el término para designar figurativamente un “llevar consigo las desgracias”.

⁴⁹ A respecto del tema seguridad ciudadana y las nuevas políticas criminales, ver CASTRO, Carlos David, *Seguridad ciudadana y defensa nacional: dos problemas en busca de solución*, 1ª ed., Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 1998; CARRIÓN MENA, Fernando, DAMMERT GUARDIA, Manuel y Otros, *Economía política de la seguridad ciudadana*, 1ª ed., Quito: Flasco, 2009; KAMINSKI, Dan, *Entre Criminologie y Droit pénal. Un siècle de publications en Europe et aux États-Unis*, 1ª ed., Bruselas: Boeck-Wesmael S. A., 1995; GUIMEZANES, Nicole, CHRISTOPHE, Tuailon, *Droit pénal de la sécurité et de la défense*, 1ª ed, Paris: L'Harmattan, 2006; CANIN, Patrick., *Droit pénal général*, 1ª ed., Paris: Hachette Livre, 2013; GIOVAGNOLI, Roberto, *Studi di Diritto penale. Parte generale*, 1ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2011. CARRER, Francesco y otros, *Le politiche della sicurezza. Dalla polizia comunitaria alla tolleranza zero*, 1ª ed., Milán: FrancoAngeli, 2009; FOFFANI, Luigi, *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: Prospettive per il XXI secolo*, 1ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2006.

⁵⁰ Son importantes y dignos de aplauso estos nacientes intentos para corregir la postura epistemológica tradicional de muchos penalistas, sociólogos y criminólogos que se ocupan de reprochar, condenar y

VII. La distinción entre la antigua esclavitud y la denominada “nueva esclavitud”

La nueva esclavitud no corresponde al concepto tradicional de esclavitud, sea en razón de la distinción de la relación jurídica sea por la diversidad del grado de cosificación o reificación del ser humano. El Derecho no permite más la esclavitud en cuanto derecho real de propiedad de una persona sobre otra. En el pasado, la esclavitud ha sido reconocida legalmente e integrada en un sistema de producción⁵¹, en el sentido de que los propietarios podían ejercer los atributos propios del derecho de propiedad sobre el esclavo, como un elemento más de su patrimonio. El esclavo constituía una auténtica inversión, con un alto coste de adquisición y mantenimiento; además, esa inversión requería de una relación formal para protegerla jurídicamente y de mucho tiempo para rentabilizarla⁵². En días de

sancionar a los delincuentes mucho más que de conocer y compensar a sus víctimas. Sobre estudios de Victimología, véase Ezzat FATTAH, Tony PETERS y Otros, *in Support for crime victims in a comparative perspective*, 1ª edic., Bruselas: Leuven University, 1998; Hilda MARCHIORI y Otros, *in Victimología. La víctima desde una perspectiva criminológica*, 1ª edic., Buenos Aires: Editorial Universitaria Integral, 2004; Antonio BERISTAIN, *Criminología, Victimología y cárceles*, 1ª edic., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996, vol. I; Lenin ARROYO BALTÁN, *Victimología: una visión desde el saber penal-criminológico a la afirmación científica de la imputación objetiva*, 1ª edic., Buenos Aires: Arroyo Ediciones, 2006. También las lecciones importantes de Myriam HERRERA MORENO, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, 1ª edic., Madrid: Edersa, 1996; *Victimología: nociones básicas*, 1ª edic., Sevilla: Universidad de Sevilla, 2014; *Victimología: victimización violenta y victiodogmática*, 1ª edic., Sevilla: Universidad de Sevilla, 2014.

⁵¹ Para Henryk GROSSMANN, “hay que tener en claro que en el primer siglo después del descubrimiento de América todo el carácter de la colonización española y portuguesa lleva ya un carácter capitalista, el carácter de la caza del plusvalor, aún cuando la economía de plantación fuera explotada sobre la base del trabajo de esclavos. El principal centro de atracción para la expansión colonial era en primer lugar los países ricos en oro y planta, aunque poco después también lo fuera grandes zonas de plantaciones las que ofrecían al empresario posibilidad para un rápido enriquecimiento. Pero junto a ello la América hispana fue la tierra clásica para la así llamada aristocracia de funcionarios, o sea la burocracia de la nueva burguesía emergente. Los numerosos funcionarios estatales y eclesiásticos en América eran generosamente pagados, de manera tal que el gobierno de la metrópoli encontró una cantidad de posibilidades para enriquecer a hombres sobresalientes o favoritos. Por otra parte, el desarrollo del nuevo sistema colonial avanzó casi simultáneamente con la formación de los grandes monopolios de Estado y la protección del comercio en las metrópolis europeas. Ello coincide, por lo tanto, con los comienzos del desarrollo capitalista en Europa. El cultivo de café, azúcar y algodón pudo ser realizado en gran escala cuando se formó en Europa una clase media bastante numerosa y acomodada que aseguraba el consumo de azúcar, café etc. Tanto más crecía la demanda por los mencionados productos coloniales, tanto más fuerte se hizo también la expansión colonial y aumentó la necesidad de esclavos negros” (*in La ley de la acumulación y del derrumbe del sistema capitalista*, 3ª edic, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S. A., 2004, págs. 263-264).

⁵² Cfr. MEILLASSOUX, Claude, *Antropología de la esclavitud*, 1ª edic., Madrid: Siglo XXI Editores

hoy, con todo, los diversos instrumentos internacionales, supranacionales y nacionales no permiten considerar la persona *res intra commercium*.

Otro punto importante consiste en el hecho de que para la comprensión del fenómeno de tráfico de esclavos se exigía antiguamente una incursión en los conceptos de comerciante y de los actos de comercio, como por ejemplo la habitualidad, la profesionalidad, absolutamente dispensables en la “posmodernidad”⁵³, de manera que se realizará un ilícito penal indiferentemente de si el sujeto activo sea o no un comerciante y esté realizando o no actos de comercio en la acepción jurídica del término⁵⁴. Fue el reconocimiento de la personalidad jurídica extensiva a todos que ha representado el paso principal para el fin de la esclavitud institucionalizada⁵⁵. Aquella cosificación o reificación⁵⁶ del ser humano en el tráfico de esclavos de antes era mucho más brutal e intensa que la exigida actualmente a efectos de incidencia de la norma penal.

Fue una mayor “sensibilización humana”, con relación a los nuevos problemas que la posmodernidad nos presenta, factor constitutivo de los actuales Derechos humanos en la inevitable historicidad del ser humano. Lo que es el hombre y lo que son los fundamentos

S. A., 1990, pág. 318.

⁵³ Para un análisis de los discursos posmodernos, véase Gilbert HOTTOIS, *De la Renaissance à la postmodernité. Une histoire de la philosophie moderne*, 3ª edic., Bruselas: Ed. De Boeck Université, 2001; Bernardin MINKO MVÉ, *Gabon: la postmodernité en question*, 1ª edic., Paris: Ed. Publibook, 2012; Jean Bonane BAKINDIKA, *Du procès de la globalisation dans la post-modernité: vers un nouvel ordre international*, 1ª edic., Paris: Ed. publibook, 2008; Yves BOISVERT, *Le monde postmoderne: analyse du discours sur la postmodernité*, 1ª edic., Paris: Ed. L’Harmattan, 1996; y Claude JAVEAU, *Les paradoxes de la postmodernité*, 1ª edic., Paris: Presses universitaires de France, 2007.

⁵⁴ Sobre los conceptos de comerciante y actos de comercio, ver RUIZ DE VELASCO, Adolfo y Otros, *Manual de Derecho mercantil*, 1ª edic., Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2007, págs. 36 y ss.

⁵⁵ Más allá, otras medidas complementares han contribuido para la extinción de la esclavitud institucionalizada, como, por ejemplo, las normas internacionales que buscan preservar los derechos humanos en tiempo de guerra, aplicables inclusive a los militares prisioneros; las que buscan la extinción de penas que implican trabajos forzados de prisioneros o en condiciones inhumanas; además, el surgimiento de las normas tutelares del trabajador constantes del Derecho internacional, supranacional y interno de los Estados.

⁵⁶ Sobre el tema “cosificación o reificación” de los seres humanos, ver asimismo PRESTIPINO, Giuseppe, *Realismo e utopia: in memoria di Lukács e Bloch*, 1ª edic., Milán: Editori Riuniti, 2002, págs. 137 y ss.

del hombre, en su realidad o en su comprensión razonable, no puede evitar la determinación de lo transitivo y de lo relativo de la historicidad consustancial de las personas. En realidad, no existe la esencia del hombre, sino los hombres concretos que se autointerpretan históricamente, incluso en lo que entienden que es su esencialidad, su constitución como seres humanos⁵⁷.

La referida estructura de la “historicidad”⁵⁸ se concretiza de manera especial en la hermenéutica de los textos, en cuanto la recepción operada en la lectura modifica la experiencia del intérprete al fusionarse su horizonte de experiencia con el mundo abierto por el texto. Efectivamente, un grado más alto de sensibilización de la civilización frente a los problemas sociales fue responsable por la constatación social de una nueva esclavitud, y los aportes de la Victimología fueron y siguen siendo fundamentales en esa tarea de revelación y clarificación de las nuevas formas de esclavitud. En efecto, la historia es un movimiento abierto de totalización en el que se integran la condición histórica y la conciencia histórica; a una concepción de la historicidad que quiebra la clausura de la conciencia transcendental, corresponde una función reveladora del lenguaje que recrea el mundo en la medida en que

⁵⁷ Lo que es el Hombre, aún desde un fundamentalismo moderado, no puede ser entendido ni realizado sino desde unas coordenadas históricas, desde un espacio y un tiempo determinados. Por ello hay un “ser humano medieval”, un “ser humano moderno”, y un “ser humano del siglo XX”. Y todos estos conceptos, aunque sean sin duda hijos de su tiempo, tienen pretensiones fundamentalistas. Análogamente tienen algo en común con las viejas concepciones antropológicas de una metafísica rígida, dogmática y atemporal, en cuanto que también pretenden dar un fundamento absoluto, aunque se refiera a un tiempo y espacio determinados, a la realización individual y colectiva de los seres humanos. Cfr. MAIHOFER, Werner, SPRENGER, Gerhard, *Revolution and human Rights*, 1ª edic., Berlín: Werner Maihofer and Gerhard Sprenger, 1990, pág. 79.

⁵⁸ Crítica e historicidad es una aportación al debate sobre los parámetros de la crítica social y de la teoría crítica de la sociedad, y especialmente sobre la importancia de análisis del proceso de historicidad, véase Martín LACLAU, *La historicidad del Derecho*, 1ª edic., Michigan: Abeledo-Perrot, 1994; Germán José BIDART CAMPOS, *La historicidad del Hombre, del Derecho y del Estado*, 1ª edic., Buenos Aires, Ediciones Manes, 1965; Mariano ALVÁREZ GÓMEZ, *Teoría de la historicidad*, 1ª edic., Madrid: Editorial Síntesis S. A., 2007; José Manuel ROMERO, *Crítica e historicidad: ensayos para repensar las bases de una teoría crítica*, 1ª edic., Barcelona: Editorial Herder, 2010; Arthur KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, 1ª edic., Madrid: Marcial Pons, 2000; Anna Maria NIEDDU, *Normatività, soggettività, storicità: saggio sulla filosofia della morale di Pietro Piovani*, 1ª edic., Nápoles, Loffredo, 2001; Claudio PALAZZOLO, Nico DE FEDERICIS, *in Storicità del diritto, dignità dell'uomo, ideale cosmopolitico: atti della giornata di studi in memoria di Giuliano Marini*, 1ª edic., Pisa: Liguori, 2008; Furio DIAZ, *Storicismi e storicità*, 1ª edic., Milán: Parenti, 1956; Giordano FIOCCA, *La storicità dei diritti e dei valori: in Benedetto Croce e Norberto Bobbio*, 1ª edic., Milán: Solfanelli, 1994; y François HARTOG, *Regimi di storicità: presentismo e esperienze del tempo*, 1ª edic., Palermo: Sellerio, 2007.

se inscribe en él⁵⁹.

Ese cambio de sensibilidad humana conduce al reconocimiento de nuevas formas de esclavitud que antes serían inimaginables, es decir, el vislumbrar de nuevos “modos de concreción”⁶⁰ del fenómeno, a partir de una consideración de los textos normativos vigentes en la actualidad en los términos de una interpretación evolutiva o progresiva⁶¹, o aun en la exigencia de una formulación de los mismos, en todo caso para disciplinar con mejor precisión hechos que se revelan como socialmente inadmisibles.

La eficaz represión a las nuevas formas de esclavitud y de marginalización requiere cambios fundamentales en la sociedad contemporánea, lo que suelen implicar en profundos cambios de paradigmas⁶². Todo cambio de paradigma se da por lo que se conoce como paradoja del paradigma, porque todo paradigma oculta los problemas que no se puede resolver, y así deja puesto el escenario para su propio cambio. Es exactamente aquello que

⁵⁹ Cfr. TYMIENIECKA, Anna-Teresa, *Husserl's legacy in phenomenological philosophies: new approaches to reason, language, hermeneutics, human condition*, 1ª edic., Toronto: Kluwer Academic Publishers, 1991, pág. 97.

⁶⁰ El método de abstracción-concreción es importante para obtener una mayor dilucidación del fenómeno a ser estudiado, conforme sugieren Manuel CANALES CERÓN, *Metodologías de la investigación social*, 1ª edic., Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006, pág. 13, y Arturo KLENNER GUTIÉRREZ y Arturo KLENNER, *in Esbozo del concepto de libertad: filosofía del derecho de Hegel*, 1ª edic., Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2000, pág. 53.

⁶¹ Una interpretación progresiva y evolutiva de la norma hay que realizarse dentro de la estabilidad y objetivación de sus enunciados, de su mandato o de su ordenación. También en el derecho punitivo la interpretación progresiva, habiendo en cuenta los avances de la ciencia, la evolución política, las circunstancias cambiantes del hecho social y el espíritu de los nuevos tiempos, puede ser perfectamente aplicable. En ese sentido, véase NAPPI, Aniello, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010, pág. 178; DE SALVIA, Michele y ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2007, pág. 351, vol. III; GASTÓN, Alfredo, *Revista de derecho y ciencias políticas*, 9ª edic., Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1945, pág. 41; CREUS, Carlos, *Ciencia y dogmática: interpretación y aplicación del derecho penal*, 1ª edic., Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1999, pág. 153; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Buenos Aires: EDIAR, 1982, pág. 583; SIERRA, Hugo Mario y SALVADOR CANTARO, Alejandro, *Lecciones de Derecho penal*, 1ª edic., Bahía Blanca: Universidad del Sur, 2005, pág. 70.

⁶² El término paradigma se ha ido incorporando con rapidez en el vocabulario de la planeación y dirección de las políticas públicas, especialmente en materia de política criminal. El paradigma es sinónimo o análogo a un modelo de conducta, a una visión del mundo, a un patrón de comportamiento aceptado, a conceptos o ideas fijas en la mente, a una serie de dogmas o una teoría que ha servido para explicar algún fenómeno natural o social.

se puede observar en la esclavitud de hoy en día; una nueva realidad social y, paralelamente, nuevos problemas a arreglar⁶³.

En efecto, se ha pasado a la utilización de nuevos paradigmas, que establecen distintas reglas del juego y diferentes fronteras y límites, a la vez que definen novedosos indicadores para determinar el éxito o el fracaso dentro de los nuevos marcos de referencia⁶⁴.

La cuestión planteada no es sólo de índole científico-social, sino propiamente filosófico-ideológica, por cuanto cuando se habla de paradigma cultural se está haciendo referencia a paradigma de ideas⁶⁵.

Algunas ideas y nuevas propuestas, a nuestro modo de ver, pueden revelarse útiles para la descubierta de caminos, todavía desconocidos, que pueden llevar a la concreción conceptual de la nueva esclavitud, algo más allá de lo elemental, que tradicionalmente ha consistido en obligar a la persona a hacer trabajos forzados en contra de su voluntad, y entonces no pagarle.

La nueva esclavitud “puede provenir sea del trabajo no remunerado sea del servicio muy mal pagado”, y así persiguen los idealizadores de los nuevos paradigmas⁶⁶. Pero

⁶³ En realidad, el paradigma social occidental parece hoy tener alcanzado los propios límites, representados por varios problemas a arreglar, como la amenaza de guerra nuclear, de devastación medioambiental y, de un modo especial, la esclavitud, el tráfico ilegal de personas y la persistencia de la pobreza en el planeta. En efecto, una nueva sinergia entre Ciencia y Filosofía viene revelándose crucial para favorecer un cambio de paradigma cultural y la consecuente y gradual superación de la crisis de carácter económico y social.

⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ COMBELLER, Carlos y Otros, *Liderazgo contemporáneo. Programa de actualización de habilidades directivas*, 1ª edic., Colima: ITESO, 2004, pág. 44.

⁶⁵ Cfr. ANDREOZZI, Matteo, *Verso una prospettiva ecocentrica. Ecologia profonda e pensiero a rete*, 1ª edic., Milán: Edizioni Universitarie di Lettere, Economia e Diritto, 2011, pág. 14.

⁶⁶ En ese sentido, de esclavitud en el contexto de trabajo mal pagado, véase Yann MOULIER-BOUTANG, *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, 1ª edic., Madrid: Ediciones Akal, 2006, pág. 148; Carmen VELAYOS CASTELO, Olga BARRIOS y Otros, *in Feminismo Ecológico. Estudios multidisciplinares de género*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pág. 37; Douglas LUMMIS, *Democracia radical*, 1ª edic., Buenos Aires: Siglo

algunas situaciones pueden excluir en términos absolutos la aludida perspectiva de subsunción típica en la normativa penal, y, otras más, dificultar la determinación de esa realidad. El primer caso puede ser ejemplificado con el trabajo voluntariado, altruista, y aquel realizado en el seno del núcleo familiar; el segundo supuesto permite invocar la constatación de que no todos los países estipulan por norma un salario mínimo vigente para servir de parámetro de “medida de justicia” de la remuneración laboral⁶⁷.

La remuneración por debajo del salario mínimo constituye innegablemente una infracción contractual, administrativa y a la legislación laboral; pero sin que efectivamente se prive al trabajador de todos o de parte importante de los derechos y garantías fundamentales⁶⁸, difícilmente el régimen de esclavitud sería verificable. Para empeorar la adecuación fáctico-normativa, son pocos los países que garantizan salarios mínimos en grado de promover la dignidad humana en su plenitud⁶⁹.

Veintiuno Editores, 2002, pág. 181; Immanuel WALLERSTEIN, *La segunda era de gran expansión de la Economía - mundo capitalista*, 1ª edic., Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1998 pág. 227.

⁶⁷ En esos casos, los salarios mínimos son fijados a través de la negociación colectiva y suelen ser vinculantes para las partes no firmantes. Este es el sistema, por ejemplo, de Bélgica, Grecia e Italia. Cfr. PÉREZ DOMÍNGUEZ, Carlos, y GONZÁLEZ GÜEMES, Inmaculada, *Salario mínimo y mercado de trabajo*, 1ª edic., Madrid: Instituto de Estudios Económicos 2005, pág. 26). Alemania, a su vez, pasó a adoptar el salario mínimo interprofesional. La nueva ley sobre el salario mínimo fue adoptada el 3 de julio de 2014 en el Bundestag (Parlamento federal alemán), y ratificada el 11 de julio de 2014. Esta Ley entró en vigor el 1º de enero de 2015. BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho penal económico*, Barcelona: Marcial Pons, 1998.

⁶⁸ En las constituciones se contemplan las garantías y libertades que tienen los individuos, y la protección de que gozan frente al Estado. En ellas han comenzado a incorporarse, en muchos países, derechos sociales que regulan garantías mínimas aseguradas a los trabajadores, y frente a sus empleadores. A propósito de tema, véase Alejandra Selma PENALVA, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, 1ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007; Ana María ALFARO DE PRADO SAGRERA, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y Otros, in *Los estudios de Relaciones Laborales en España*, 1ª edic., Sevilla: Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, 1996; Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Otros, in *Derecho del trabajo*, 2ª edic., Madrid: NETBIBLO, 2006; Macarena CASTRO CONTE, *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, 1ª edic., Madrid: Dykinson Editorial, 2007; Rodrigo GARCÍA SCHWARZ, *Direito do trabalho*, 1ª edic., Campinas: Camus, 2007; Marcus Oriane GONÇALVES CORREIA, *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, 1ª edic., San Paulo: LTR, 2007.

⁶⁹ Son muchas las proposiciones jusfilosóficas sobre los componentes del salario justo, véase Alberto MONTORO-BALLESTEROS, *Supuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración del trabajo*, 1ª edic., Murcia: Universidad de Murcia, 1980; Claudia MARTÍN, Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN y Otros, in *Derecho internacional de los derechos humanos*, 1ª edic., Santa Fe: Universidad Iberoamericana, 2004; Horst GREBE, *Ciudadanía y Estado de Derecho*, 1ª edic., La Paz: Prisma Editores, 2009; Arrigo

Otro ejemplo emblemático, y de complicada adecuación fenomenológica, es el ejercicio de la prostitución por personas mayores de edad, principalmente la practicada por mujeres, que –para algunos– impondría a la prostituta una condición de esclava *ipso facto*, víctima merecedora de una tutela penal⁷⁰. Al respecto, no se puede olvidar que en la mayoría de los países el ejercicio de la prostitución no configura ningún tipo de delito⁷¹, y que en algunos otros se trata de una “profesión reglamentada”⁷². Además de eso, sería difícil considerar el sometimiento contrastado con la paga, que en la mayoría de los casos puede superar bastante el salario que perciben los trabajadores en general. Por otro lado, en supuestos más graves, de explotación de la prostitución por persona ajena, la consideración de esa intermediación como un ilícito penal conocido por proxenetismo dificulta aun más la

COLOMBO, *L'utopia: rifondazione di un'idea e di una storia*, 1ª edic., Roma: Ed. Dedalo, 1997; Franco DALLA SEGA, *Il concetto di valore aggiunto nella dottrina economico-aziendale tedesca*, 1ª edic., Milán: Universidad Católica, 2000; Salvatore VECA, *Giustizia e liberalismo politico*, 2ª edic., Milán: Ed. Giangiacomo Feltrinelli, 1996; y Battista MONDIN, *Etica e politica*, 1ª edic., Bolonia: Ed. Studio Domenicano, 2000, vol. VI.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, Enzo KERMOL y Alessandra FRANCESCUTTO, *in Un'analisi del fenomeno prostituzione: fra stili di vita e ipotesi di intervento*, 1ª edic., Padua: CLEUP, 2000; Andrea DI NICOLA, Andrea CAUDURO y Otros, *in La prostituzione nell'Unione Europea tra politiche e tratta di esseri umani*, 1ª edic., Milán: FrancoAngeli, 2006; Maurizio BORTOLETTI, *Paura, criminalità, insicurezza: un viaggio nell'Italia alla ricerca della soluzione*, 1ª edic., Catanzaro: Rubbettino Editore, 2005; y Giuseppe CARRISI, *La fabbrica delle prostitute. Un viaggio nel mercato criminale del sesso. Dai villaggi della Nigeria ai marciapiedi italiani*, 1ª edic., Roma: Newton Saggistica, 2011.

⁷¹ El sistema mayoritario en la Europa occidental no ha sido el abolicionismo puro. Ello supone que a nivel teórico no hay intervención por parte del Estado en la actividad cuando esta es voluntaria; ni la persigue, ni la reprime, ni la favorece, ni la regula; sin embargo, existen múltiples normativas que criminalizan algunos aspectos del ejercicio de la prostitución.

⁷² Por ejemplo, en Holanda la actividad se encuentra reglamentada. La ley permite a los consejos municipales fijar –al igual que otras actividades mercantiles– las condiciones relativas al ejercicio de la prostitución a título profesional. Los entes locales tienen una función de vigilancia de la seguridad de las personas dedicadas a la actividad, de las condiciones higiénicas y de las condiciones de trabajo. Los ayuntamientos no pueden prohibir la apertura de burdeles pero sí ciertas formas de prostitución como la callejera o la de escaparate o vidriera. Los contratos de trabajo entre empresarios y trabajadores se celebran por escrito y aquél tiene que contralar que se practique sexo sin riesgos para la salud y que se realicen los controles médicos periódicamente. En Alemania, a partir de 2002, la persona dedicada a la prostitución puede ejercer la actividad en relación de dependencia o como autónoma. Ello permite que las personas que se prostituyen cuenten con cobertura social –prestaciones de la seguridad social, atención médica de la sanidad pública, seguro de paro y a buscar readaptación profesional–. Al igual que en Holanda, la ley alemana no da acceso a personas extranjeras que se dediquen a la actividad. Cfr. THITEUX-ALTSCHUL, Monique, *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*, 1ª edic., Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010, pág. 192-193.

aplicación adicional de otra tipología delictiva agravada, ya que da margen a un intenso debate sobre el conflicto aparente de normas, que tiende a ser resuelto a favor de la aplicación de aquél, en razón del “principio de especialidad”.

El referido principio de especialidad funciona prevalentemente sobre una base lógica; no lo tanto, la pura apreciación lógica a menudo es insuficiente para alcanzar una solución. La decisión concerniente a que una de las normas en conflicto tiene carácter especial respecto de la otra, si bien lógica en sí, presupone una valoración preliminar de las mismas para la fijación del sentido de cada una de ellas, y conduce, además, a una determinación sobre su esfera de aplicabilidad, que es en *ultima ratio* axiológica.

Existen también otras situaciones no bien definidas normativamente como la retirada de órganos o fluidos corporales sin observancia de los “permisivos legales” –término éste extremadamente amplio e impreciso–, principalmente en los casos en que haya autorización de la persona⁷³; la producción de pornografía consentida de personas mayores de edad⁷⁴; el trabajo infantil en algunas circunstancias⁷⁵, por ejemplo a propósito de la celebración de contratos de aprendizaje; las contrataciones de personas para experimentos medicinales⁷⁶;

⁷³ Véase Víctor MÉNDEZ BAIGES y Héctor Claudio SILVEIRA GORSKI, in *Bioética y Derecho*, 1ª edic., Barcelona: Editorial UOC, 2007, pág. 96); Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Filosofía, política, derecho*, 1ª edic., Valencia: Universidad de Valencia, 2001, pág. 167; Enrique MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José PAZ JIMÉNEZ y Otros, in *Manejo en la cirugía de trasplantes*, 1ª edic., Oviedo: Universidad de Oviedo, pág. 42; Javier GAFO, Albino NAVARRO y Otros, *Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, 1ª edic., Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1996, pág. 100; y Antonio RUIZ DE LA CUESTA, José Manuel PANEA MÁRQUEZ y Otros, in *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, 1ª edic., Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, pág. 345.

⁷⁴ Sobre los aspectos sociales de la pornografía, véase Philip ROTH, *El animal moribundo*, 1ª edic., Madrid: Alfaguara, 2011; Kris HOLLINGTON, *Cómo se hace un crimen de Estado*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Robinbook, 2009; Carlo SARZANA DI SANT’IPPOLITO, in *Informatica, internet e diritto penale*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010; y Albanese EMANUELE, *Pornografía e consenso matrimoniale: La fruizione di pornografia oggi e il suo influsso sul consenso matrimoniale canonico*, 1ª edic., Roma: Pontificia Universidad Gregoriana, 2014.

⁷⁵ Véase Jean-Marc THOUVENIN, Anne TREBILCOCK y Otros, in *Le droit international social: Droits économiques, sociaux et culturels*, 1ª edic., Bruselas: Ed. Bruylant, 2013; Jean-Pierre LE CROM, *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, 1ª edic., Paris, Ed. Ouvrières, 1998; Béatrice GENINET, *L'indispensable du droit pénal*, 2ª edic., Paris: Studyrama, 2004; Fernando CARACUTA, Francesco BUFFA y Otros, in *Il lavoro minorile: problematiche giuridiche*, 1ª edic., Roma: Ed. Halley, 2005; Giovanni AMOROSO, Vincenzo DI CERBO y Otros, in *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2009, vol. I.

las adopciones civiles irregulares⁷⁷, etc., contextualizadas evidentemente en el interior de la “nueva esclavitud” y del fenómeno del “tráfico ilegal de personas”. Son situaciones reales y recurrentes, que representan la cara más compleja del tráfico, sin utilizar tan sólo los elementos más visibles y menos contestados del paradigma contemporáneo, que es la explotación personal de menores de edad, de minusválidos y de mujeres aprisionadas, cuya percepción de restricción a la libertad personal en esos supuestos es algo inclusive presumible social y normativamente⁷⁸.

En efecto, el “mínimo común denominador” de la esclavitud del pasado y de la de hoy en día es indiscutiblemente la “restricción a la libertad personal” y la “cosificación o reificación del individuo”, a que se les atribuye ahora una semántica evolutiva y progresiva, de manera que los derechos que se verán afectados tal y como demuestra la realidad, serán inherentes a la condición humana, y, en ese sentido, se puede hablar de una afección o menoscabo a la libertad, la seguridad y, sobre todo, a la dignidad de la persona vilipendiada tanto en la esclavitud como en el tráfico ilegal de personas.

⁷⁶ Sobre Ética y Derecho en este tema, ver Laís Záu SERPA DE ARAÚJO, *A bioética nos experimentos com seres humanos e animais*, 1ª ed., Montes Claros: Unimontes, 2002; Hans JONAS, *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S. A., 1997; José Manuel REVERTE COMA, *Las fronteras de la medicina: límites éticos, científicos y jurídicos*, 1ª edic., Madrid: J. M. Reverte, 1983; Soraya RESENDE FLEISCHER, Patrice SCHUCH y Otros, *in Antropólogos em ação: experimentos de pesquisa em direitos humanos*, 1ª edic., Puerto Alegre: UFRGS Editora, 2007.

⁷⁷ A propósito del tema, véase Alfonso SILVA SERNAQUÉ, *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional. Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*, 1ª edic., Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005; Miguel Ángel VERDUGO, Víctor SOLER-SALAS y Otros, *in La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1996; María Elena TORRES FERNÁNDEZ, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2003; y Montserrat SAGOT y Margarita ARAGÓN, *in Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes*, 1ª edic., Costa Rica: UNICEF, 1999.

⁷⁸ Sobre la presunción de violencia respecto a los delitos practicados contra menores de edad y minusválidos, véase CADOPPI, Alberto; CANESTRARI, Stefano y Otros, *Trattato di Diritto penale*, 1ª edic., Turín: UTET, 2009, pág. 689, vol. II; DE FILIPPIS, Bruno, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2011, pág. 1463; DONATO MESSINA, Salvatore y SPINNATO, Giorgia, *Diritto penale. Manuale breve*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2011, pág. 608; ANTOLISEI, Francesco y GROSSO, Carlo Federico, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 15ª edic., Milán: A. G. 2008, pág. 195, vol I; MICOLI, Alessia, *La tutela penale della vittima minore. Aspetti sostanziali e processuali*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2010, pág. 73; TONINI, Paolo, *Diritto processuale penale. Manuale breve*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010, pág. 279.

CAPÍTULO II

LA PROBLEMÁTICA CRIMINOLÓGICA DEL TRÁFICO DE PERSONAS Y ALGUNOS APORTES VICTIMOLÓGICOS

I. La perspectiva político-criminal

A. Introducción

El primer paso en la lucha contra una realidad comienza con la constatación de su existencia y alcance. En este sentido, desde hace años viene detectándose, en el mundo en general, y en Europa en particular, un crecimiento preocupante del tráfico ilegal de personas, que es ciertamente un fenómeno complejo y de difícil delimitación. Se trata de un proceso dinámico y no de un acontecimiento aislado, incluyéndose aspectos relacionados con las políticas migratorias, la violación de los derechos humanos, la lucha contra la delincuencia organizada, las desigualdades estructurales entre países y personas, la pobreza, la protección a las víctimas, la perspectiva de género y la cooperación internacional⁷⁹.

Las causas principales del tráfico ilegal de personas son complejas y a menudo están relacionadas entre sí. Se ha señalado que una de las claves por las que pervive esta nueva esclavitud se encuentra en la mundialización; una esclavitud que se ha desarrollado en un mundo marcadamente desigual, bajo unas relaciones de poder claramente asimétricas, propiciando un sistema de intercambios desiguales entre países y acentuando la dominación de clase y de género preexistentes. Y determinados factores elevan el riesgo de las víctimas de caer en las redes del tráfico humano, como el desempleo, las situaciones de posconflicto bélico, la opresión, el excesivo aumento demográfico en los países de origen, el subdesarrollo, la discriminación y la inestabilidad⁸⁰.

Los elementos esenciales que configuran el escenario del tráfico ilegal de personas

⁷⁹ Existe, además, cierta complicación terminológica provocada por la propia dificultad de encuadrar o catalogar jurídicamente una realidad polifacética y muy dinámica, sometida a condicionamientos de toda índole. Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 52.

⁸⁰ Dentro de este siempre creciente fenómeno migratorio se ofrecen innumerables posibilidades para el abuso y la explotación de las personas, y para la vulneración de sus derechos más fundamentales. Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual ... op. cit.*, pág. 25.

son la desigualdad y la pobreza que caracterizan las condiciones materiales de vida de las personas sometidas a tales prácticas. Es la situación de extrema necesidad en la que se encuentran millones de seres humanos, como consecuencia de múltiples factores, como el hambre, las guerras, los desastres naturales, y lo que permite que existan prácticas esclavistas, nuevas o viejas.

El tráfico ilegal de personas no se produce de igual forma en todo el mundo, sino que el factor geográfico determina características propias en este fenómeno de un lugar a otro. Esa complejidad del fenómeno, entretanto, no puede ser óbice para que se describan los rasgos comunes que lo definen y se destaquen sus elementos identificadores, con el propósito de conseguir una mejor comprensión de esta problemática⁸¹.

Esos rasgos fundamentales revelan un margen de dificultad para la sistematización de la fenomenología criminal del tráfico de personas, en razón de su naturaleza polifacética, dificultad ésta incrementada por las posiciones doctrinarias existentes respecto a esa clase de delito, que no son uniformes en todo el mundo, en virtud principalmente de la disformidad de las legislaciones nacionales.

Sin embargo, se puede superar esa dificultad para caracterizar el tráfico ilegal de personas a partir del reconocimiento de tres rasgos básicos⁸²: 1) su componente geográfico, por virtud de su carácter transnacional, cuya actividad consiste en la ayuda o la gestión o control del traslado geográfico de personas de un lugar a otro, en su mayor parte realizada

⁸¹ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 52. En el tratamiento teórico del problema, son varios los términos que se utilizan para describir las realidades que se intentan abordar, en muchos casos se utilizan las locuciones de forma intercambiable, sin remarcar ningún tipo de especificidad en el fenómeno referido, lo cual no siempre resulta correcto. Los conceptos “tráfico de migrantes”, “tráfico de personas”, “tráfico humano” y “trata de personas”, entre otros, se utilizan a menudo como sinónimos, pero no lo son, ya que se está refiriendo a situaciones totalmente diferentes: el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

⁸² El tráfico de personas, como toda forma de esclavitud, no consiste en otra cosa que en la explotación de la pobreza y miseria humana para obtener provecho de ello. Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 57-58. Véase CAMUS, Albert, *Il rovescio e il diritto: Il mondo di povertà e bellezza*, Milán: Bompiani, 2012; KHAN, Irene, *Prigionieri della povertà. La nuova sfida dei diritti umani: storie dal mondo*, Roma: Mondadori, 2010; GOZZINI, Giovanni y SCIREÒ, Giambattista, *Il mondo globale come problema storico*, Bolonia: Archetipo Libri, 2007; y SERIO, Giuseppe, *Persona persone povertà: nel mondo globalizzato e confuso*, Roma: L. Pellegrini, 2009.

de forma clandestina o ilegal, pudiendo llegar incluso a cuestionar el control estatal de las fronteras⁸³; 2) su delimitación como nueva forma de explotación de la persona que este tipo de tráfico conlleva, o sea, una cosificación del ser humano que implica la lesión o puesta en peligro de los derechos individuales más elementales de la persona⁸⁴; y 3) la característica de su rentabilidad⁸⁵, proveniente de un nuevo negocio que mercantiliza al ser humano para obtener de ello un beneficio económico o de otra índole⁸⁶.

De hecho, el contrabando de personas y la trata de seres humanos generan tantas ganancias como el narcotráfico. Y en los últimos tiempos los Estados han adoptado medidas para evitar el tráfico de personas, aunque todavía en ellas no se ataca el fondo, pues no han considerado el tema de la migración como algo prioritario, y no han diseñado programas eficaces para evitar que más ciudadanos busquen salir de sus países de origen. La falta de

⁸³ Un estudio de la OIM - Organización Internacional para las Migraciones estimó que al comienzo del siglo XXI había entre 15 y 30 millones de migrantes en situación irregular en todo mundo. De esa cantidad, el Departamento de Estado de los Estados Unidos indica que, anualmente, entre 800.000 y 900.000 personas, sobre todo mujeres y niños, son objeto de trata a través de las fronteras. Cfr. MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Un Mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, 1ª edic., Madrid: Los Libros de la Catarata, 2006, págs. 132-133.

⁸⁴ Efectivamente, se trata de un proceso de despersonalización y cosificación, contrario a la dignidad humana, al convertir al migrante en una “mercancía”. Sobre el tema cosificación, véase PAPACCHINI, Angelo, *Los derechos humanos en Kant y Hegel*, Bogotá: Universidad del Valle, 1993; GÓMEZ DÍEZ, Ofelia y QUINTERO BUENO, Catalina, *Metamorfosis de la esclavitud: manual jurídico sobre trata de personas*, Madrid: Fundación Esperanza, 2005; GABEL, Joseph, *La falsa coscienza: saggio sulla reificazione*, Bari: Dedalo Libri, 1967 y OTTIERI, Ottiero, *L'irrealtà quotidiana*, Roma: Ugo Guanda, 2004.

⁸⁵ No hay cifras precisas, dada a la naturaleza propia del delito, pero Naciones Unidas ha estimado que es uno de los más rentables del mundo, después del tráfico de armas y drogas. Para una mejor visión sobre datos estadísticos del tráfico ilegal de personas, véase José LEITÃO y Otros, *in Tráfico de seres humanos y migraciones: un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos*, 1ª edic., Madrid: IEPALA, 2005, pág. 64; Ángel CHUECA SANCHO, *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 60; Silvia MARCU, *Del este al oeste: geopolítica fronteriza e inmigración de la Europa Oriental y España*, 1ª edic., Salamanca: Edición Universidad de Salamanca, 2010, pág. 151; Giuseppe PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2008, pág. 27; y Paolo BENVENUTI, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, 1ª edic., Roma: Universidad de Roma III, 2008, pág. 75.

⁸⁶ De ahí, se puede deducir que en el régimen de los extranjeros en los países coexisten varios bienes jurídicos: 1) los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado hubiese sido realizada en condiciones de legalidad; 2) los derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal; 3) y el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la legislación de extranjería, es decir, el interés estatal en el control de los flujos migratorios. Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario, LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual ... op. cit.*, pág. 51.

oportunidades y la generación de un círculo vicioso de violencia y más violencia por las guerras y conflictos, el narcotráfico y las pandillas explican en gran parte el incremento en el número de personas que quieren llevar una mejor vida en otros países.

En general, los migrantes pasan por muchas dificultades hasta llegar al destino, como adquirir deudas para hacer el recorrido, y muchas veces corren peligros de secuestro y violaciones. Los traficantes trasladan a las personas desde sus países de origen, y, a menudo, necesitan estar organizados y se vuelven organizaciones criminales. En esos viajes, los migrantes pueden enfrentarse a diversas situaciones, como ser testigos o víctimas de una violación, ser secuestrados por narcotraficantes para pedir rescate, o ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual o laboral⁸⁷. El camino entre ser un migrante y convertirse en secuestrado y luego en víctima de la trata es muy corto, y muchas mujeres terminan como esclavas sexuales, niños como “mulas” del narcotráfico y hombres como soldados de pandillas criminales o esclavos.

B. Las políticas públicas internas de los Estados de la Unión Europea

La legislación de los países de la Unión Europea castiga el tráfico ilegal de personas y prohíbe la explotación de la prostitución ajena o castiga a sus clientes. Los Estados miembros tienen buscado acciones para combatir el tráfico ilícito de personas y la trata de seres humanos, con varias providencias como las siguientes: 1) de prevención, a través de campañas de sensibilización y colaboración con otros gobiernos y la sociedad civil; 2) de protección, con la aplicación de normas y procedimientos para garantizar la seguridad y la privacidad de las víctimas; además, la implementación de programas de capacitación para policías, fiscales, abogados y jueces, y el perfeccionamiento de la protección de las víctimas y testigos; 3) de penalización, a través del fortalecimiento de los sistemas judiciales para

⁸⁷ Pese a que los términos “trata de personas con fines de explotación sexual o laboral” o “trata de mujeres para la prostitución”, entre otros, puedan conducirnos a una inevitable comparación con el fenómeno de la prostitución tradicional, quisiera señalar que la prostitución voluntaria queda excluida del alcance del estudio. Ni se ha pretendido entrar en el debate sobre la legalización o no de la prostitución voluntaria, ni posicionarnos sobre si en todo ejercicio de la prostitución se produce una explotación de la mujer, como se sostiene por algunas corrientes. A nuestro modo de ver, ni todas las mujeres que ejercen la prostitución lo hacen en condiciones de explotación ni todas proceden de la trata de personas.

que el mayor número de criminales sean juzgados, y de la adaptación de la legislación nacional para penalizar todas las formas de tráfico de personas⁸⁸.

También los Estados de la Unión Europea hacen especial hincapié en la adopción de programas de intercambio de información del *modus operandi* y de cualquier otro dato que pueda ayudar en la lucha contra las redes criminales, en la adopción de programas y acciones de cooperación entre diferentes Estados, con objetivo de dismantelar las redes nacionales, regionales e internacionales de tráfico de personas, y, más allá, ellos vienen buscando diseñar programas de rehabilitación de las víctimas que incluyan preparación laboral, ayuda legal, asistencia sanitaria y psicológica.

La labor de lucha contra la trata de personas entraña muchos desafíos y hay variaciones regionales significativas en el cumplimiento de las normas internacionales por los distintos países. La aplicación de las leyes no es sencilla; para hacerlo se requieren recursos, fiscalización permanente, vigilancia y evaluación. La investigación y el enjuiciamiento de los casos de tráfico de personas es un proceso complejo que lleva mucho tiempo y requiere una formación rigurosa y el compromiso de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las autoridades judiciales, cuya labor también podría verse obstaculizada por prácticas corruptas.

Otro obstáculo es la identificación de las víctimas, que a menudo temen ser deportadas u objeto de represalias de los traficantes. No obstante, una respuesta eficaz al tráfico de personas puede tener un efecto multiplicador y servir para comenzar a desbaratar la “industria” en general. Por ejemplo, la promulgación de leyes que consideran a las personas objeto de la trata víctimas y no delincuentes, y la realización de campañas de concienciación pública dirigidas a ellas puede tener un efecto positivo sobre su voluntad de presentar denuncias que lleven a nuevos enjuiciamientos. La puesta en marcha de programas de protección de los testigos y asistencia a éstos que den a las víctimas protección amplia también puede alentarlas a que presten declaración. El enjuiciamiento

⁸⁸ La acción penal sigue siendo fundamental, como factor disuasorio de conductas criminales que ya revisten una dimensión transnacional. Y esa acción exige una continua depuración técnica de las normas penales.

efectivo acompañado de sanciones severas puede ejercer un efecto disuasivo sobre futuros traficantes.

A su vez, el uso eficaz de Internet y otros medios de tecnología de la información como sitios *Web* y bases de datos también puede contribuir a la lucha contra la trata de personas. Las estadísticas son difíciles de reunir y pierden validez rápidamente, pero las iniciativas relacionadas con la tecnología de la información pueden utilizarse para aumentar la coordinación y el intercambio de información entre las organizaciones no gubernamentales (ONG), las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos, incluidos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de distintas regiones.

Puede utilizarse *Internet* para divulgar información sobre iniciativas de lucha contra la trata de personas y educar al público acerca de los peligros y problemas relacionados con esta, así como para promover el establecimiento de redes bilaterales y multilaterales con miras a aumentar la presión y abordar el problema. Las bases de datos amplias sobre la lucha contra la trata pueden poner en contacto a grupos aislados de distintas regiones, suministrar información a agentes del orden y oficiales de vigilancia fronteriza sobre personas presuntamente objeto de trata, prestar asistencia a las víctimas y proporcionar estadísticas exactas sobre la trata.

Debido a que el tráfico de personas es un delito tan complejo y multifacético, se relaciona con una diversidad de fenómenos conexos que también es preciso tener en cuenta para prevenirlo de manera eficaz. Entre esos fenómenos figuran muchos otros delitos, como la participación en un grupo delictivo organizado, la trata de seres humanos, la obstrucción de justicia, la corrupción, el blanqueo de dinero, la utilización de niños en el turismo sexual y la pornografía infantil, la falsificación de documentos y los delitos sexuales.

Por ello, un marco de prevención amplio requiere que las leyes relativas a esos fenómenos reflejen un compromiso similar de erradicar el tráfico de personas. Dado que especialmente la trata entraña frecuentemente la explotación de mano de obra, es pertinente examinar los códigos laborales, y dado que la trata puede ser peligrosa para la salud

individual y pública, también es pertinente examinar las leyes sanitarias y relativas a temas conexos. Las leyes de protección de la infancia también son fundamentales para reducir los factores que puedan hacer a los niños particularmente vulnerables fenómeno. La prevención se beneficia también cuando las leyes sobre los registros de matrimonio y nacimiento están bien redactadas y se aplican a cabalidad.

Los legisladores deberían examinar los códigos en vigor en el marco del empeño por combatir la trata de personas de manera multidisciplinaria, y deberían encabezar un movimiento encaminado a enmendar toda disposición legislativa que pueda contradecir el espíritu de las iniciativas de lucha contra la trata de personas. Como mínimo, se debería investigar si es necesario armonizar las siguientes leyes con las políticas para combatir la trata de personas: leyes y códigos laborales, incluidas las leyes que regulan el servicio doméstico; leyes de inmigración, incluida la falsificación de documentos; leyes sobre la delincuencia organizada y los delitos sexuales; leyes sobre el blanqueo de dinero; leyes sobre la corrupción entre los funcionarios públicos; sobre registros de nacimiento y registros de matrimonio; leyes de protección de la infancia; leyes para combatir la utilización de niños en el turismo sexual; leyes para combatir la pornografía infantil; leyes sobre la igualdad de oportunidades; y leyes sanitarias, en particular las relativas al VIH/SIDA.

La ampliación de la responsabilidad penal en muchas de esas normas conexas forma parte integrante de todo enfoque jurídico amplio de la lucha contra el tráfico de personas. Algunas de esas leyes se relacionan con la promulgación de medidas de protección y el establecimiento de redes de seguridad que sirvan para reducir la vulnerabilidad a la trata de personas. Otras leyes se deberían vincular con el tráfico de personas porque se refieren a delitos que pueden afectar a la seguridad o el bienestar de las víctimas de la trata.

C. La Política criminal de la Unión Europea

Los esfuerzos de armonización de las leyes en materia de tráfico de personas, impulsados por el Derecho internacional y supranacional tienen por *finalidad* conseguir una compatibilidad entre las normas aplicables en los diferentes Estados. Pero la necesaria adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y de las penas en el ámbito de la delincuencia organizada, del terrorismo, del tráfico de drogas y de personas no está exenta de puntos débiles, que son de tres órdenes: políticos, político-criminales y jurídicos⁸⁹.

La debilidad política está ligada a la dificultad para los Estados de aceptar una pérdida radical de control en materia penal; la experiencia europea en materia de Política criminal apunta a que los Estados están dispuestos a que la Unión Europea juzgue las normas, pero no los hechos regulados por estas normas; a su vez, la debilidad jurídica se

⁸⁹ Combatir los delitos implica la intensificación del diálogo y las acciones entre las autoridades judiciales penales de los países de la Unión Europea. Durante mucho tiempo, la Unión Europea ha intentado crear un área de justicia penal europea. Sin embargo, la regla de unanimidad, según la cual se requiere el acuerdo de todos los gobiernos de la UE para la toma de decisiones, ha tenido como resultado en muchos casos un enfoque de “mínimo común denominador”. La Comisión no tenía ningún poder ejecutorio. Los parlamentos y los tribunales apenas tenían voz. Por consiguiente, el progreso en este ámbito ha estado limitado y la atención se ha centrado en los aspectos relacionados con la seguridad. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, finalmente se ha vuelto posible el equilibrio entre seguridad y justicia. De acuerdo con el Tratado de Maastricht en 1993, la cooperación judicial en materia de delitos penales se estableció en el ámbito del “tercer pilar”. Según la estructura formal de división en pilares, el Tratado de Lisboa subsana las deficiencias del sistema anterior. En última instancia, esto contribuye a la creación de un área común de justicia europea en la que se fomente la confianza mutua y la colaboración de los agentes de la ley y las autoridades judiciales nacionales. De este modo, propicia un aumento de confianza de los ciudadanos en la justicia de los procedimientos, especialmente en lo que respecta a la protección de sus derechos en los tribunales de otros países o en caso de ser víctimas de un delito. Ese aumento de la confianza mutua es una condición previa al reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales entre los países de la UE. Con el fin de aumentar dicha confianza, se ha de establecer niveles mínimos comunes en relación con el derecho a un juicio justo y los derechos de las víctimas de delitos. En el año 2009 en Estocolmo, el Consejo Europeo adoptó el “Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”. Para asumir los retos futuros y fortalecer aún más el área de justicia, la Comisión ha adoptado un ambicioso plan de acción para implementar el programa de Estocolmo. En este plan se establecen las prioridades de la UE en este ámbito para el período 2010-2014. Las mejoras planificadas en el ámbito de la justicia penal incluyen: 1) el fortalecimiento del papel de EUROJUST; 2) la creación de una fiscalía pública europea; 3) la aplicación de un enfoque más coherente para las sanciones penales; 4) la consolidación de los derechos procesales y asistencia más eficaz para las víctimas de delitos (véase <http://ec.europa.eu>).

vincula con la exigencia de no disponer la Unión Europea de un sistema coherente desde su concepción, y que él no pierda su coherencia en el curso del paso del momento descriptivo al momento prescriptivo⁹⁰.

La práctica demuestra que la efectividad de lo declarado en los textos internacionales y supranacionales relativos a los derechos humanos sólo se alcanza mejor mediante su implementación en los ordenamientos internos. Si se ubica en el ámbito de la Unión Europea una parte de la normativa aprobada en su seno puede predicarse su directa exigibilidad, aunque en muchos casos, como el supuesto de las directivas⁹¹, esa exigibilidad

⁹⁰ Sobre las diversas corrientes europeas en torno del interés por la unificación normativa penal, ver Fausto DE QUADROS, *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*, 1ª edic., Coimbra: Almedina, 2004; Ana Maria GUERRA MARTINS y Fausto DE QUADROS, *in Contencioso da União Europeia*, 2ª edic., Coimbra: Almedina, 2007; Manuel Carlos LOPES PORTO y Renato GALVÃO FLORES, *in Teoria e políticas de integração na união europeia e no MERCOSUL*, 1ª edic., Rio de Janeiro: Almedina/FGV, 2006; Jorge MIRANDA, *Curso de Direito internacional público*, 3ª edic., Estoril: Editora Príncípa Ltda., 2006; e Isabel CAMISÃO y Luís LOBO-FERNANDES, *Construir a Europa: o processo de integração entre a teoria e a história*, 1ª edic., Estoril: Editora Príncípa Ltda., 2005.

⁹¹ La Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas de la Unión Europea (UE). Se trata de un instrumento flexible que se emplea principalmente como medio para armonizar las legislaciones nacionales. Establece una obligación de resultado para los países de la UE, pero les deja libertad con respecto a los medios para alcanzarlos. La Directiva forma parte del Derecho derivado de la Unión Europea. Una vez adoptada a escala de la UE, la Directiva debe transponerse al Derecho interno de los países de la UE para su aplicación. El art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE enuncia que la directiva es vinculante para los países destinatarios (uno, varios o todos ellos) en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejando al mismo tiempo a las autoridades nacionales la competencia sobre la forma y los medios. No obstante, la directiva se distingue del Reglamento y la Decisión. A diferencia del Reglamento, que se aplica al Derecho interno de los países de la UE directamente tras su entrada en vigor, la Directiva no se aplica directamente en los países de la Unión Europea. Primero debe ser traspuesta a la legislación nacional antes de que los gobiernos, las empresas y los particulares puedan recurrir a ella. A diferencia de la Decisión, la Directiva es un texto con un ámbito de aplicación general destinado al conjunto de países de la Unión Europea. La Directiva se adopta siguiendo un procedimiento legislativo. Es un acto legislativo adoptado por el Consejo y el Parlamento con arreglo a los procedimientos legislativos ordinarios o especiales. Para que una Directiva surta efecto a escala nacional, los países de la UE deben adoptar una ley que la incorpore. Esta medida nacional debe ajustarse a los objetivos establecidos por la Directiva. Las autoridades nacionales deben comunicar estas medidas a la Comisión Europea. Los países de la UE tienen margen de maniobra en este proceso de transposición, lo cual les permite tener en cuenta las características nacionales específicas. La transposición debe producirse en el plazo establecido cuando se adopta la Directiva (generalmente en dos años). Cuando un país no transpone una Directiva, la Comisión puede incoar un procedimiento de infracción e instruir un procedimiento contra el país ante el Tribunal de Justicia de la UE (el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas). En principio, la Directiva solo entra en vigor una vez transpuesta. No obstante, el Tribunal de Justicia de la UE considera que una Directiva que no haya sido transpuesta puede tener ciertos efectos directos cuando: la transposición a la legislación nacional no se haya producido o se haya producido incorrectamente; las disposiciones de la Directiva sean incondicionales y suficientemente claras y precisas; y las disposiciones de la Directiva atribuyan derechos a los particulares. Cuando se cumplen estas condiciones, los particulares pueden alegar la Directiva ante los

queda postergada durante un plazo de tiempo y consiste en el logro de los objetivos previstos en la misma. Y la presencia de un Derecho penal de la Unión Europea está generando una intensa discusión doctrinal en torno a si es posible ceder el ejercicio del *ius puniendi* estatal en manos de órganos supranacionales sin vulnerar principios fundamentales del modelo de Estado y, básicamente, el principio de legalidad.

Como es bien sabido, en los Estados de derecho el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* no hace referencia únicamente a la necesidad de regular por ley tipos y penas, sino que implica la exigencia de que dicha ley tenga carácter parlamentario de forma que legitime democráticamente la coacción del Estado. Sin embargo, en el caso de la Unión Europea esto no es así, ya que el Parlamento europeo no tiene protagonismo alguno a la hora de adoptar instrumentos en materia penal.

A diferencia de lo que ocurre a nivel nacional, en la Unión, la competencia para adoptar normas penales corresponde al Consejo, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro. Es decir, la producción de normas penales en la Unión es de carácter gubernativo. A esto debe añadirse la necesidad de unanimidad, lo que otorga a cada Estado miembro el derecho de veto. En consecuencia, la adopción de un instrumento penal necesita el consenso de las diferentes sensibilidades de los Estados miembro, lo que se puede obtener con procedimientos complejos y poco transparentes más propios de relaciones diplomáticas intergubernamentales⁹².

tribunales contra un país de la UE. Sin embargo, un particular no puede alegarla al presentar una reclamación contra otro particular en relación con el efecto directo de una Directiva si no ha sido transpuesta (véase la Sentencia del asunto C-91/92, Paola Faccini Dori contra Recreb Srl, de 14 de julio de 1994). Asimismo, el Tribunal de Justicia concede a los particulares la posibilidad de obtener, en determinadas condiciones, una compensación por la transposición incorrecta o con retraso de una Directiva (Sentencia de los asuntos acumulados C-6/90 y C-9/9, Francovich y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991). El retraso en la transposición de Directivas de los países de la UE sigue siendo un problema persistente, que impide que los ciudadanos y las empresas aprovechen los beneficios tangibles del Derecho de la UE. La UE ha establecido un objetivo de reducción del déficit de transposición del 1%. La tabla de la transposición de las Directivas de la UE en el mercado único, publicada por la Comisión Europea en julio de 2014, muestra que solo cinco países no pudieron alcanzar este objetivo. En cambio, doce países consiguieron alcanzar un déficit de cumplimiento de la legislación nacional inferior al 0,5 % propuesto en el Acta del Mercado Único de abril de 2011 (véase <http://eur-lex.europa.eu/>).

⁹² Una de las críticas constantes contra la Unión Europea (o, constructivamente, para mejorar la Organización) es la concurrente idea de señalar el déficit democrático de la Unión. Sin embargo, ¿es esto real? ¿existe un déficit democrático en la Unión Europea? En cualquier Estado del mundo el máximo

Efectivamente, el proceso de armonización que se produce por la vía del art. 29 del Tratado de la Unión Europea implica un déficit de legitimidad democrática, en la medida en

representante de una democracia que más o menos pueda funcionar es el Parlamento o Congreso. Independientemente del país, todos los parlamentos ejercen la función legislativa y, de manera general, funcionan igual. Aquí reside la primera característica: la Unión Europea, sin ser propiamente un Estado Federal, posee desde su creación de un Parlamento que representa a los ciudadanos europeos y que, con el paso del tiempo, ha ido adquiriendo más y más competencias hasta el punto que, actualmente, prácticamente todas las decisiones que se aprueban en la UE tienen que contar con el voto conforme del Parlamento Europeo. La importancia del Parlamento Europeo es enorme. Si prácticamente el 100% de las decisiones europeas tienen que tener voto conforme del Parlamento Europeo, esto quiere decir que toda la legislación que los Estados Miembros tienen que aplicar o transponer ha sido previamente aprobada por la institución europea que representa a los ciudadanos. Sin duda, es recalable decir que alrededor del 70% de la legislación anual de un Estado proviene directamente de la Unión Europea. Además, como si de un Estado se tratara, el Parlamento es elegido cada 5 años por los ciudadanos europeos a través de elecciones universales. El Parlamento es una institución clave que, sin duda, es la máxima expresión de la voluntad democrática de la UE. Sobre todo si se tiene en cuenta que los Estados Miembros han querido constantemente aumentar las competencias del Parlamento con el fin de dotarle de mayor legitimidad democrática. Actualmente, algunos estadistas destacan que el Parlamento Europeo sería, directamente, el mayor legislador democrático del mundo. Dicho esto, otros aspectos de la Unión Europea son fundamentales. Primero, para entender su creación. Y, en segundo lugar, porque reflejan los valores democráticos que representa, promueve y defiende. Así, no se debe olvidar que la creación de la Unión Europea responde, entre otras cosas, a la voluntad de diversos Estados que, ante todo lo sucedido, deciden poner fin a sus controversias y unirse con el fin de evitar los mismos errores cometidos y cooperar. Las barbaridades vistas en la guerra, en las posguerras, el hambre, el odio etc., todo son motivos para construir una unión que fomente la protección del ser humano, el fomento y, sobre todo, evitar que Europa volviese a convertirse en un escenario de guerra. En segundo lugar, la voluntad democrática de la UE también se demuestra en la legislación: todos los Tratados de la Unión Europea desde su creación en 1951 hasta el último, el de Lisboa en 2009, destacan y subrayan la voluntad democrática de la UE, así como la defensa de la democracia y valores fundamentales en la Unión Europea, Estados Miembros y en el mundo. De hecho, un Estado que no respetase los derechos humanos y que no tuviera un sistema democrático, no podría tener acceso a integrarse en la Unión Europea. A pesar de todo lo descrito anteriormente, existen constantes críticas a la falta de legitimidad democrática. En realidad, tanto la creación como la existencia de la UE responde a unos intereses democráticos que, más que mínimos, se convierten en la pieza estructural de la UE. Sin embargo, las constantes críticas no dejan de tener razón en algunos aspectos. A pesar de que el Parlamento Europeo se ha ido convirtiendo en un auténtico legislador, es cierto que aún hay ciertos aspectos legislativos en los que el Parlamento solo tiene que emitir un informe o dictamen preceptivo pero no vinculante. Por tanto, en ocasiones, el Parlamento tiene derecho a voz, pero no a voto. En segundo lugar, El Consejo y la Comisión aún poseen demasiada fuerza en comparación con el Parlamento. Es cierto que cada Institución cumple su función, pero añadir un control superior por parte del Parlamento hacia estas Instituciones o, incluso, permitir que la Comisión, algo parecido a un gobierno europeo, fuera escogida en su gran totalidad directamente por la Institución que representa a los ciudadanos europeos, permitiría llegar a decir que el Parlamento es, junto a la Comisión, la máxima Institución democrática de la UE; es decir, como un Parlamento y Gobierno Nacionales. Por último, la modificación de la elección del Parlamento es clave para reducir la sensación del déficit democrático europeo. Así, con la creación de una circunscripción única europea, con la creación de partidos europeos comunes en todos los Estados e, incluso, con la creación de listas de partidos comunes para toda Europa, ayudaría no solo a aumentar el poder de decisión de los ciudadanos, sino que ayudarían a paliar la constante desviación del temario europeo por el temario nacional que los políticos nacionales efectúan siempre en las campañas electorales europeas y, lo más importante, ayudaría a eliminar la sensación de lejanía entre la UE y el ciudadano. En definitiva, es cierto que la democracia europea es mejorable, tanto como cualquier otra democracia nacional. Cfr. CURATOLO, Pietro, *La democracia en la Unión Europea*, Madrid: Autor, 2012.

que las decisiones marco del Consejo suponen una regulación penal gubernamental, dejando de lado el papel institucional del Parlamento como motor legislativo, y creando fricciones con el principio de legalidad tanto en su vertiente política, en cuanto manifestación de la división de poderes, como en su vertiente garantista material de exigencia de reserva de ley orgánica para la regulación de las normas limitadoras de derechos fundamentales.

Evidentemente, la Comisión Europea reconoce una conexión directa entre el tráfico ilegal de personas y la prostitución: las prostitutas son un grupo de alto riesgo. Después de la explotación sexual, el trabajo forzoso es la segunda mayor razón por la que en la Unión Europea se trafica con seres humanos. Otros objetivos son la extracción de órganos para trasplantes, la adopción ilegal y el matrimonio forzado⁹³. Y toda esa problemática refleja directamente en la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, que tiene por objeto garantizar la libre circulación de personas y ofrecer un elevado nivel de protección a los ciudadanos; engloba ámbitos políticos que van desde la gestión de las fronteras externas de la Unión Europea hasta la cooperación judicial en materia civil, penal y policial. También incluye políticas de asilo e inmigración y de lucha contra la delincuencia (terrorismo, delincuencia organizada, delincuencia informática, contrabando y trata de seres humanos, de drogas ilegales etc.)⁹⁴.

Sin embargo, se puede observar que más que un verdadero y propio Derecho penal de la Unión es un *desideratum*. La Unión Europea carece de competencias generales en materia penal, y las competencias específicas de la Unión en esta cuestión están limitadas por el principio de subsidiariedad, por lo cual la Unión, salvo en aquellas materias de competencia exclusiva, actúa únicamente cuando los objetivos de la acción que se vaya a emprender no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.

En realidad, y de manera similar a lo que ocurre en el Derecho internacional, sólo se observa en el Derecho penal de la Unión Europea una multitud de instrumentos dispersos

⁹³ Véase http://europa.eu/index_it.htm.

⁹⁴ La creación del espacio de libertad, seguridad y justicia se basa en los programas de Tampere (1999-2004), La Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014). Emanan del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que regula el “Espacio de libertad, seguridad y justicia”.

sobre materias muy concretas, básicamente aquellas en las que se ha podido llegar a un acuerdo de mínimos, pero sin que exista un verdadero proceso de armonización de legislaciones penales, ni en el ámbito procesal ni mucho menos en el ámbito sustantivo, tanto por lo que respecta a la definición de los tipos penales como, especialmente, en referencia a las sanciones previstas para ellos.

D. La necesidad de armonización de las legislaciones nacionales

Aun así, y a pesar de las críticas, es cierto que resulta necesario un proceso de regulación europea para la mejor tutela de algunos bienes jurídicos fundamentalmente de *naturaleza* económica y los relativos a la criminalidad organizada. Debe señalarse que, a pesar de esta dispersión normativa, se está produciendo un proceso de cierta influencia recíproca entre los ordenamientos nacionales y los instrumentos de la Unión que, unido al trabajo de organismos como EUROJUST, EUROPOL o la Red europea de formación judicial, puede desembocar en el futuro en una mayor aproximación de legislaciones, a la espera de la ansiada armonización. En todo caso, actualmente, el Derecho penal de la Unión Europea es un laberinto de normas en el que es difícil orientarse y que necesita, urgentemente, una estructuración que permita darle coherencia.

Dejar todo el peso de la cooperación en materia penal en el frágil soporte del reconocimiento mutuo sin avanzar en una armonización que permita reforzar la confianza mutua es, cuanto menos, arriesgado. Incluso algunos países de la Unión Europea estiman que el proceso de integración ha llegado a su límite, que no caben más atribuciones de soberanía sin afectar a núcleos delicados⁹⁵. En todo caso, lo cierto es que esta crisis institucional tiene sido aprovechada por algunos Estados miembros, especialmente el Reino Unido, para reabrir negociaciones sobre temas que ya habían sido aceptados sin problemas por estos mismos Estados en el Tratado Constitucional. Y es que si en algún ámbito se refleja claramente los diferentes puntos de vista sobre la integración europea, ese es el ámbito penal.

⁹⁵ Cfr. GONZALEZ VIADA, Natacha, *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Barcelona: Marcial Pons, 2009.

Los cambios sociales que, iniciados desde hace ya tiempo, se están consolidando e incrementando en el presente siglo, suponen nuevos retos para las políticas de protección de los derechos humanos, y plantean la necesidad de encontrar nuevos medios para proteger a colectivos especialmente vulnerables, y que se encuentran en situaciones particularmente críticas. Existe efectivamente una búsqueda constante de mejores condiciones de ofrecer respuestas jurídicas más fundadas y practicables. Respuestas éstas que pueden obtenerse partiendo de un enfoque necesariamente multidisciplinar, integral y polifacético que tenga en cuenta la complejidad del fenómeno a abordar en su conjunto.

Así, desde esta perspectiva, hay que incluir en el análisis elementos de prevención, investigación, enjuiciamiento, asistencia y protección a las víctimas, cooperación policial y judicial. El tráfico ilegal de personas es una cuestión que requiere de un planteamiento global y multidisciplinar que, en todo caso, no puede solventarse recurriendo exclusivamente a la normativa internacional, supranacional o a la nacional; precisa, al propio tiempo, de una actuación coordinada entre Estados e instituciones supranacionales; actuación que requiere, obviamente de un importante respaldo financiero⁹⁶.

Actualmente, en senos legislativos se discute, por ejemplo, sobre la eficacia de las leyes de protección de peritos y testigos, al estimarse que no cubren realmente las necesidades de las víctimas del tráfico. Se reclama la adopción de determinadas medidas procesales que aseguran el respeto de la víctima, y las medidas de asistencia y ayuda tras el delito, durante el proceso y después del juicio, acordes con la naturaleza de la problemática que plantee. Ello porque la aplicación del Derecho penal puede originar nuevas discriminaciones –y con ello una victimización secundaria– cuando, además de la degradación de las víctimas del tráfico ilegal de personas por las redes de traficantes, de las dificultades que han de sufrir en el proceso de traslado, y de las condiciones inhumanas a la

⁹⁶ El tráfico ilegal de personas es un fenómeno estructural y no coyuntural en el nuevo orden de la mundialización, que está estrechamente relacionado con el alarmante incremento de la población mundial y con el fenómeno de la migración internacional sin precedentes que se está produciendo en las últimas décadas como una consecuencia más de la globalización. El tráfico ilegal de personas hay que enmarcarlo, por tanto, en el contexto de la globalización para conocer y hacer frente a los efectos que ella produce en este fenómeno. Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario, LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual ... op. cit.*, pág. 41.

que se ven sometidos, se suman unas situaciones que suelen ocurrir de tratamiento insensible por parte de las autoridades policiales, administrativas y judiciales⁹⁷.

En efecto, el proceso de armonización de las legislaciones nacionales necesita suplantar problemas persistentes y que derivan de algunas necesidades, tales como: 1) fomentar y mejorar los mecanismos de cooperación judicial para contribuir a la creación de un auténtico espacio judicial europeo en el ámbito penal, basado en el mutuo reconocimiento y en la confianza recíproca; 2) facilitar la armonización sustantiva, necesaria para reducir los obstáculos legales que impiden un buen funcionamiento de la cooperación judicial y policial; 3) establecer normas mínimas procesales; 4) mejorar los contactos, el intercambio de información y las buenas prácticas jurídicas entre todos los actores de la justicia penal (autoridades legislativas, judiciales y administrativas y demás profesionales de la justicia); 5) propiciar la formación de los miembros del poder judicial; 6) aumentar la confianza mutua; y 7) mejorar las garantías de los derechos de las víctimas y de los acusados.

⁹⁷ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 81. A propósito del tema, se puede clasificar la victimización en primaria, secundaria y terciaria. La victimización primaria resulta de la experiencia individual, directa de la víctima en el delito; esta experiencia supondrá diversas consecuencias en la víctima, de índole física, psíquica, económica, social etc. Tras la comisión del delito, los daños que pueda sufrir la víctima, no sólo pueden ser daños físicos, sino que también un severo impacto psicológico. Tras una agresión la víctima se siente impotente con miedo a que la agresión se repita (ansiedad, angustia o abatimiento), e incluso sentimientos de culpabilidad con relación a los hechos. La respuesta de la sociedad no siempre es solidaria, en el mejor de los casos compasión. La victimización secundaria no resulta de la relación víctima-agresor, sino de la relación de la víctima con el sistema jurídico penal. Eso supone una segunda experiencia, que puede ser más cruel que la victimización primaria, porque el contacto de la víctima con la administración de justicia despierta sentimientos de índole variada (perder el tiempo, malgastar el dinero, ser incomprendida, no se le escucha etc.). En muchas ocasiones las víctimas tienen el sentimiento de convertirse en acusada (delitos de violación). La victimización secundaria es más perniciosa que la primaria, es el propio sistema el que victimiza a quien solicita ayuda, justicia, protección. A su vez, la victimización terciaria es una victimización del delincuente; en ocasiones el delincuente puede convertirse en una víctima institucional, a ejemplo de la victimización carcelaria, que puede destacarse por su crueldad, tratos vejatorios, por agresiones sexuales etc.

E. La perspectiva de género en el combate al tráfico ilegal de personas

La delincuencia relacionada al tráfico ilegal de personas engrosa las estadísticas delictivas contra los extranjeros; es realizada generalmente por parte de organizaciones criminales, y afecta en gran medida a los migrantes, que son de hecho las víctimas del delito⁹⁸. Ello ha conducido a que la doctrina reconozca al migrante más como víctima especialmente vulnerable a los fenómenos de tráfico y explotación que como autor de delitos que contribuyen a incrementar la inseguridad ciudadana⁹⁹.

La perspectiva de la protección a la víctima cobra a este respecto una decisiva importancia. Las medidas de protección a las mujeres objeto de la trata sexual, en su inmensa mayoría desplazadas de sus países de origen, para que no sean objeto de maltrato, aparecen así como complemento indispensable del adecuado tratamiento penal de los responsables de su explotación. La situación de vulnerabilidad en que viven las mujeres y niñas las convierte en blancos fáciles para los grupos criminales que se aprovechan de esas condiciones de debilidad y lucran a partir de sus necesidades más básicas que se encuentran insatisfechas.

⁹⁸ Véase HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Tráfico ilícito de personas. Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*, Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, y el mismo autor, *La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código penal*, Madrid: A. P. n. 6, 1998; HUERTAS GONZÁLEZ, Rosa, *Comentarios al Título III. De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. Comentario a la nueva Ley de extranjería*, Madrid: Ed. Lex Nova, 2000; JORDANA DE POZAS, Luis, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Ed. Trivium, 1997; JUDERÍAS, Julián, *La trata de blancas. Estudio acerca de este problema social en España y en el extranjero*, Madrid, 1911.

⁹⁹ Cfr. GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 33-34. Algunos autores han dedicado libros al tema "seguridad ciudadana", por ejemplo, Lucía DAMMERT, *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, 1ª edic., Quinto: Flasco, 2007; Dora María TÉLLEZ ARGÜELLO, *Democracia y seguridad ciudadana: sistema de justicia penal-Nicaragua*, 1ª edic., Managua: Coordinación Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, 1999; Salvador IGLESIAS MACHADO, *Consideraciones de política criminal: globalización, violencia juvenil y actuación de los poderes públicos*, 1ª edic., Madrid: Dykinson, 2006; Julio IGLESIAS DE USSEL, Antonio TRINIDAD REQUENA y Otros, *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades españolas*, 1ª edic., Bilbao: Fundación BBVA, 2010; y Diego CARDONA, Bernard LABATUT y Otros, *Encrucijadas de la seguridad en Europa y las Américas*, 1ª edic., Rosario: Centro de Estudios Políticos e Internacionales, 2004.

Desde una perspectiva de género, la trata constituye una de las formas más extremas de la violencia contra las mujeres y, por ende, una grave violación a sus derechos, como el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física, psicológica, sexual, a la salud, a la libertad, a la seguridad personal, a la igualdad y a los derechos económicos, sociales y culturales. Y claramente las niñas y los niños son más vulnerables que los adultos; en tal sentido, la edad sumada a otros factores de vulnerabilidad facilita el control por parte de los tratantes.

En tal sentido, de acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “las mujeres están más afectadas por la violencia y la discriminación de género en la educación, la inequidad laboral, caracterizada por la segregación ocupacional y una representación desproporcionada en los sectores informales de empleo. Todo ello trae como consecuencia una muy particular vulnerabilidad así como una enorme inseguridad económica y por lo tanto la propensión a migrar, generalmente en forma irregular, a pesar de los riesgos e implicaciones que esto conlleva”¹⁰⁰.

La discriminación y la violencia contra las mujeres son una expresión de las relaciones de poder históricamente desiguales entre varones y mujeres, caracterizadas por la consecuente subordinación y opresión de estas últimas; los valores patriarcales fuertemente arraigados en las sociedades contribuyen a negar derechos, invisibilizar y tolerar las violencias, y, en cierto modo, asegurar la impunidad de delitos como la trata de personas.

La trata de personas involucra de algún modo todos los tipos de violencia de género¹⁰¹, provocando graves dificultades para el desarrollo de las mujeres y niñas en las

¹⁰⁰ Véase <http://www.spain.iom.int/>.

¹⁰¹ El mandato respecto a la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres está acordado universalmente por los Estados Miembros de Naciones Unidas, y engloba todos los ámbitos de la paz, el desarrollo y los derechos humanos. Los mandatos sobre la igualdad de género toman como base la Carta de las Naciones Unidas, la cual, de manera inequívoca, reafirmó la igualdad de derechos de mujeres y hombres. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en 1995 defendió la incorporación de una perspectiva de género como un enfoque fundamental y estratégico para alcanzar los compromisos en igualdad de género. La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing resultantes instan a todas las partes interesadas relacionadas con políticas y programas de desarrollo, incluidas organizaciones de las Naciones Unidas, Estados Miembros y actores de la sociedad civil, a tomar medidas en este sentido. Existen compromisos adicionales incluidos en el documento final del vigésimo tercer período extraordinario de

distintas esferas de su vida, a lo que se suma la probable exposición a la violencia institucional frente a los obstáculos en el acceso a la Justicia y a los servicios de asistencia necesarios¹⁰².

Las mujeres y niñas víctimas de este delito sufren violencia física a través de golpes, quemaduras, heridas y toda clase de tratos crueles, inhumanos o degradantes, llegando en muchos casos al extremo de la muerte. A su vez, la violencia sexual es una de las manifestaciones más comunes de este delito, y la explotación sexual genera grandes riesgos para la salud de las víctimas, generalmente debido al no acceso al uso de preservativos, cortes y raspaduras en el tejido interno provocado por el sexo violento y las violaciones, así como la contracción de infecciones de VIH/SIDA, el virus del papiloma humano (VPH) y otras enfermedades de transmisión sexual, que al no ser debidamente tratadas por la falta de acceso a los servicios de salud, pueden dañar de manera severa y permanente la salud sexual y reproductiva¹⁰³.

sesiones de la Asamblea General, la Declaración del Milenio y diversas resoluciones y decisiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Las conclusiones convenidas del ECOSOC de 1997 definían la incorporación de una perspectiva de género como: “El proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros”. Según esto, la igualdad de género es el objetivo de desarrollo general y a largo plazo, mientras que la incorporación de una perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos así como procesos técnicos e institucionales que se adoptan para alcanzar este objetivo. La incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales, y en programas de servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias.

¹⁰² Véase DE HOYOS SANCHO, Montserrat, ACALE SÁNCHEZ, María y Otros, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2009; GARCÍA-MINA, Ana, CARRASCO, María, *Violencia y género*, Madrid: Comillas, 2003; BLANCO PRIETO, Pilar, *La violencia contra las mujeres: prevención y detección*, Madrid: Ed. Díaz de Santos, 2004; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Violencia de género: Una visión multidisciplinar*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008; y PALLARÉS, Miguel, *Violencia de género*. Barcelona: Marge, 2012.

¹⁰³ Es un tema complejo, y se deben tomar en cuenta muchos frentes y puntos de vista diferentes, desde el estrictamente sanitario, pasando por el de derechos humanos y el de género. Principalmente sobre los problemas sanitarios, véase ELKIND, David, *Legami che stressano*, Roma: Ed. Armando, 1999; ABBAS, Abul, KUMAR, Vinay y Otros, *Fondamenti di patologia e di fisiopatologia*, Roma: Ed. Edra, 2013; QUARANTA, Ivo, *Corpo, potere e malattia*, Roma: Ed. Meltemi, 2006; CHIEFFI, Orlando, BONFIRRARO, Giovanni, FIMIANI, Raffaele, *Ginecologia ambulatoriale*, Florencia: Ed. SEE Firenze,

También deben mencionarse los embarazos forzosos y los abortos forzosos, lo que involucra la violencia obstétrica y contra la libertad reproductiva.

Asimismo, la explotación sexual tiene consecuencias especialmente perjudiciales para la salud de las niñas y niños. Las niñas son particularmente vulnerables frente a las infecciones debido a la inmadurez de su tracto genital y los daños a largo plazo se acentúan, así como también la sexualización traumática y la estigmatización que involucra el sometimiento a prostitución perjudican su desarrollo a futuro, y sus posibilidades de generar vínculos y relaciones interpersonales normales.

El comercio sexual es un problema en muchos países en torno del mundo, y se manifiesta de distintas maneras y resulta difícil medirlo. La expresión “explotación sexual con fines comerciales” puede designar, ya que atañe a los niños, relaciones sexuales en las cuales al niño le pagan por sus “servicios”. Sin embargo, a menudo no es así, y el explotador es quien se queda con el dinero. En el caso del tráfico de niños, las víctimas son reclutadas, transportadas, alojadas y alimentadas por el explotador, quien las obliga a trabajar en prostíbulos u otros establecimientos, los cuales ofrecen tal actividad¹⁰⁴.

En cuanto a la pornografía infantil, ciertos explotadores no dudan en fotografiar, filmar o grabar escenas de sexo que involucran a menores de edad, las cuales se venden después para obtener ganancias comerciales. Además, el comercio sexual está a menudo ligado con el turismo. Muchos extranjeros, hombres y mujeres, no dudan en visitar países tales como Brasil y Tailandia para tener relaciones sexuales con niños.

La violencia psicológica tiene su lugar como consecuencia del encierro, la

1997; y CAPODIECI, Salvatore y BOCCADORO, Leonardo, *Fondamenti di sessuologia*, Padua: Ed. Libreria Universitaria, 2012.

¹⁰⁴ Véase DAVIS, Enriqueta, *La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, Ciudad de Panamá: IMUP, 2002; AZAOLA GARRIDO, Elena, *Infancia robada: niñas y niños víctimas de explotación sexual*, Ciudad de México: UNICEF, 2000; ESTES, Richard (Coord.), *La infancia como mercancía sexual*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 2003; y SÁNCHEZ LANG, Rosamaría, *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, Managua: IMUP, 2002.

degradación, la destrucción moral y de la autoestima de las víctimas, lo que puede derivar en trastornos de ansiedad, aislamiento, depresión, tendencias suicidas, y adicción a drogas y sustancias psicotrópicas o psicoactivas, entre otras alteraciones y enfermedades.

No obstante, la violencia simbólica y la violencia mediática altamente presentes en las sociedades contribuyen a legitimar determinados estereotipos y preconcepciones de género que reproducen desigualdad y dominación masculina. En el caso de la violencia mediática, los medios masivos de comunicación siguen difundiendo mensajes e imágenes que muestran a las mujeres como un objeto, y el cuerpo de las mismas como una mercancía susceptible de apropiación e intercambio, lo que refuerza la idea de explotación presente en la trata de personas.

A este análisis deben sumarse los efectos de la violencia económica y patrimonial. Los traficantes ejercen control sobre sus víctimas limitando sus movimientos, por ejemplo mediante la retención de documentos personales, y generando situación de dependencia y endeudamiento por gastos de transporte, alojamiento, alimentación, vestimenta, e incluso sanciones pecuniarias, sin tener las víctimas prácticamente ningún acceso a los ingresos generados por la actividad que realizan.

La trata de mujeres y niñas sin duda constituye una grave violación a las normas internacionales que conciernen a los derechos de las mujeres, así como también a normas generales del Derecho Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una vez que las víctimas de trata de personas suelen ser confinadas, obligadas a trabajar durante largos períodos y sometidas a formas graves de violencia física y mental que pueden constituir tortura, o al menos trato cruel, inhumano o degradante.

Conviene, por tanto, señalar la alta vulnerabilidad de mujeres en estas situaciones de crisis humanitarias, donde se ven frecuentemente expuestas a situaciones de explotación sexual y todo tipo de violencia, y en algunos casos pueden acabar resultando víctimas de trata. La explotación es una dinámica que se ve exacerbada durante crisis humanitarias caracterizadas por una violencia generalizada, desplazamientos en masa y desintegración de

estructuras familiares. Hay una necesidad imperiosa de luchar contra la explotación sexual y la trata en caso de refugiados, para que se lleven a cabo operaciones que velen por la existencia de sistemas seguros que eviten estos casos, con hincapié especial en mujeres y niños.

Otro grupo de alta vulnerabilidad en esta situación son los niños y niñas. Existen factores comunes que propician dicha vulnerabilidad: la pobreza, que lleva a las familias a abandonar a los menores en manos de traficantes en la creencia de que lograrán un futuro mejor; en crisis humanitarias, donde los verdugos aprovechan las situaciones de caos para raptar a sus víctimas; los conflictos armados, donde los niños suelen ser empleados como soldados por lo fácil que resulta manipularlos, incluso existen casos de menores procedentes de países en vías de desarrollo que son objeto de trata para luego ser adoptados en países desarrollados. En general, el fin de la trata de menores es que éstos sean explotados sexualmente. Importante en este punto mencionar el auge de la pornografía infantil¹⁰⁵, así como a chicas adolescentes obligadas a prostituirse, forzados a matrimonios pactados¹⁰⁶, o

¹⁰⁵ Sobre los instrumentos internacionales de protección a los menores en materia de pornografía infantil, en el ámbito de las Naciones Unidas, hay que destacar en primer lugar el art. 34 de la Convención de los Derechos del Niño (1989), que obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para evitar “la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. Por otra parte, el art. 3º del Tratado de Nueva York contra la Explotación Sexual del Niño (2000) dispone el deber de los Estados de incluir en su ordenamiento penal la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil. Asimismo, hay que destacar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2000), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el artículo 3º d) del citado Protocolo considera niño a toda persona menor de 18 años; y que la letra a) del mismo precepto entiende por trata de personas “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. En el ámbito del Consejo de Europa, resulta relevante la Convención sobre el Cibercrimen (2001), cuyo art. 9º contiene un concepto de pornografía infantil. La Unión Europea ha realizado una labor de armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros en esta materia, a través de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sustituida por la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

¹⁰⁶ Los matrimonios forzados constituyen una violación de los Derechos Humanos, pues esta práctica no respeta el principio básico de lo que constituye el matrimonio (una unión marital de libre consentimiento entre dos individuos) e impide la libertad física de la persona, así como su capacidad de decidir su futuro por sí misma. Los matrimonios que involucran a un individuo menor de 18 años son comúnmente llamados matrimonios infantiles, matrimonios de niños o matrimonios precoces. Las niñas y adolescentes mujeres son

para trabajos forzosos en fábricas o como personal de servicio doméstico.

Millones de niños y niñas se ven envueltos en conflictos de los que no son simplemente testigos, sino el primordial objetivo. Algunos caen víctimas de un ataque indiscriminado contra civiles, otros mueren como parte de un genocidio calculado. Otros sufren los efectos de la violencia sexual o las múltiples privaciones propias de los conflictos armados que los exponen al hambre o a las enfermedades. Igualmente chocante resulta el hecho de que miles de jóvenes son explotados como combatientes¹⁰⁷.

Se entiende por niño soldado toda persona menor de 18 años que forme parte de cualquier fuerza o grupo armado, regular o irregular, con independencia de las labores que desempeñe; y toda persona menor de 18 años que acompañe a esas fuerzas o grupos cuando ello no sea en condición de familiar. Se incluye también en esa categoría a las niñas y a quienes se haya reclutado con fines sexuales o para obligarlas a casarse¹⁰⁸.

No hay cifras fiables del número de menores soldados en el mundo. Según datos de Naciones Unidas, en 2012 se reclutaban niños y niñas soldados en al menos 19 países¹⁰⁹.

a menudo las más afectadas por esta práctica. Cuando son aún muy jóvenes, a veces incluso al nacer, su familia elige al marido con quien se casarán tan pronto como lleguen a la pubertad y puedan tener niños.

¹⁰⁷ Véase <https://www.es.amnesty.org/>.

¹⁰⁸ Cfr. COHN, Ilene y GOODWIN-GILL, Guy, *Los niños soldados: un estudio para el Instituto Henry Dunant/Ginebra*, Madrid: Ed. Fundamentos, 1997; SEDKY-LAVANDERO, Jéhane, *Ni un solo niño en la guerra: infancia y conflictos armados*, Barcelona, Icaria, 1999; y PEREYRA, Daniel, *Mercenarios. Guerreros del Imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*, Madrid: El Viejo Topo, 2007.

¹⁰⁹ En la mayoría de las guerras actuales se reclutan niños para usarlos como soldados. En la actualidad, combaten niños y niñas en 19 países, en las filas de grupos armados no estatales, en ejércitos nacionales y en milicias vinculadas al gobierno. Los niños participan en casi todos los aspectos de la guerra: como espías, centinelas, vigilantes, cocineros, porteadores y, a menudo, como combatientes en el frente de batalla. Las filas de niños-soldado incluyen niñas de apenas ocho años reclutadas por la guerrilla en Colombia, muchachos adolescentes amenazados con ir a la cárcel si se niegan a enrolarse en el ejército estatal birmano y niños utilizados en atentados suicidas en Afganistán e Irak. Por lo general, a estos niños se les priva de la asistencia a la escuela, se les separa de sus familias y se ven sumidos en una existencia agotadora y violenta. Se desconoce el número exacto de niños-soldado en todo el mundo, pero son seguramente muchas decenas de miles. Aunque por lo general se asocian más con conflictos en países de África, pueden encontrarse niños-soldado en prácticamente todas las regiones. Por ejemplo, en la actualidad hay niños combatiendo en Colombia, Irak y seis países de Asia (Afganistán, Myanmar, India, Indonesia, Filipinas, Sri Lanka y Tailandia). Los principales responsables del reclutamiento de niños-soldado son los grupos armados clandestinos, que son los más numerosos. Docenas de estos grupos emplean niños, entre ellos los Tigres

Reclutar niños y niñas soldados es una práctica habitual en el seno de muchos conflictos en todo el mundo. La guerra y la violencia se tornan una situación normal, la única que muchos menores han conocido. Estos niños y niñas han sido secuestrados en la calle o sacados de las aulas. Otros muchos son forzados a salir de sus casas a punta de pistola. Otros son reclutados mientras juegan cerca de casa o caminan por la carretera.

Lamentablemente, los niños y niñas aportan “ventajas adicionales” a las bandas armadas, ya que obedecen sin rebelarse ni organizarse; son fácilmente reemplazables; además de fanáticos en su adhesión al grupo. Son obligados a servir como señuelos, detectores de la posición enemiga o guardaespaldas de sus comandantes. Los reclutadores suelen enviar a estos menores a campos de entrenamiento junto a los adultos para que reciban formación y adoctrinamiento militar.

A menudo, también se utiliza a niños y niñas como portadores de la munición, el agua o los alimentos y como cocineros. Las niñas cumplen una función de objeto sexual para los adultos. Se sabe, entretanto, que algunos menores se han unido a las fuerzas del ejército o la milicia de forma “voluntaria” ante la desintegración de las familias a causa del conflicto, las condiciones de pobreza y el desplome de servicios sociales básicos, como los centros educativos y de salud¹¹⁰.

El coste personal que deben pagar los niños y las niñas soldados es muy elevado: insensibilizados y profundamente traumatizados por la experiencia vivida, a muchos les

Tamiles de Sri Lanka, el Ejército de Resistencia del Señor (LRA, en sus siglas en inglés) de Uganda, y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Una tendencia positiva en años recientes es que a medida que terminaban los conflictos y se alcanzaban acuerdos de paz en países como Sierra Leona, Liberia y Angola, se desmovilizaban decenas de miles de niños-soldado. De hecho, la Coalición calcula que en los últimos cuatro años, el número de conflictos en los que hay niños implicados ha descendido de 27 a 17. Sin embargo, en lugares donde los conflictos se han extendido, como Darfur (Sudán), Somalia, Irak o Chad, el número de niños reclutados y empleados durante los enfrentamientos también ha aumentado. Véase <http://www.politicaexterior.com/>.

¹¹⁰ Cfr. RAMÓN CHORNET, Consuelo, *Problemas actuales del derecho internacional humanitario*, Valencia: Universidad de Valencia, 2001; WINTERBERG, Yury y WINTERBERG, Sony, *Los niños de la guerra*, Madrid: Aguilar, 2011; y MIRALLES SANGRO, Fátima y CABALLERO CÁCERES, José María, *Yo no quería hacerlo: los niños forzados a ser soldados en Sierra Leona se expresan a través del dibujo*, Madrid: Edisofer S. L., 2002.

siguen asediando los recuerdos de los abusos que presenciaron o que les obligaron a cometer. En el caso de las niñas soldados, además de la brutalidad y el trauma derivados de las violaciones en sí, estas agresiones sexuales pueden producirles lesiones físicas graves y embarazos forzados, así como contagio de VIH y otras enfermedades de transmisión sexual. Seguramente, el reclutamiento y la utilización de menores de 18 años en los conflictos armados constituyen graves violaciones a los más básicos derechos humanos.

De todos los modos, ante los actuales problemas de los movimientos de población, es la Victimología que viene desarrollando un rol fundamental en el combate al fenómeno del tráfico ilegal de personas, sea intentando averiguar los correspondientes delitos, delincuentes y penalidades, sea analizando el talante más o menos racista de los ciudadanos, con ayuda de la Sociología. Y no sólo ello, muchísimo más se pretende investigar de estos movimientos, porque la Victimología se preocupa, sobre todo, por las víctimas actuales y futuras. Sin menospreciar las consideraciones de los demás especialistas, observa, denuncia y estudia las trágicas victimaciones y macrovictimaciones para prevenirlas y remediarlas¹¹¹.

De esa forma, la Victimología da un giro copernicano al problema, procurando, ante todo, ocuparse de las víctimas más que de los delincuentes, para, desde una perspectiva peculiar, distinta de la tradicional jurídico-penal, indemnizarlas y compensarlas, con visiones y técnicas recreadoras, por los daños y perjuicios que les causan las victimaciones primaria y secundaria.

Cabe resaltarse que en las sociedades de hoy se está produciendo lo que se puede llamar “desarraigo social”, cuando parece no existir límites, donde conductas criminales están cada día más difundidas y presentes en los medios de comunicación, de forma muy gráfica y cruda. Imágenes grabadas por móviles, y colgadas en la *Web*, sobre comisión de delitos y realización de conductas denigrantes, con absoluta minusvalía psíquica o física,

¹¹¹ Cfr. BERISTÁIN IPIÑA, Antonio, *Criminología, Victimología y cárceles*, 1ª edic., Pontificia Universidad Javeriana, 2006, vol. I, pág. 89. También BEGUÉ LEZAÚN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril)*, Barcelona: Bosch, 1999; CHATERLON, Lis, *En 1963 aún existe la trata de blancas*, Barcelona: Ed. Rodegar, 1963; DE COSSIO Y GÓMEZ-ACEBO, Manuel, *La trata de blancas en España y la Vizcondesa de Jorbalán*, Madrid: Estudio Social, 1911.

colaboran a la “desvalorización de los derechos humanos” y a la “deshumanización de las personas”, pues favorecen unas condiciones que conlleva generalmente a la observación sin una acción reflexiva.

Los hechos criminales son molestias sociales que están careciendo de una mínima “conmoción social”. Igual que sucede con la fiebre, nos hablan de que hay alguna enfermedad debajo, también nos hablan de algo importante que sucede en la esfera de la personalidad de los individuos que los cometen. Por ello se hace muy necesario tener instrumentos de detección y de estudio para paliar, en lo máximo posible, la repetición indiscriminada y gratuita de la violencia y su influencia en aquellos grupos sociales más vulnerables¹¹².

Hay una necesidad imperiosa de “resignificar el acto criminal”, con los componentes explicativos que puedan aportar más luz a la justicia, conectando el hecho judicial con las circunstancias personales que hayan incidido en él, y aportando con ello una mayor consistencia a las medidas correctivas o psicoterapéuticas a tomar con las personas implicadas¹¹³. En otras palabras, por detrás del contrabando de migrantes suelen encontrarse países de origen destrozados por guerras civiles, y así medidas adicionales de apoyo humanitario, incluso ayudas financieras o intervenciones militares para salvaguardia de la población civil, pueden significar significativos refuerzos en la lucha contra la criminalidad organizada transnacional y, de modo especial, contra el tráfico ilegal de personas.

¹¹² Estos aspectos de la reflexión sobre los sentimientos propios y ajenos tienen una serie de implicaciones, principalmente relacionados a una necesidad de intolerancia social a los hechos criminales. A propósito del tema, Santiago REDONDO ILLESCAS hace una crítica a la expresión “tolerancia cero” y corrigiéndola para “intolerancia cero”, poniendo de relieve el auténtico significado oculto que a menudo tiene la primera, a saber: que el furor que ha hecho dicha locución, aplicada, como una especie de receta mágica, a tan distintos problemas sociales y criminales, guarda estrecha relación con el incremento paulatino que se ha producido de los niveles sociales y penales de intolerancia. Esta idea se refuerza, según el Autor, a partir de la constatación que la expresión tolerancia cero combina dos substantivos poco combinables, antitéticos, ya que, de modo nominal y literal, “tolerancia” y “cero” no se llevan bien. La tolerancia, que significa literalmente respeto a las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias, suele requerir algún nivel o grado de indulgencia con dichas ideas o razones, aunque dicho grado sólo sea uno, o incluso medio, pero no cero (*in Intolerancia cero. Un mundo con menos normas, controles y sanciones también sería posible (y quizá nos gustaría más)*, 1ª edic. Barcelona: Sello Editorial S.L., 2009, pág. 21).

¹¹³ Cfr. PONT AMENÓS, Teresa, SAUCH CRUZ, Montse, *Profiling. El acto criminal*, 1ª edic., Barcelona: Editorial UOC, 2008, págs. 133-134.

II. La distinción entre el tráfico ilícito o contrabando de personas y la trata de seres humanos

El tráfico ilegal de personas no se produce de igual forma en todo el mundo, sino que el factor geográfico determina características propias en este fenómeno de un lugar a otro. Y la complejidad del fenómeno no debe ser óbice para que se describan los rasgos comunes que lo definen y se destaquen sus elementos identificadores, con el propósito de conseguir una mejor comprensión de esta problemática. El fenómeno del tráfico ilegal de personas actualmente tiene un contenido más amplio que el que se le ha venido asignando tradicionalmente. Si se utiliza este término en sentido genérico, como comprensivo de la realidad global que se esconde tras los movimientos migratorios actuales, se puede incluir dos situaciones distintas, pero estrechamente entrelazadas: 1) el tráfico ilícito de personas o contrabando de migrantes; y 2) la trata de seres humanos¹¹⁴.

La descripción del fenómeno de tráfico ilegal de personas se dará ahora partiéndose del contrabando de migrantes para, con posterioridad, referirnos a la trata de seres humanos, en la cual existe una ulterior finalidad de explotación personal de la víctima¹¹⁵. Evidentemente, se llevará el análisis de supuestos sin olvidarnos de los niveles cognoscitivos de reconocimiento analítico y de pensamiento hipotético-explicativo referidos al fenómeno del tráfico de personas.

A. Formas de contrabando de migrantes

Con relación al contrabando de migrantes, nos cabe mencionar inicialmente los casos en que el propio ciudadano extranjero adopta la decisión migratoria. Ante las dificultades de acceder de forma legal al país de destino, éste puede solicitar el auxilio de terceras personas, a menudo pertenecientes a organizaciones criminales¹¹⁶, que prestan servicios variados

¹¹⁴ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 102.

¹¹⁵ En ese sentido, ver GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 35.

¹¹⁶ Inés D'ORS da un ejemplo respecto a la migración desde México, donde "miles de migrantes

como la fijación de la ruta, del lugar de destino, la disposición de medios de transporte, la facilitación de documentación falsa o la corrupción de funcionarios públicos. Se suele exigir al migrante una cantidad de dinero que varía en función de la lejanía del destino, los medios de transporte utilizados, los servicios prestados o las dificultades que se puedan presentar. Destaca el precio elevado que deben pagar los migrantes para hacer posible su decisión migratoria, sobre todo si se tiene en cuenta la situación económica precaria que padecen en los países de origen¹¹⁷.

A través de la criminalización del contrabando de migrantes se busca castigar las conductas de aquellos que, con ánimo de lucro, procuren el paso de fronteras de extranjeros sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Así, se ha buscado establecer una obligación de los Estados a través de los instrumentos internacionales y supranacionales, que serán analizados oportunamente, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito el contrabando de migrantes, cuando se concreta intencionalmente y con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de otra índole. En estas mismas condiciones se debe prever también la punición de la creación de un documento de viaje o de identidad falsa, la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento cuando se lleven a efecto con el fin de posibilitar el contrabando de migrantes¹¹⁸.

alcanzan los Estados Unidos, pero otros caen fulminados por las insolaciones, deshidratados, envenenados por víboras o cascabeles, ahogados en los ríos fronterizos, abandonados a su suerte por los traficantes de personas, por *polleros* y *coyotes* que les cobran hasta 2000 dólares por el cruce” (in *La inmigración en la literatura española contemporánea*, 1ª edic., Madrid: Editorial Verbum, pág. 98). El caso de las pateras en España también es muy particular. Este nombre de un determinado tipo de embarcación ha penetrado en el léxico estándar y, sobre todo, en el imaginario colectivo, llenándose de sentidos metafóricos y metonímicos que han convertido la patera en el símbolo por antonomasia de la migración irregular, pese al hecho de que la gran mayoría de migrantes, según Marco KUNZ, hayan usado otros medios de transporte, como aviones, trenes, grandes embarcaciones y camiones (in *Juan Goytisolo: metáforas de la migración*, 1ª edic., Madrid: Editorial Verbum, pág. 233). A su vez, Eva PFÖSTL señala que la avalancha de migrantes, llegada principalmente en la isla de Lampedusa (Italia), ha disparado las alarmas en toda Europa (in *La condizione degli stranieri in Italia*, 1ª edic., Roma: Istituto di Studi Politici S. Pio V, 2006, pág. 420).

¹¹⁷ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 35-36.

¹¹⁸ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 55. Véase también MAQUEDA ABREU, María Luisa, *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*, Madrid: Jueces para la Democracia n. 38, y el mismo autor en *El tráfico sexual de personas*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1991; y *Una nueva forma de esclavitud: El tráfico sexual de personas. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, DEL ROSAL

De esa manera, se establece la necesidad de tipificar como delito la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en el mismo, siempre y cuando se recurra a cualquier medio ilegal y se persiga una finalidad de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Por consiguiente, serán considerados como elementos básicos del contrabando de migrantes la ilegalidad en la entrada, que puede ser definida como el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor, y la persecución de un beneficio por la actividad de soporte a la migración irregular. Además, incumbe al Estado parte de los instrumentos internacionales y supranacionales establecer como circunstancias agravantes la realización de las conductas típicas que pongan en peligro o puedan poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o se dé lugar a un trato inhumano o degradante de los mismos¹¹⁹.

En el caso del contrabando de migrantes suele ser común el hecho de que el conocimiento de toda la información es poseída sólo por los traficantes y no por los migrantes, lo que conlleva una disminución de la libertad decisoria de la víctima. En este sentido, tanto la ruta escogida, el destino final de los migrantes, los medios en que se realiza el traslado, como el conocimiento sobre la normativa administrativa que regula la migración en los países receptores, la conocen exclusivamente los traficantes, con lo cual el ciudadano extranjero se sitúa en una posición de vulnerabilidad e indefensión y se encuentra a merced

BLASCO, Bernardo y Otros, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada: Comares, 1999; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona: Aranzadi, 1999.

¹¹⁹ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 55. Véase MOLINA MOLINA, Ángel Luis, *Mujeres públicas, mujeres secretas (La prostitución y su mundo: siglos XIII-XVII)*, Madrid: KR, 1998; BLANCO CORDERO, Isidoro, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. Criminalidad organizada*, Budapest: Reunión de la Sección Nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP, 1999.

de las personas que han organizado el viaje¹²⁰.

El tráfico ilegal de personas hay que considerarlo como una verdadera “industria” que necesita, como todo negocio transnacional, que la “empresa” que lo gestiona esté perfectamente organizada y estructurada en todas sus facetas. Se tratan de organizaciones criminales que se han ido especializando en la gestión del contrabando de migrantes, como superestructuras que pueden llegar a competir con los propios Estados, suplantando la función estatal de policía de fronteras¹²¹. Dichas organizaciones tienen ramificaciones y vinculaciones de carácter internacional, con división clara de funciones, rutas de tráfico perfectamente trazadas, algunas con apoyo institucional de los propios Estados, mediante la corrupción de políticos, funcionarios y policías de fronteras¹²².

¹²⁰ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 37. Véase RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia y TORNOS, Andrés, *Derechos culturales, los derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid: Comillas, 2000, y el mismo autor en *El marco jurídico de la inmigración: algunas posiciones acerca de la necesidad de reformas la Ley Orgánica 4/2000*, Madrid: Jueces para la Democracia n. 38, 2000; y *Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración*, Revista Electrónica de Derecho n. 1, 2003.

¹²¹ Sobre el tema organización criminal dedicada al tráfico ilegal de personas, véase Matteo SANFILIPPO y Salvatore PALIDDA (in *Emigrazione e organizzazioni criminali*, 1ª edic., Viterbo: Ed. Sette Città, 2012); Ada BECCHI (*Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia*, 1ª edic., Roma: Donzelli, 2000); Pina CUSANO y Piero INNOCENTI (in *Le organizzazioni criminali nel mondo: da Cosa Nostra alle Triadi, dalla mafia russa ai narcos alla Yakuza*, 1ª edic., Roma: Editori Riuniti, 1996); Kristine PLOUFFE-MALETTE (*Protection des victimes de traite des êtres humains*, 1ª edic., Brusales: Bruylant, 2013); BINGSONG, He (*Le crime organisé en Chine: des triades aux mafias contemporaines*, 1ª edic., Paris: CNRS Éditions, 2012); Jean-Bernard BOSQUET-DENIS (*La problématique du blanchiment en Chine*, 1ª edic., Paris: Jean-Bernard Bosquet-Denis, 2013).

¹²² Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 72. Véase además GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006; GARCÍA PÉREZ, Octavio, *Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP*, Madrid: A. P. n. 46, 2001; MUSACCHIO, Vincenzo y DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, *El concepto de prostitución en la normativa penal contra la explotación sexual de menores en Italia y España*, Madrid: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2006.

B. Formas de trata de seres humanos

Naciones Unidas estiman que aproximadamente cuatro millones de personas al año, en todo el mundo, sean objeto de tráfico ilegal de personas, de las que aproximadamente dos millones son mujeres víctimas de las redes de tráfico dirigido a la prostitución, lo que produce unos beneficios para las organizaciones delictivas que lo llevan a cabo de más de siete mil millones de dólares, de los cuales la mayoría provienen de la utilización de esas personas con fines de explotación sexual¹²³.

El tráfico ilegal de personas con la finalidad de su explotación sexual generalmente se produce con el consentimiento inicial por parte de la mujer o la menor para llevar a cabo la migración. Este consentimiento se suele obtener ante la falsa promesa de que en el país de destino ejercerán una actividad laboral, como ocupaciones en el servicio doméstico, camareras en restaurantes, clubes nocturnos, en supermercados o como recepcionistas, y así, con la expectativa de vivir en condiciones aceptables, podrán ayudar a los familiares que permanezcan en el país de origen.

En otros casos los traficantes entablan relaciones sentimentales con estas mujeres o les prometen matrimonio en el país de destino para conseguir que éstas migren. Una vez tomada la decisión de migrar, se les proporciona pasaporte y una cantidad de dinero para que consigan entrar como turistas en el país de destino, normalmente por vía aérea.

Las personas traficadas suelen encontrarse en todo momento custodiadas por terceras personas las cuales, una vez alcanzado el lugar de destino, les retienen el pasaporte, el billete de vuelta a sus países de origen y los medios económicos que les han

¹²³ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 20. Véase BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, Madrid: Ed. Siglo XXI, 2000; BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Notas sobre las migraciones ilegales y su tratamiento en el Código penal de 1995*, Madrid: Cuadernos de Relaciones Laborales n. 10, 1997, y el mismo autor en *Derecho penal del trabajo*, Madrid: Ed. Trotta, 1991; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (Coords.): *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Univ. de Huelva, 1999.

proporcionado para aparentar que los motivos del viaje eran turísticos y les conminan, mediante intimidación e incluso violencia, a llevar a cabo relaciones sexuales con los clientes que lo soliciten. Si la víctima se resiste suele ser violada, lesionada, detenida e incluso asesinada como castigo ejemplar para las otras personas que se encuentren en su misma situación¹²⁴.

Se ha constatado el ejercicio de la prostitución llevado a cabo por traficadas de carácter inhumano y en condiciones que distan de los parámetros normales del ejercicio por otras nacionales que se dedican a la misma actividad. Por ello, aunque algunas de ellas conozcan que la actividad que van a desarrollar en el país de destino es el ejercicio de la prostitución, no imaginan siquiera las condiciones infrahumanas en las que prestaran tales servicios¹²⁵.

La vulnerabilidad de las víctimas de la trata de seres humanos es un aspecto importante a destacar. Las mujeres, principalmente jóvenes y niñas, se ven obligadas a entrar o mantenerse en el negocio de la prostitución. Las causas que les llevan a esta situación son múltiples, como la feminización de la pobreza y de la migración; la clandestinidad y marginación social de muchas mujeres; la cultura machista dominante tanto en el país de origen como de destino y la altísima rentabilidad y escasa peligrosidad del negocio.

¹²⁴ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 38-39. También LÓPEZ MARTINEZ, Mario, *La prostitución en España entre dos siglos: una preocupación desde el ministerio de gobernación (1877-1910). La mujer en Andalucía. I encuentro interdisciplinar de estudios de la mujer*. Granada: Universidad de Granada, 1990; NAVARRO CARDOSO, Fernando, DEL RIO MONTESDEOCA, Luis, *Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995*, Madrid: La Ley, 1998, v. VI; VIVES ANTON, Tomás, BOIX REIG, Javier y Otros, *Derecho penal, Parte especial*, 34ª edic., Barcelona: Tirant lo Blanch, 1999; GARCÍA ESPAÑA, Elisa y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, *Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código penal)*, Madrid: A. P. n. 29, 2002; HERRERA MORENO, Myriam, *Recientes posiciones jurisprudenciales sobre los delitos sexuales*, Madrid: CPC, n. 52, 1994; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Navarra: Aranzadi, 2002; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*, Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

¹²⁵ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 39-40. Véase QUERALT, Joan Josep, *Derecho penal y globalización. Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Madrid: Ed. Conjunta Fiscalía General de la Nación y Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000; POLANIA MOLINA, F., *Prostitución y Tráfico de Mujeres en Colombia*, Ámsterdam: Fundación ESPERANZA, 1996.

La trata de mujeres tiene su origen en la explotación económica de la mano de obra femenina y en la sexualidad; por ello, se hace absolutamente necesaria la perspectiva de género en el enfoque de esta forma contemporánea de esclavitud¹²⁶. El tráfico de mujeres sólo puede entenderse en términos de poder, tanto económico como sexual, en un marco en el que las relaciones de género se han visto siempre condicionadas por la primacía masculina y, sólo ahora, muestra esa doble vertiente mediante la publicitación de la esclavitud femenina sexual como un exponente más del grado de minusvaloración en el desarrollo y aplicación de los derechos fundamentales de las mujeres. Hay también los factores económicos que son determinantes para la existencia de este tipo de prácticas que, además, viene generado una auténtica industria internacional de la explotación sexual ajena¹²⁷.

La conjunción de todos estos factores en la trata sexual implica la violación de la libertad sexual de las personas traficadas y, en el caso de ser menores, su indemnidad sexual. A ello hay que añadir la puesta en peligro de derechos básicos, como la vida, salud y libertad. Junto a los daños psicológicos, traumas, enfermedades de transmisión sexual y drogodependencias, que prácticamente terminan ocasionando la destrucción de la personalidad de la víctima¹²⁸.

El tráfico de personas, en los casos de mujeres con fines de explotación sexual, está principalmente en manos de la delincuencia organizada internacional que cuenta, cada vez

¹²⁶ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban J., *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 75. Además, GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006; REY MARTÍNEZ, Fernando MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel y SERRANO ARGÜELLO, Noemí., *Prostitución y derecho*, Navarra: Aranzadi, 2004; DE LA VEGA RUIZ, José Augusto, *Los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica 3/1989*, Madrid: La Ley, 1990.

¹²⁷ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban J., *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 76. Véase COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Barcelona: Marcial Pons, 1996; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 2ª edic., Madrid: Aranzadi, 1999; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Tirant lo Blanch, 1999.

¹²⁸ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 75.

más, con una mayor movilidad y flexibilidad de actuación y, además, está en continua expansión. Las formas de control y dominio sobre la mujer para llevar a cabo el tráfico y la posterior explotación sexual suelen ser muy diversas en atención a distintos factores¹²⁹.

A su vez, en la trata para la explotación laboral, los sectores laborales en que se suele producir explotación son trabajos domésticos, agrícolas, construcción, fábricas textiles y trabajos ambulantes. A diferencia del tráfico sexual de personas, la prestación de servicios laborales suele ser consentida entre el traficante y el migrante, siendo los medios comisivos más frecuentes el engaño, el chantaje y la amenaza, una vez se pretende someter a la persona a la explotación laboral, aunque en el caso de las trabajadoras domésticas se constata, en ocasiones, verdaderos secuestros¹³⁰.

También el migrante puede ser convencido por connacionales suyos, prometiéndoles el ejercicio de una actividad laboral determinada en el país de destino. El mecanismo utilizado en este caso es el engaño, puesto que el ciudadano extranjero será destinado al ejercicio de determinadas actividades laborales en condiciones penosas, a la explotación sexual, a la dedicación a la mendicidad o a actividades ilícitas e incluso a la venta de sus órganos y fluidos corporales, con el único objetivo de conseguir el máximo provecho económico por parte de los traficantes y los explotadores¹³¹.

¹²⁹ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 76. Véase ARROYO ZAPATERO, Luis, *El ne bis in idem en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social. Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, y el mismo autor en *Manual de Derecho penal del trabajo*, Madrid: Ed. Praxis, 1988.

¹³⁰ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 40. También GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político-criminal*, Cuenca: Revista Jurídica de Castilla y León n. 5, 2005; y GUINARTE CABADA, Gumersindo (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

¹³¹ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 38. Además, BUENO ARÚS, Francisco, *Análisis de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial n. 21, 2000; CARMONA SALGADO, Concha, *Comentario a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Curso de Derecho penal, Parte especial*, Barcelona: Marcial Pons, 1999.

Tradicionalmente, el estudio del tráfico ilegal de personas se ha visto reducido, de forma independiente, a las vertientes económica o criminal del mismo¹³². No obstante, es la combinación de ambos criterios la que nos va a permitir explicar aspectos importantes del fenómeno en la actualidad¹³³.

De ahí que se pueda observar que una intervención penal eficaz requiere tener en cuenta que se trata generalmente de actuación del crimen organizado y transnacional, lo que implica la necesidad de penalización de los actos de promoción o favorecimiento del mismo¹³⁴, que serán de igual sentido que los que se incluyen en el tipo básico –captación, intermediación, transporte, infraestructura a la llegada de las víctimas etc.– y que las víctimas lo son en su propia situación de objeto de tráfico migratorio y con destino a la explotación personal.

¹³² La finalidad es una categoría ontológica que representa la estructura fundamental del actuar humano, distinguiéndolo de otros fenómenos del universo. La acción es obrar con una finalidad libremente elegida por el propio sujeto. El fin es relevante en lo que respecta a los estratos posteriores de analítica del delito, y también dentro de la tipicidad misma, en cuanto nos da el criterio posibilitante de la determinación individualizada de una conducta.

¹³³ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 27. Véase ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista. La insostenible situación del Derecho penal*, Granada: Comares, 2000; TIEDEMANN, Klaus (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca: Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 2003; BARBERO SANTOS, Marino, *Los delitos contra el orden socioeconómico: presupuestos, La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid: AA VV, 1982; ARROYO ZAPATERO, Luis y TIEDEMANN, Klaus (Ed.), *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 1994.

¹³⁴ En ese orden de ideas, el “dominio del hecho” posee no solo quien como autor solitario directo realiza completamente el tipo penal mediante su conducta. En virtud del dominio del hecho, autor es más bien quien sin ejecutar de propia mano la conducta típica, tiene decisivamente en sus manos el suceso que conduce a la realización del tipo penal. Sobre la teoría del dominio del hecho, véase Claus ROXIN, Joaquín CUELLO CONTRERAS y Otros, *in Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1ª edic., Madrid: Marcial Pons, 2000; Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ, *El dominio del hecho: formas de autoría en el delito*, 1ª edic., México: Porrúa, 2005; y Kai AMBOS, *in Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

III. El problema de la falta de precisión normativa

El delito de trata de seres humanos, como ya ha indicado, está especialmente relacionado con el fenómeno de la explotación sexual y laboral. Pero la prostitución, la pornografía referente a mayores de edad, y el trabajo mal pagado no son aisladamente comportamientos típicos en numerosos países. Ellos han pasado a ser valorados positivamente por el Derecho penal cuando se encuentran ligados al tráfico de personas, de forma que si la finalidad de la acción es la de traficar la persona para el ejercicio de esas actividades, aunque no haya ocurrido una efectiva violencia, se estará realizando la conducta descrita en la trata de seres humanos, lo que obliga a concluir –según nuestro punto de vista– que dichas actividades, no obstante ser admitidas o toleradas cuando se ejecutan por nacionales, son rígidamente perseguidas cuando se trata del ejercicio de las mismas por parte de migrantes. Como se ha mencionado en la referencia a la nueva esclavitud, el migrante víctima del tráfico de personas procede a menudo a la “portabilidad de sus desgracias”, pasando a ser estigmatizado en cuanto “trabajador indocumentado”, no pudiendo ejercer tales actividades en circunstancias de igualdad con los nacionales.

Hoy en día, además, los conceptos tanto de prostitución como de pornografía requieren de una urgente reconstrucción de su sentido, a efectos de conseguir conferirles un correcto encuadramiento normativo; son muchas las preguntas que siguen sin respuestas mayoritarias, como por ejemplo las siguientes: ¿Sexo virtual es prostitución, pornografía, o es un hecho con características propias? ¿Qué es acto sexual? ¿Qué es pornografía o material pornográfico? La cuestión no es baladí. La finalidad del delincuente es condición elemental a ser comprobada en el delito de trata de seres humanos.

La tecnología y el sexo han desarrollado lazos estrechos, que de alguna forma han modificado la vida sexual de las sociedades. El denominado “sexo virtual” ha sido, cada vez más y de manera contundente, centro de debate en los círculos académicos y en las conversaciones cotidianas. La multiplicación de las relaciones entre las personas, gracias a

la tecnología, ha permitido situaciones particulares como el surgimiento de las “aventuras virtuales”. El fortalecimiento de la cibercultura ha liberado nuevos problemas para la psicología social, relacionados con la fusión entre el sexo y la tecnología¹³⁵.

El problema reside también en la conceptualización de la pornografía. Se puede afirmar, por ejemplo, que nada es pornográfico en sí mismo, y su etiquetamiento es solamente realizado después de una evaluación subjetiva variable. Esto es, el concepto de pornografía no ha tenido una sola vigencia a lo largo de la historia¹³⁶; además, sufre cambios más o menos constantes. Tanto la prostitución como la pornografía son fenómenos que, una vez haciendo parte de la condición elemental de un tipo penal, requiere una “evaluación normativa” por parte del juez para se identificar la tipificación de la conducta practicada, lo que crea también una “inseguridad jurídica” respecto a los destinatarios de la norma, en virtud de ese defecto de individualización de la conducta a ser reprimida.

No siempre tal clase de elementos del tipo es admitida en derecho. Ello porque los “elementos normativos” del tipo penal son, en muchas ocasiones, una amenaza al principio constitucional de legalidad estricta en materia penal, pues deja un juicio más o menos amplio de evaluación por parte del hermeneuta y del aplicador del Derecho¹³⁷.

¹³⁵ Cfr. BERNAL SALVADOR, Arciga, *Del pensamiento social a la participación: estudios de psicología social en México*, 1ª edic., Ciudad de México: SOMEPSO, 2004, pág. 271. Véase además BAITELLO JUNIOR, Norval, SEGURA CONTRERA, Malena y Otros, *Os meios da comunicação*, 1ª edic., San Paulo: CISC, 2005, pág. 101; PACHECO FILHO, Raul Albino, COELHO JUNIOR, Nelson y Otros, *Ciência, pesquisa, representação e realidade em psicanálise*, 1ª edic., San Paulo: EDUC, 2000, pág. 85; y IHDE, Don, *Los cuerpos en la tecnología. Nuevas tecnologías: nuevas ideas acerca de nuestro cuerpo*, 1ª edic., Barcelona: Editorial UOC, 2004, pág. 100.

¹³⁶ Cfr. MIANO BORRUSO, Marinella, *Caminos inciertos de las masculinidades*, 1ª edic., México: BPR Publishers, 2003, pág. 169. Sobre el tema de la pornografía, Gerard BRADLEY, tras afirmar tratarse de un intrincado concepto jurídico, menciona unas declaraciones realizadas en 1964 por el juez del Tribunal Supremo estadounidense Potter STEWART, quien confesó “ser incapaz de definir la pornografía, incluso la más extrema. Sin embargo, insistió en que la reconocía cuando la veía” (*in Los costes sociales de la pornografía*, 1ª edic., Madrid: Ediciones RIALP S.A., 2014, págs. 241-242). El texto nos da un ejemplo de lo que puede ser denominado como la vaguedad conceptual de la pornografía.

¹³⁷ Véase, además, Rafael MÁRQUEZ PIÑERO, *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma, 1986, pág. 164; Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Pedro COLINA OQUENDO y Otros, *Código penal ... op. cit.*, pág. 316; MANNA, Adelmo, CADOPPI, Alberto, y Otros, *in Trattato di diritto penale. Parte speciale*, 1ª edic., Turín: UTET, 2010, pág. 300; y Vincenzo MUSACCHIO, *Norma penale e democrazia: trasformazioni dello Stato e genesi normativa penale*, 1ª edic., Roma: LED, 2004, pág. 30.

A nuestro modo de ver, esta postura legislativa no es decisivamente la mejor política criminal. Los instrumentos internacionales y supranacionales deberían ir más allá de las intencionalidades y rellenar más precisamente las conductas a que se pretende una persecución eficaz. En otras palabras, ello viene a demostrar y confirmar una evidente falta de consenso entre los países parte sobre problemas importantes que fueron, en realidad, ocultados de forma deliberada.

Por otro lado, con esa afirmación no se busca un imperativo de “normalización de la terminología”. Normalizar la terminología es una pretensión que es, a la vez, vana y peligrosa. Vana, por imposible. Peligrosa, porque la acción de normalizar cierra las mentes en vez de abrirlas, alienta esquemas memorísticos de rutina y propicia la comisión de errores groseros, y –si se nos permite la expresión metafórica– es posible idealizar que las palabras están vivas, se mueven, saltan unas veces, se menean otras, y, por consiguiente, siempre salen movidas en la foto¹³⁸. Es decir, en Ciencia, la rigidez no siempre es una virtud.

Pero, una cosa es pretender una “normalización terminológica”, ya rechazada, y otra bien diversa es la indispensabilidad científica de la “precisión terminológica”. Ésta es una necesidad científica que nos obliga a desechar amplitudes significativas que por su ambigüedad induzca a errores de interpretación y también a excesivas restricciones de sentido que por su propia estrechez excluya situaciones que, de hecho, conforman el fenómeno a ser estudiado. El legislador debería tener una idea más precisa de cómo incidir sobre la realidad social. Si la finalidad de la ley y la razón que encarnan el *nomothetes* quedan plasmadas de tal manera en el texto que no puedan ser entendidas, sino de forma desviada, se hace necesaria la tarea de mejor legislar y actuar de forma decisiva para colmar eventuales lagunas o imprecisiones normativas.

¹³⁸ Excelente observación de COLLADOS AÍS, Ángela y Otros, *Qualitätsparameter beim Simultandolmetschen. Interdisziplinäre Perspektiven*, 1ª edic., Tubinga: Narr Francke Attempto Verlag GmbH, 2011, pág. 227. También MORENTE-MEJÍAS, Felipe, *Inmigrantes, claves para un futuro inmediato*, Jaén: Cuadernos Étnicos, Universidad de Jaén, 2000.

La realidad fenomenológica de la criminalidad moderna es totalmente distinta a la que sirvió de modelo a la codificación del siglo pasado y se puede decir que es mutante, diversificada, compleja y variable. Los fines del Derecho penal están en permanente tensión y la política criminal no es más que la expresión puntual del estado de equilibrio, más o menos inestable, entre las finalidades básicas de la entramada jurídico-penal en un determinado momento histórico¹³⁹.

¹³⁹ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al ... op. cit.*, pág. 1435.

CAPÍTULO III

ORGANIZACIÓN CRIMINAL PARA EL TRÁFICO DE PERSONAS Y SU VINCULACIÓN CON EL BLANQUEO DE CAPITALS

I. Planteamiento

Las organizaciones criminales pueden asumir una variedad de formas, y la noción de “redes”¹⁴⁰ y “mercados”¹⁴¹, en ese tema, resulta útil. Son tres los conceptos que ayudan a organizar el análisis. Primer, la “macro red criminal”, que representa el conjunto de individuos que posee la motivación, la destreza y el acceso a los recursos necesarios para involucrarse exitosamente en actividades criminales organizadas. Segundo, el “colectivo criminal” que es el subconjunto de miembros de la macro red criminal que, en un momento dado, ejecuta activamente el proceso de un negocio criminal. Tercero, el “proceso de un negocio criminal” que supone una serie de actividades relacionadas y estructuradas para

¹⁴⁰ Según Stanley WASSERMAN y Katherine FAUST, “las nociones teóricas han proporcionado mucho impulso al desarrollo de los métodos de red. Los investigadores de redes sociales han tomado aspectos específicos de la idea de grupo social para desarrollar definiciones de red social para formular definiciones de red social más precisas. Entre las más influyentes ideas reticulares sobre los grupos figuran la teoría del grafo de una camarilla y sus generalizaciones, la noción de comunidad interaccional y los círculos sociales y las estructuras de afiliación” (*in Análisis de redes sociales. Métodos y aplicaciones*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013, pág. 46). Véase, además, Matilde LUNA, *Itinerarios del conocimiento: formas, dinámicas y contenido. Un enfoque de redes*, 1ª edic., Barcelona: Editorial Anthopos, 2003; Samuel SCHMIDT, *Análisis de redes: aplicaciones en ciencias sociales*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002; Linton FREEMAN, *El desarrollo del análisis de redes sociales. Un estudio de sociología de la ciencia*, 1ª edic., Bloomington: Autor, 2012; y Félix REQUENA SANTOS, *Análisis de redes sociales: orígenes, teorías y aplicaciones*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2003.

¹⁴¹ La noción de mercado, afirma Joaquín SÁNCHEZ HERRERA, “está muy próxima al concepto de necesidad genérica y por ello pone el acento en el carácter sustituible de las diferentes tecnologías para una misma función” (*in La creación de un sistema de evaluación estratégica de la empresa aplicable a las decisiones de inversión en mercados financieros*, 1ª edic., Madrid: ESIC Editorial, pág. 85). Para Armando FERNÁNDEZ STEINKO, “el paralelismo que existe entre los mercados legales y los mercados ilegales ha llegado a concluir en muchas ocasiones que la provisión de bienes y de servicios ilegales es llevada a cabo por actores similares a los que proveen los mercados de productos y servicios legales. Aunque no se pueda ignorar completamente las peculiaridades de los mercados ilegales, el análisis sobre la llamada logística de la criminalidad organizada se basa en la hipótesis de que las actividades comerciales normales y delictivas presentan analogías y puntos en común” (*in Delincuencia, finanzas y globalización*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013, pág. 141). Sobre el tema, ver asimismo Julián LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, 1ª edic., Navarra: Editorial Dykinson, 2015; Juan TOKATLIAN y Raúl ALFONSÍN, *Globalización, narcotráfico y violencia. Siete ensayos sobre Colombia*, 1ª edic., Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2000; Susana DE TOMÁS MORALES, José Manuel SOBRINO HEREDIA y Otros, *in Retos del Derecho ante las nuevas amenazas*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2015; y André Luís CALLEGARI, *in El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigación de Filosofía y Derecho, 2003.

ejecutar la conducta delictiva¹⁴².

Se puede constatar la macro red criminal a partir de vínculos establecidos en las prisiones, en el servicio prestado en la policía o en las fuerzas armadas, de los lazos familiares y amistosos, de pandillas de juveniles etc. La clave es que haya la pericia y la suficiente confianza entre individuos para comunicarse y emprender acciones conjuntas. El colectivo es el grupo que un organizador congrega en el marco de la macro red, para llevar a cabo tareas concretas; consiste en trabajadores cualificados y no cualificados y empresarios que puedan financiar la actividad criminal.

El colectivo opera sobre la base interna de relaciones de negocios, de interacciones entre empresarios, de relaciones laborales, y transacciones entre el organizador, los trabajadores y los facilitadores. Los que se encuentran en el nivel de las relaciones de negocios intentan aislarse de los que se encuentran en el ámbito de las relaciones laborales. Un colectivo puede implicarse en una operación puntual y disolverse, o puede mutar conforme transcurre el tiempo con el elenco de personajes que va evolucionando. El proceso de negocio criminal, a su vez, varía de acuerdo con el tipo de criminalidad¹⁴³.

Una vez trasladados esos conceptos a la criminalidad de tráfico de personas, ello nos conduce al extremo del continuo en su escala y complejidad. En este punto, se debe pensar en términos de “organización industrial” y “geografía económica” del proceso del negocio criminal. Como ya se puede observar, la teoría de redes nos proporciona una buena noción del tema, pero conlleva algunos problemas. Es complicado definir los límites de la red; es difícil reunir datos; además, la teoría no sirve para predecir situaciones específicas.

¹⁴² Cfr. BAILEY, John, *Crimen e impunidad. Las trampas de la seguridad en México*, 1ª edic., Ciudad de México: Debate, 2014, págs. 37 y ss.

¹⁴³ Cfr. BAILEY, John, *Crimen e impunidad ... op. cit.*, pág. 39. Véase RODRIGUEZ CANDELA, José Luis, *Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, ANARTE BORRALLO, Enrique (Coord.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Univ. de Huelva, 1999; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

La principal contribución de esa teoría consiste, con todo, en mejorar el grado de organización del pensamiento en torno de las posibilidades de diferentes tipos de organizaciones criminales en relación con los diferentes procesos de negocios. Así, para el estudio de las organizaciones criminales, fundamental a la construcción de tipos adecuados para la persecución del tráfico ilegal de personas, se hace indispensable un análisis bajo de dos principales perspectivas: *a)* la estructura orgánica y las fórmulas de operación de las organizaciones criminales; y *b)* las tipologías de las organizaciones criminales¹⁴⁴.

Las organizaciones criminales, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo, por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y la ocultación de sus recursos y rendimientos, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, y, de esa forma, buscan alterar el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.

¹⁴⁴ Véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario, *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002; MEDINA, León y MARAÑÓN, Manuel, *Leyes penales de España*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1941; HERZOG, Felix, *Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales*, Madrid: Poder Judicial n. 32, 1993; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid: Civitas, 1997.

II. La estructura orgánica y las fórmulas de operación de las organizaciones criminales

A menudo, la estructura de las organizaciones criminales presenta un núcleo y una serie de niveles jerarquizados que operan independientemente. Como toda organización, en la cúpula están, en un número reducido, los jefes, estrechamente relacionados y que tienen amplias posibilidades de movilidad entre diversos estados. Por debajo, los organizadores, que pueden ser de la misma nacionalidad que los jefes o de la del país en el que desarrollan su función.

Progresivamente, la jerarquía se compone de diversos cuerpos, por definirlos de alguna manera: intérpretes (normalmente mujeres), controladores (responsables de la seguridad del transporte, de las gestiones administrativas, y que son normalmente locales), contables y transportistas. La estructura suele ser flexible, estando formada por redes que trabajan independientemente, aunque conectadas, de forma que el crecimiento de unas puede ser a costa de la desaparición o absorción de otras, incorporando a más personas de diversas nacionalidades; y dicha flexibilidad y adaptabilidad, al margen de constituir su mejor ventaja, hacen que varíen de país en país¹⁴⁵.

En la actualidad, la estructura sobre la que se puede organizar un grupo criminal se ha clasificado en cinco tipos: 1) jerárquica estándar –se trata de una estructura jerárquica piramidal, con un líder o cúpula directiva y una fuerte disciplina interna–; 2) jerárquica regional –se organiza en grupos que delinquen con cierta autonomía, aunque subordinados a una cúpula directiva–; 3) jerárquica en racimos –son grupos criminales que colaboran normalmente con un grupo central que actúa de nexo–; 4) en red –se trata de un grupo reducido de personas que se asocian de forma temporal para la comisión de actividades delictivas, atendiendo fundamentalmente a habilidades, intereses o afinidades–; 5) de grupo

¹⁴⁵ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 78. Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966, y el mismo autor, *La reforma del Código penal de noviembre de 1971*. Estudios de Derecho penal, Madrid: Civitas, 1981.

central –un número reducido de miembros conforman un grupo cohesionado y con cierta estructura, y un número superior de individuos asociados con los que colaboran según las necesidades de cada operación–.

Las organizaciones criminales se encargan de ofrecer una amplia oferta de servicios para permitir a la persona que quiere migrar de cumplir con su objetivo, como la facilitación de documentos falsos, la identificación de las rutas posibles y el acompañamiento en el viaje, el transporte¹⁴⁶, el alojamiento en las fases del transporte y la fijación de un lugar de destino, donde en muchos casos los migrantes estarán destinados a una actividad en la que serán explotados¹⁴⁷.

Dentro de lo que se denominan tareas operacionales, se puede observar tres fases: primera, el proceso de recluta de personas en los países del origen; segunda, el transporte hasta el lugar de destino; y tercera, el proceso de inserción en los puestos que les son asignados. En los supuestos de personas dirigidas al mercado sexual, una vez llegando al país de destino, se reconduce la víctima al que será su puesto de trabajo temporal, que tras unos meses y por razones de seguridad, será abandonado siendo dirigidas a otros puestos similares. Se trata de ocupar rotativamente las denominadas plazas dentro del mismo país o incluso entre diversos países¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Las condiciones de transporte de los migrantes dependen de los documentos de los que disponen. Si son titulares de un pasaporte o de un visto de entrada, viajan con los medios de transporte en general, como aviones y trenos. Entretanto, cuando no disponen de los referidos documentos, deben evitar los controles fronterizos; y, en esos casos, los migrantes, asistidos por las organizaciones criminales, viajan escondidos, inclusive en containers, en condición precaria y peligrosa. Muchas veces, cruzan la frontera a pié por medio de valles y ríos.

¹⁴⁷ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 31.

¹⁴⁸ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 79. Además, LÓPEZ BARDA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid: Arkal Iure, 1996, el mismo autor en *Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001; LÓPEZ PELEGRÍN, María Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Trivium, 1985. POMARES CINTAS, Esther, *Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)*, Madrid: Revista General Derecho Penal n. 5, 2006.

En términos generales, el tráfico ilegal de personas lleva implícito varios momentos, especialmente, la recogida de información, la planificación, procedimientos técnicos y una serie de tareas que se puede denominar operacionales. Momentos críticos en la supervivencia de la estructura son los de reclutamiento y los que se denominan procedimientos técnicos, dirigidos básicamente a obtener documentos, o a realizar falsificaciones y un conjunto de tareas de información acerca de los pasos fronterizos, niveles de seguridad, procedimientos de asilo, rutas de viaje, etc¹⁴⁹.

La función principal en el caso del contrabando de migrantes es el transporte desde el punto de origen al país de destino. En ocasiones, la propia organización se encarga de la inserción en el sistema, en el mercado de trabajo o en el ambiente social del país de destino. Por tanto, en esta labor, normalmente son varios los países en juego, siendo unos de origen, otros de destino y otros de mero tránsito, en los que los sujetos transportados suelen permanecer temporalmente¹⁵⁰.

El método más drástico de reclutamiento de víctimas del tráfico de personas, todavía, es el secuestro. Es la realidad de muchos niños originarios de países de Europa del Este que son secuestrados y llevados a fuerza para un otro país y obligados a la prostitución, o de

¹⁴⁹ Esa actividad presenta características atrayentes a las organizaciones, por diversas razones. Es una actividad muy remunerativa, es decir, los migrantes son frecuentemente determinados al paso fronterizo y a pagar sumas entre 1.000 y 10.000 euros para entrar, por ejemplo, en la Unión Europea; muchos dispuestos a arriesgar la propia vida. El pago es relativamente cierto porque las cuotas son pagas con anticipación y, en ninguna hipótesis, es reembolsable. Es un tráfico que no requiere tecnologías sofisticadas. Muchos países de tránsito prefieren no actuar con controles rígidos, sea porque consideran el tránsito ilegal una infracción de pequeña gravedad sea porque es más sencillo pasar el problema a los países de destino final. Cuando una ruta de tráfico es identificada no es difícil encontrar una vía alternativa de transporte. En el que si refiere a los medios de transporte no hay muchas dificultades a ser demostradas, pero las cosas si cambian con referencia a los documentos, tanto que existen organizaciones especializadas en esa actividad. Los pasaportes pueden ser falsificados a través de dos modos; el primer consiste en la alteración física (o manipulación) del pasaporte regularmente emitido (ej. el cambio de fotografía); el segundo modo consiste en la confección del pasaporte *ex novo*. Los pasaportes destinados la manipulación pueden ser obtenidos de diversos modos, sea a través de emisión legítima, cuyo titular puede denunciar falsamente su extravío (o simplemente presenta una denuncia de hurto), sea a partir del auxilio de funcionarios públicos corruptos, o a través de la utilización de pasaportes (en blanco), que contengan el código pero no los datos identificativos de la persona. Estos últimos son los más buscados. Cfr. CORNELI, Alessandro, *Flussi migratori illegali ... op. cit.*, pág. 16.

¹⁵⁰ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 78. Véase AYALA GÓMEZ, Ignacio., *Observaciones críticas sobre el delito social*, Madrid: RFDCU n. 6, 1983; BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Marcial Pons, 1998.

muchos otros que se encuentran a mendigar en las calles de las grandes ciudades europeas¹⁵¹.

Por otro lado, hay la esclavitud domestica que representa una forma subrepticia de sumisión. Un considerable número de mujeres, hombres y niños trabaja como empleado domestico hasta 18 horas por día, sin interrupción, y con poca o ninguna remuneración; permanece sin documentos de identidad, generalmente confiscado por el responsable por la explotación, y encuéntrase susceptible de ser víctima de secuestro y de sufrir algún tipo de abuso y de violencia¹⁵².

También hay las situaciones del atelier de confección o de servicios de alimentación, de restaurantes, de panaderías y en bares. A través del trabajo, deben reembolsar el debito contraído para realizar el viaje a Europa. Ningún contrato regula el reembolso y la composición del debito, y tales personas son sistemáticamente victimas de abusos.

Además, no se puede olvidar al tráfico de ilegal de personas para el mundo sportivo, en particular en el fútbol, que no es un fenómeno anómalo. Jóvenes originarios principalmente de África, de Latinoamérica o de Europa del Este son reclutados por agentes y aprobados en exámenes junto a sociedades deportivas más o menos importantes. Tales exámenes, que deberían limitarse a algunos partidos como reserva del equipo, se prolongan por semanas o meses, y durante ese periodo de prueba los jugadores no son remunerados y viven en condiciones precarias¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. CORNELI, Alessandro, *Flussi migratori illegali ... op. cit.*, pág. 18.

¹⁵² Suele ocurrir también que las victimas sean reclutadas en los países de origen directamente por los futuros empleadores, con promesas de trabajo bien remunerado o, en el caso de los menores de edad, con la promesa de una formación en Europa. Muchos son reclutados por intermedio de agencias. Hay también los casos de trabajadores domésticos contratados por cuerpos diplomáticos, pero que prestan servicios en la habitación personal de los funcionarios en circunstancias de explotación personal.

¹⁵³ Cfr. CORNELI, Alessandro, *Flussi migratori illegali ... op. cit.*, pág. 20. También BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal del trabajo*, Madrid: Trotta, 1990, y el mismo autor en *Notas sobre las migraciones ilegales y su tratamiento en el Código penal de 1995*, Madrid: Cuadernos de Relaciones Laborales n. 10, 1997; BEJARANO HERNÁNDEZ, Andres, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Barcelona: PPU, 1986; CAÑAMERO MOYA, Miguel, *De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo*, Madrid: Instituto de Empresa, 1990; CONDE-PUMPIDO FERRERO, Cándido, *Estafas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, y el mismo autor, en *Código penal. Doctrina y*

Hay también el factor que deriva de la globalización tecnológica. Las organizaciones criminales son algunos de los máximos beneficiarios del progreso tecnológico. Los avances vividos en áreas como las telecomunicaciones, el transporte y, fundamentalmente, el desarrollo del ciberespacio, han proporcionado enormes oportunidades y un amplio escenario en el que operar a los grupos de delincuencia organizada.

La extensión del comercio electrónico y la posibilidad de crear las denominadas identidades virtuales facilita y oculta tanto las actividades delictivas como a los delincuentes mismos ofreciéndoles el anonimato. La evolución significativa que se ha vivido en el área de la tecnología informática ha incrementado la capacidad de los grupos de delincuencia organizada para producir documentación falsa de diverso tipo para ellos y para sus víctimas, así como moneda falsa. Permite ofrecer y vender de forma anónima en la red servicios sexuales, trabajadores, órganos o esposas. Y las ganancias procedentes de estos delitos pueden hacerse circular rápidamente mediante los ordenadores, de modo que resulta cada vez más difícil controlar tales transacciones financieras.

También el aumento de la demanda de servicios sexuales al que se hacía mención anteriormente se ve auspiciado y aumentado exponencialmente por los avances de la informática y las facilidades que ofrece este ámbito. Así pues, Internet facilita el anonimato que los clientes buscan y que los traficantes precisan para operar impunemente y agrandar su negocio.

Por último, como evidente factor del que se aprovechan las organizaciones criminales ha de apuntarse a las políticas de migración limitativas de la entrada de extranjeros. La existencia de un número mayor de migrantes que quiere entrar en las fronteras que del número de extranjeros que los países puedan o están dispuestos a asumir conduce a un

jurisprudencia, Madrid: Trivium, 1997, tomo I, y *Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución con menores. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial n. 21, 1999; y *Comentarios a los artículos del Código penal modificados por leyes posteriores publicadas en el período comprendido en esta actualización (1999 y enero 2000)*. *Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Trivium, 2000.

remaneciente de individuos que opta por intentarlo por la vía ilegal, muchos de ellos en situación de extrema necesidad y de vulnerabilidad¹⁵⁴.

Ello demuestra el enorme interés que tienen los Estados en la persecución de estas organizaciones criminales, las cuales se caracterizan por la enorme potencialidad lesiva tanto de los derechos de las personas con las cuales trafican (ej., atentados contra su dignidad, detenciones, secuestros, explotación laboral y sexual), como respecto a la seguridad de los Estados ya que poseen un importante potencial corruptor y están en el origen de muchos delitos¹⁵⁵.

III. Las tipologías de las organizaciones criminales

Para el conocimiento de fenómenos complejos y fuertes, como es el caso del tráfico ilegal de personas, se hace indispensable un método de investigación que nos conduzca más cercano posible de la información completa. Pero el conocimiento no se resume en encontrar la fuente y recoger informaciones necesarias: es un andar más allá; es identificar protagonistas, noticias y datos, a través de diversas claves de lectura, que conduzcan el proceso cíclico de tesis, antítesis y síntesis. Esa es la esencia de la “teoría del campo”: una metodología de investigación, introducida en los años 40, donde conocer los fenómenos sociales y psicológicos implica la observación de la dinámica de las fuerzas que están presentes y actúan en un determinado contexto, y que jamás deben ser congeladas, sino

¹⁵⁴ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual op. cit.*, págs. 33-34. Esto es, el endurecimiento en los requisitos exigidos por las nuevas regulaciones ha proporcionado a los empresarios ganancias, al tiempo que el aumento progresivo del número de personas que intentan entrar en un país ilegalmente ha dado lugar a un mercado de servicios, como la venta de documentos de viajes fraudulentos, transporte, cruces fronterizos, alojamiento y busca de actividad laboral, todo ello en un mundo controlado por las redes del tráfico de personas.

¹⁵⁵ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 34. Sobre la cuestión del tráfico de personas representar más allá un peligro a la seguridad del Estado, véase también Lorenzo D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2009, pág. 451; Paolo MOROZZO DELLA ROCCA, *Manuale breve di diritto all'immigrazione*, 1ª edic., Santarcangelo di Romagna: Ed. Maggioli, 2013, pág. 272; Chiara DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010, pág. 215; y Giuseppe BUFFONE, Emilio CURTÒ y Otros, *in Rito sommario e ordinario di cognizione*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2013, pág. 27.

estudiadas a cada cambio y mirando sus efectos¹⁵⁶.

Tal es el método que será utilizado durante la labor de investigación para establecer las tipologías de las organizaciones criminales, de manera que permita conectar las dimensiones subjetiva y objetiva desde sus fundamentos; es decir, conocer el objeto que integra el trayecto de formación en su contexto: el tráfico ilegal de personas en cuanto expresión de la criminalidad organizada.

El intento de establecer las tipológicas de las organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilegal de personas consistirá en explicitar a lo mejor posible el fenómeno, conocerlo, profundizarlo, valorarlo y estudiarlo en sus diversos aspectos y dimensiones, señalándose el contexto y las características criminales.

Para tanto, es importante la elaboración de perfiles de criminales de personas con base en la técnica de investigación judicial, que consiste en inferir aspectos psicosociales del agresor a través de un indirecto análisis psicológico, criminalístico y forense de otros crímenes, con el fin de identificar las características de la persona o grupo de personas, para orientar la investigación y la captura.

Estos elementos son muy importantes, principalmente en la investigación de los crímenes de tráfico de personas. La alarma social y las posibilidades de que se vuelvan a repetir los hechos hacen necesarios un actuar con rapidez y detener cuanto antes los responsables. De ahí, la necesidad e importancia de un arduo trabajo interdisciplinario.

De hecho, a partir del perfil criminológico de las organizaciones criminales se puede llegar a una estimación acerca de las características biográficas y del estilo de vida de los responsables por los crímenes. No es una ciencia exacta y se basa en el análisis de la “huella psicológica” que los delincuentes dejan a partir de sus crímenes, en datos estadísticos

¹⁵⁶ Cfr. PRIORE, Rosario, LAVANCO, Gioacchino., *Adolescenti e criminali. Minori e organizzazioni mafiose: analisi del fenomeno e ipotesi di intervento*, 1ª edic., Milán: FrancoAngelo, 2007, pág. 51. Véase RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio; RUIZ VIEYTEZ, Eduardo y Otros, *Los inmigrantes irregulares en España*, Bilbao: Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

recogidos de muchos casos, y en los datos teóricos aportados por la Psicología y la Criminología¹⁵⁷.

Se habla, por tanto, de probabilidades, y los autores que realizan un perfil buscan patrones e intentan encontrar las características de los presumes autores, valiéndose de un razonamiento analítico y lógico. Para la elaboración del perfil criminológico de las organizaciones criminales de traficantes de personas es necesario el análisis y la evaluación de muchas fuentes, es decir, el que suele ser precisado de las diversas escenas del crimen consumado, el perfil geográfico de los acontecimientos, el *modus operandi* de tales organizaciones, la firma de los delincuentes y los indispensables aportes de la Victimología.

A través de la investigación del perfil criminológico de las organizaciones criminales que actúan en el tráfico ilegal de personas desde Europa y para Europa, los especialistas han establecido una división por “grupos de criminalidad”, y han llegado a sólidas e importantes informaciones sobre el fenómeno¹⁵⁸.

Las “organizaciones criminales de albaneses”, por ejemplo, son estructuradas a partir de lazos familiares, por medio de la sumisión a un “clan familiar”. Se tratan de sólidas estructuras constituidas en el país de destino, compuestas cuasi integralmente de migrantes connacionales, muchos en situación irregular, que se mueven al interno del país, actuando en un denominado “nomadismo criminal”. El respectivo jefe del clan generalmente permanece en Albania donde, más allá de organizar la actividad, se ocupa de la

¹⁵⁷ En ese sentido, PONT AMENÓS, Teresa y SAUCH CRUZ, Montse, *Profiling, op. cit.*, pág. 135. Véase RODRÍGUEZ MESA, María José, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001, y el mismo autor en *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Madrid: Ed. Comares, 2000; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Ley de extranjería y Derecho penal*. Madrid: La Ley, 2001.

¹⁵⁸ Entre ellos, ver GIANNINI, Anna Maria y CIRILLO, Francesco, *Itinerari di Vittimologia*, 1ª ed., Milán: Giuffrè Editore, 2012, págs. 202 y ss. Véase además LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *Extranjeros en prisión*, Madrid: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2005; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la Unión Europea*, Madrid: La Ley, 2006; CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada: Comares, 2002.

administración de los provechos ilícitos¹⁵⁹. Existe otra tipología de organización criminal

¹⁵⁹ Por ejemplo, agentes de la Policía Nacional española han desarticulado, en 2014, una organización criminal presuntamente dedicada al tráfico de ciudadanos albaneses. La mayoría de ellos eran introducidos en Reino Unido con documentos de viaje falsos, por los que pagaban entre 500 y 4.000 euros. Se ha logrado identificar a casi ciento ochenta víctimas de la organización, catorce de las cuales eran menores que viajaban igualmente con documentos falsos, acompañados de mayores en similares circunstancias. Los agentes han sospechado que el número total de víctimas podría ser mucho mayor. La operación se ha saldado con la detención de setenta y dos personas, entre ellas los miembros del entramado encargados de dar apoyo en España a los responsables del entramado asentados en Albania, Italia y Grecia. Las investigaciones han comenzado en 2013, cuando la Policía tuvo conocimiento de la existencia de un entramado criminal que, al parecer, se estaría dedicando a la introducción ilegal de ciudadanos albaneses en Reino Unido, utilizando para ello documentación falsificada. Tras la pista de estos primeros datos, los agentes detectaron un notable incremento de ciudadanos albaneses que llegaban al Aeropuerto del Prat de Llobregat procedentes de Italia o Grecia, pretendiendo viajar desde allí a Reino Unido o Irlanda. Para viajar utilizaban documentaciones italianas o griegas falsificadas, muchas de las cuales figuraban como robadas o extraviadas en bases de datos policiales. Las declaraciones tomadas por los investigadores a estos ciudadanos resultaron especialmente difíciles, debido a su hermetismo posiblemente provocado porque los miembros de la organización los habrían aleccionado al respecto, así como amenazado para que no dijeran nada en caso de detención. No obstante, los agentes pudieron averiguar que los inmigrantes viajaban hasta Italia o Grecia utilizando para ello su propia documentación. Una vez en estos países, la organización los proporcionaba un "pack" compuesto por diversos documentos falsos (pasaportes, cartas de identidad, permisos de residencia, carnés de conducir, tarjetas sanitarias, carnés de estudiante etc.) con los que podrían llegar con éxito hasta el país de destino, Reino Unido principalmente. Algunos manifestaron a la Policía que habían comprado los documentos falsos en Italia o Grecia, pagando por ellos cantidades que oscilaban entre 500 y 4.000 euros. Los billetes de avión eran adquiridos por la organización a través de páginas web de compañías de bajo coste o en las propias compañías, a través de algún miembro de la organización. La organización se quedaba en muchas ocasiones con la documentación original de los inmigrantes. Las investigaciones han llevado a pensar a la Policía que esto tenía dos finalidades principalmente: en unos casos, asegurarse el cobro de un segundo plazo por el viaje de los inmigrantes, que sería abonado una vez éstos hubieran llegado a Reino Unido. En otras ocasiones, la privación de documentación era aprovechada por la organización para la posterior explotación sexual de las inmigrantes en dicho país, como demuestra el elevado número de mujeres de entre 20 y 25 años de edad detectadas entre el total de inmigrantes que pretendía introducir en Reino Unido dicha organización. La organización criminal estaba asentada principalmente en Albania, Italia y Grecia, aunque también contaba con miembros en España y en Reino Unido. Los miembros españoles, "facilitadores", afincados principalmente en Barcelona, se ocupaban de retener las documentaciones originales de los inmigrantes de buscar alojamiento para ellos en la Ciudad Condal, obtener los billetes de avión o trasladarlos al aeropuerto para que, desde allí, pudieran llegar a su destino. Por su parte, los miembros de la organización en Reino Unido, que también actuaban como "facilitadores" y como "pasadores", se encargaban también de adquirir los billetes de avión y de acompañar a los inmigrantes durante los viajes, así como de aleccionarles para que no tuvieran problemas en los controles policiales y/o de las compañías aéreas. Durante la operación se ha detenido 72 personas (64 de ellas por falsedad documental y el resto por favorecimiento de la inmigración ilegal, pertenencia a grupo criminal y delitos relativos a la prostitución). Además se han practicado tres registros en dos domicilios y en un prostíbulo ubicados en Barcelona, durante los cuales se intervinieron ocho mil trescientos sesenta y cinco (8.365) euros, trescientos (300) dólares USA y cuatrocientas (400) libras esterlinas en efectivo, una pistola real y una simulada, tres relojes de alta gama, numerosos dispositivos informáticos, varios resguardos de envíos de dinero al extranjero y otros documentos pendientes de análisis. También se han intervenido más de cien documentos falsificados a los ciudadanos albaneses detenidos en el Aeropuerto del Prat de Llobregat: cartas de identidad (23 griegas, 34 italianas, 3 rumanas y 2 búlgaras), pasaportes (1 griego, 4 italianos y 1 búlgaro), permisos de conducir (12 griegos, 2 italianos, 1 rumano y 2 búlgaros), numerosas tarjetas de crédito, permisos de residencia y carnés de estudiante de los mencionados países, que serán analizados por expertos policiales. Véase http://www.policia.es/wap/prensa/20140811_1.html.

de albaneses, menos articulada y asimilable a las “bandas urbanas”, que actúa en la exploración de la prostitución y en la comisión de delitos contra el patrimonio; utiliza un *modus operandi* más violento y feroz, lo que despierta una mayor alarma social.

Los “grupos criminales de nigerianos” actúan en todo *iter* delictivo y sus víctimas son jóvenes connacionales. La red criminal es capilar y estructurada en ligaciones familiares y étnicas transnacionales, que se crean y se consolidan en las capacidades directivas criminales de los individuos, en los valores culturales e históricos y en las creencias religiosas comunes, de manera que la característica peculiar de la trata de seres humanos, de matiz nigeriana, es la utilización de “rituales vudú”¹⁶⁰, como instrumento de sumisión de las víctimas, siendo normal un grande número de mujeres corresponsales en las varias fases de la conducta criminal, sea como reclutadora sea como vigilante o exploradoras¹⁶¹.

¹⁶⁰ Gerardo FERNÁNDEZ JUÁREZ explica que “el objetivo de intentar separar la religión de la magia es un planteamiento que ha perdurado en la antropología desde sus inicios como disciplina en el siglo XIX. Así, el estudio antropológico de la religión ha dedicado muchos esfuerzos a saldar cuentas con la razón. Es probable que los conceptos que los occidentales espontáneamente mantienen sobre la magia, la posesión de los espíritus o la hechicería, en contraste, por ejemplo, con los conceptos africanos, estén ligados a lo sobrenatural, lo extraordinario, lo misterioso y lo fantástico. Pero fenómenos que para nosotros caen más allá del entendimiento racional constituyen, en otras tradiciones culturales, los pilares de la más elemental comprensión del mundo” (*in La diversidad frente al espejo. Salud. Interculturalidad y contexto migratorio*. 1ª edic., Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2008, pág. 350).

¹⁶¹ Por ejemplo, agentes de la Policía Nacional española, en 2015, han desarticulado una organización criminal formada por ciudadanos nigerianos que se dedicaban a la explotación sexual de mujeres de su misma nacionalidad. Captaban a las víctimas en su país de origen, ofreciéndolas falsos empleos en distintos países europeos con los que conseguir un futuro mejor tanto para ellas, como para sus familiares en Nigeria. Una vez convencidas, las víctimas eran sometidas a complejos rituales de *vudú-yuyu*, aprovechándose de sus profundas creencias en los mismos, con la finalidad de comprobar su supuesta idoneidad y de conseguir la total subyugación de las mismas a la organización. La investigación se inició cuando los agentes detectaron la existencia de un grupo de ciudadanos de nacionalidad nigeriana que se encontraban afincados en la Comunidad Valenciana. Tras realizar las primeras pesquisas averiguaron que este grupo llevaba operando en España desde al menos el año 2008. Su actividad delictiva se expandía por varias provincias de la geografía española, contaban incluso con infraestructura en barrios periféricos de Madrid, donde disponían de varios pisos para dotar a las chicas de un primer alojamiento a su llegada a nuestro país. Una vez avanzada la investigación, los agentes averiguaron que la organización siempre seguía el mismo *modus operandi*; captaban a mujeres en su país de origen bajo falsas promesas de trabajo en Europa y una mejor calidad de vida. Una vez engañadas y al objeto de comprobar la supuesta idoneidad de las candidatas, se les realizaba un ritual pseudo-religioso, conocido como “*vudú-yuyu*”, para asegurarse su sometimiento. Los miembros del grupo se aprovechaban de las profundas creencias que las víctimas tenían en la eficacia de estos ritos y de esta forma la organización conseguía que juraran que pagarían íntegramente la deuda exigida, que no denunciarían nada de lo que ocurriese a las autoridades, y que no tratarían de escapar de los dominios de la organización. Finalizado el ritual y antes de ser trasladadas a Europa por vía aérea, se les facilitaba un alojamiento en el domicilio de la madre de uno de los integrantes de la organización. Para realizar el viaje con éxito uno de los componentes de la organización, el conocido como “*Guide-Man*”, les facilitaba un pasaporte nigeriano con residencia en un país de la Unión Europea. Esta persona sería también quien se

Los “grupos criminales de la ex URSS” se ocupan marginalmente de la trata de seres humanos, a menudo en la fase de reclutamiento en su país o en la organización del viaje de la víctima seleccionada, que son sobre todo jóvenes mujeres de la República de Moldavia, de Ucrania y de Rusia, reclutadas desde agencias, con falsa promesa de trabajo honesto en el país de destino, y que, una vez alcanzado éste, vienen siendo explotadas sexualmente por las organizaciones de etnia albanesa o rumana¹⁶².

Los “grupos criminales de Europa del Este” formados por ciudadanos rumanos, en los últimos años, son seguramente los líderes en la trata de seres humanos; participan de la gestión de todas las fases de la actividad ilícita, desde el reclutamiento de las víctimas en el país de origen a la gestión de la explotación en los países de destino, tanto en los sectores de la prostitución y del trabajo esclavo como en la construcción civil, agricultura, medio doméstico etc. Las organizaciones criminales rumanas son estructuradas en pequeños grupos familiares en colaboración con otros grupos étnicos, frecuentemente, albaneses¹⁶³.

encargaría de obligar a las víctimas a prostituirse en diferentes provincias de España. Esta operación se ha enmarcado dentro del Plan de la Policía Nacional contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual, puesto en marcha en 2013, y que dio lugar a la creación de una nueva unidad de referencia en esta materia: la Brigada Central contra la Trata de Seres Humanos, adscrita a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de la Policía Nacional. A lo largo de la primera fase –de abril de 2013 a diciembre de 2014–, se realizaron 462 operaciones que se saldaron con 1.450 detenidos y 11.751 víctimas potenciales detectadas. En el marco de este Plan específico se mantuvieron además 3.379 contactos con ONGs e instituciones, que acogieron a 774 víctimas. La Policía Nacional realizó en ese periodo 963 actuaciones conjuntas con la Inspección de Trabajo en el ámbito de la explotación sexual, y se intervinieron 29 millones de euros fruto de las investigaciones patrimoniales llevadas a cabo. Véase http://policia.es/prensa/20151006_1.html.

¹⁶² La mafia rusa, “heredera” de la ex Unión Soviética, comenzó su auge a finales de la década del '80 con la caída del comunismo y la privatización de las empresas estatales, las cuales fueron compradas por los nuevos oligarcas que contrataron los servicios de protección de diversas bandas criminales. Si bien sus jefes son de origen eslavo, entre sus integrantes hay chechenos, uzbekos, azeríes (oriundos de Azerbaiján) y georgianos, entre otros miembros reclutados de las ex repúblicas que conformaban la antigua URSS. Algunas de sus principales actividades delictivas son la extorsión, el narcotráfico, el tráfico de armas y personas y el manejo de la prostitución. Y uno de sus sellos distintivos luego de cometer un crimen es cortarles los dedos a sus víctimas, para dificultar el reconocimiento por las fuerzas de seguridad o los servicios de inteligencia (véase <http://www.infobae.com/>).

¹⁶³ Por ejemplo, agentes de la Policía Nacional, en 2015, han desarticulado una organización criminal presuntamente dedicada a la explotación sexual de jóvenes rumanas en clubes de alterne en las provincias de A Coruña, Málaga y Guadalajara, deteniendo a 5 personas, e imputando a una más, por la presunta comisión de delitos de trata de seres humanos, prostitución y pertenencia a organización criminal. Entre los arrestados figura el cabecilla de la trama, el cual llevaba el cálculo exacto de todos los servicios sexuales prestados por las víctimas así como de los beneficios obtenidos. Los miembros de la red les propinaban brutales palizas

Las “bandas criminales de chinos”¹⁶⁴ se orientan en la gestión del tráfico ilegal de

para obligarlas a ejercer la prostitución. Además, se ha logrado liberar a cinco víctimas de dicha organización que habían sido engañadas, controladas, amenazas y coaccionadas por la organización. Las investigaciones comenzaron en octubre de 2014 a raíz de las declaraciones manifestadas a los agentes por parte de algunas de las mujeres de nacionalidad rumana que estaban siendo explotadas sexualmente, junto a otras, por una organización criminal compuesta por compatriotas suyos. En sus declaraciones relataron cómo un ciudadano de origen rumano se dedicaba a obligar a varias mujeres a ejercer la prostitución con la ayuda de su pareja sentimental. Ésta era además la encargada de vigilarlas dentro de los clubes de alterne, empleando para ello todo tipo de métodos coercitivos y trasladándolas constantemente de un sitio a otro en la provincia de A Coruña, todo lo cual le reportaba enormes beneficios que le permitían mantener su alto nivel de vida. La organización captaba a las mujeres tanto en Rumanía como en España mediante el ofrecimiento de falsos trabajos en España. Con ello lograban que las víctimas se trasladaran voluntariamente hasta la provincia de Málaga, donde residía el principal responsable del grupo. Una vez en dicha localidad se encontraban una realidad muy distinta a la esperada. Las primeras pesquisas realizadas llevaron a los agentes a determinar que el ciudadano rumano denunciado en un primer momento se trataba del jefe y, por lo tanto, quien decidía y daba las órdenes al resto de miembros de la organización. Una trama perfectamente estructurada y jerarquizada compuesta por ciudadanos rumanos extremadamente violentos, tanto con las que ellos consideraban "sus chicas", como con otros miembros de bandas rivales. La violencia ejercida por los componentes de la organización era tal que, en ocasiones, las víctimas requirieron asistencia hospitalaria por diversas lesiones, siendo esta situación indiferente para los miembros de la organización, pues las obligaban igualmente a ejercer la prostitución inmediatamente al salir del centro médico. Para doblegar la voluntad de las mujeres, se valían de un sin fin de agresiones y de un estricto control de sus movimientos, permaneciendo en coches cercanos mientras las explotaban sexualmente y ordenándoles que se asomaran por la ventana del club de alterne con la frecuencia que ellos establecían. También controlaban sus comunicaciones, estando obligadas a realizar llamadas de control todos los días en horas y minutos exactos, recibiendo continuas palizas si no lo hacían, lo que generaba en las víctimas un estado de dependencia psicológica y de indefensión absolutas, evitando a su vez posibles denuncias y huidas. El cabecilla de la red llevaba un cálculo exacto de todos los servicios sexuales prestados por las víctimas y de los beneficios que éstos reportaban, siendo informado constantemente de todo lo que acaecía dentro de los locales. Las funciones de control de las mujeres eran ejercidas por la pareja sentimental del cabecilla, que además ejercía la prostitución de forma independiente y que se encargaba de que las víctimas no pudieran ocultar las ganancias de ninguna forma, arrebatándoles absolutamente todo para así asegurarse de que no pudieran huir. Las investigaciones también permitieron determinar que el grupo investigado se dedicaba paralelamente al tráfico de sustancias estupefacientes, comprando drogas de diferentes calidades y mismo tipo, para volver a cortarlas, conseguir más cantidad y revenderlas, lo que los reportaba importantes beneficios. Véase http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/4108592.

¹⁶⁴ Por ejemplo, la Guardia Civil, en 2015, ha producido a la detención de 18 personas de nacionalidad china y coreana, pertenecientes a una organización criminal internacional dedicada a introducir personas de forma irregular en España, para explotarlas sexualmente o para enviarlas a otros países como Reino Unido y Canadá utilizando documentación falsificada. A los detenidos también se les imputa delitos relacionados el favorecimiento de la inmigración y tráfico de drogas. En la operación se han realizado 11 registros en Barcelona, Badalona y Santa Coloma de Gramanet, y se ha identificado a unas 20 víctimas indocumentadas de la red. Desde que se iniciara la investigación, se han llevado a cabo más de 40 detenciones de inmigrantes irregulares en diferentes países como Reino Unido, Italia, Francia, Irlanda y Suiza. Estas intervenciones han resultado de gran importancia para el desarrollo de la investigación y para poder probar su estructura como organización y el funcionamiento de la red ahora desarticulada. En la investigación, la Guardia Civil ha contado con el apoyo de EUROPOL, que ha desplazado una “Oficina Móvil” para comprobar datos en tiempo real mientras se realizan las detenciones. Igualmente, la Agencia de Inmigración de Reino Unido ha colaborado en las investigaciones y también ha desplazado agentes a Barcelona para apoyar en la fase de explotación de la operación. La Organización disponía de “pisos-patera” y controlaba “pisos-prostíbulo” en la provincia de Barcelona. Las víctimas viajaban desde China a España con su propia documentación y una

personas básicamente de connacionales. A menudo, ellas se valen del secuestro de personas para la extorsión de familiares que permanecieron en país de origen. La organización criminal de origen chino es estructurada rígidamente de manera intraétnica, y se caracteriza como grupos de “estructura mafiosa”¹⁶⁵, cuya ley del silencio, violencia y amenazas contribuyen a mantener sumergida la actividad ilícita y a dificultar la acción de represión¹⁶⁶.

Por su vez, existe una prolífica discusión doctrinaria en torno a las características intrínsecas que deben reunir las organizaciones criminales. En muchos países se utilizan como sinónimos los términos “asociación” y “organización” criminal, y, en otros, la ley procede a sus definiciones, o el concepto normativo va perfilándose a través de decisiones jurisprudenciales. Es intuitivo que el concepto de organización criminal requiere, por una literal logicidad, que se halla ante una pluralidad de personas. Esta pluralidad, en conformidad con las leyes de cada país, se identifica con tres o más, aunque en ocasiones el

vez en el país eran privados de la misma y provistos de pasaportes falsos o robados para poder viajar a un tercer país. Desde que llegaban a España hasta que recibían la documentación necesaria para salir, los inmigrantes eran hacinados en “pisos patera” controlados por el grupo criminal. La organización contaba con varios “pisos-prostíbulo” donde explotaban sexualmente a las víctimas hasta que pagaban su “deuda”, obligándolas también a distribuir sustancias estupefacientes entre sus clientes. Se estima que durante el año de 2014, la organización habría obtenido unos beneficios de unos 10.800.000 euros de ingresos con el tráfico de personas, a las que cobraban unos 30.000 euros por traerlas a Europa. Se estima que mensualmente han podido traficar con más de 1 kilogramo de distintas sustancias estupefacientes, además de quedarse con el dinero obtenido de la prostitución de sus víctimas, dejándoles lo mínimo para subsistir y quedándose el resto como pago de la “deuda”. En los registros se han incautado distintas cantidades de sustancias estupefacientes (marihuana y cristal) preparadas para su distribución, documentación bancaria, numerosos pasaportes, tablets, ordenadores, teléfonos móviles y dinero en efectivo, en euros, dólares y yuanes.

¹⁶⁵ La evolución más reciente indica que la mafia se ha convertido en una organización subversiva y paralela, un cuerpo extraño, al contrario de lo que sucedía en su pasado de funcional e integrante organización social. Según Donatella BRESCHI, “la mafia ha asumido formas de identidad análogas a aquellas más modernas y avanzadas de la sociedad industrial, sobreponiéndose y confundiéndose con ella. La mafia está en las empresas, se esconde en las arrugas de los planes accionarios, de prácticas bancarias, de sociedades anónimas por acciones, llegando así a penetrarse siempre más y a fondo en los largos sectores del aparato económico y financiero” (in *L'immaginario mafioso. La rappresentazione sociale della mafia*, 1ª edic., Bari: Edizioni Dedalo, 1986, págs. 89-90). Para una profundización acerca del tema organización mafiosa, ver FANTÒ, Enzo, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminali*, 1ª edic., Bari: Ed. Dedalo, 1999; VERRINA, Gabriele, *L'associazione di stampo mafioso*, 1ª edic., Turin: Wolters Kluwer S.R.L., 2008; TURONE, Giuliano, *Il delitto di associazione mafiosa*, 2ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2012; LO VERSO, Girolamo (coord.), *Come cambia la mafia. Esperienze giudiziarie e psicoterapeutiche in un paese che cambia*, 1ª edic., Milán: FrancoAngeli, 1999; y LUPO, Salvatore, *Storia della mafia. La criminalità organizzata in Sicilia dalle origini ai giorni nostri*, 3ª edic., Roma: Ed. Donzelli, 2004.

¹⁶⁶ Cfr. GIANNINI Anna Maria, CIRILLO, Francesco, *Itinerari di ... op. cit.*, págs. 202-203. Véase SEELIG, Ernesto, *Tratado de Criminología*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

número de dos personas viene aceptado normativamente o por la jurisprudencia. Otro punto importante de señalarse, respecto a la organización criminal, se refiere a la necesidad de una cierta permanencia en la misma de los miembros y que el acuerdo para cometer delitos no sea meramente ocasional, no obstante muchos países no adoptaren algunos de esos requisitos para la represión de los hechos. Con todo, el análisis de los elementos intrínsecos, objetivos y subjetivos, de la organización criminal, será por cuestión metodológica postergado para el momento de la investigación sobre las normas internas en contexto de derecho comparado.

Hay otros problemas importantes que derivan del fenómeno de la organización criminal, de interés general en materia de tráfico de personas, que necesitan ser afrontados previamente, a ejemplo de la delincuencia de blanqueo de capitales.

IV. El delito de tráfico de personas y su vinculación con el blanqueo de capitales

A. Generalidades

Es aceptado mayoritariamente que los criminales organizados actúan con el objetivo de obtener el máximo de ganancias de sus actividades delictivas. Las organizaciones criminales obtienen enormes beneficios de los diversos tráfico a los que se dedican (armas, drogas, informaciones industriales y militares, dinero de origen ilícito, materiales radiactivos, mano de obra, trata de blancas, órganos humanos, embriones, obras de arte etc.). La principal fuente de ganancias ilegales a nivel mundial es el tráfico de drogas. La segunda gran fuente de dinero de origen delictivo lo constituyen los delitos económicos, fundamentalmente el fraude (bancario y financiero, fiscal, impuesto sobre el valor añadido, hipotecas, ventas a distancia, etc). También se aprecia un incremento en el volumen de dinero procedente del contrabando (de tabaco y alcohol), de los juegos ilegales, y del tráfico de seres humanos. Esto es también lo que ocurre en todo el mundo, de manera que las

fuentes principales de dinero de origen delictivo que es blanqueado son el tráfico de drogas, la falsificación, las estafas y el crimen organizado.

Para poder disfrutar estas ganancias sin problemas deben someterlas a una limpieza que borre su origen delictivo. La limpieza consiste en hacer desaparecer las huellas del origen delictivo del dinero, invirtiéndolo en actividades económicas lícitas para dotarlo de apariencia de legalidad. De lo que se trata es de “maquillar” los beneficios de origen delictivo para que parezca que tienen un origen lícito. Esto es lo que se denomina técnicamente “blanqueo de capitales”. Los criminales tratan de introducir sus beneficios en el sistema financiero y, mediante diversos métodos, pretenden que éstos parezcan que han sido obtenidos de forma lícita. De ahí la importancia de se analizar el fenómeno del tráfico ilegal de personas, objeto de la presente investigación, en conexión y comprensivamente con otras formas de criminalidades consecuentes de la actividad de la organización criminal, que es el blanqueo de capitales.

La mayoría de los países dispone de una legislación de combate al mismo, para la persecución del “producto de delitos”, es decir, de las ganancias económicas obtenidas a partir de las actividades ilícitas. Se trata de una lucha contra toda forma de blanqueo de los productos del delito por parte de redes de traficantes de armas, drogas, de personas etc., actividad ésta que viene sistemáticamente practicada por las organizaciones criminales que se ocupan del tráfico de personas, y suelen consistir en las siguientes conductas: *a)* convertir o transferir bienes procedentes de una actividad ilegal o de la participación en tal actividad ilícita con la finalidad de disimular o disfrazar el origen ilícito de los bienes; *b)* ayudar a un delincuente a sustraerse de los efectos jurídicos-sancionatorios por la comisión de actividades ilícitas; *c)* disimular o disfrazar la naturaleza, origen, emplazamiento, disposición, movimiento o propiedad real de los bienes o de los derechos relativos a estos bienes procedentes de la realización de actividades ilícitas en el marco de actuación de la delincuencia organizada; *d)* adquirir, poseer o utilizar bienes, concientemente de su origen ilícito¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Cfr. ÚBEDA-PORTUGUÉS, José Escribano, *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas ... op. cit.*, pág. 91. Véase aún José Manuel FERRO VEIGA (*in Propiedad inmobiliaria, blanqueo de capital y crimen organizado*, 1ª edic., Alicante: Editorial Club Universitario, 2012); Diana

El blanqueo de capitales puede ser entendido como el conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o legalidad a bienes o activos que tuvieron su origen en actividades delictivas. Por lo tanto, implica a todas aquellas operaciones relativas a la incorporación de esos fondos o bienes en el sistema financiero con aspecto de legitimidad, a sabiendas de que derivan de actividades delictivas, con el propósito de disfrazar su procedencia o de ayudar a evadir las consecuencias legales de su acción a los involucrados.

No se trata de un fenómeno nuevo, sino que ha sido precisamente la globalización económica y financiera de los mercados lo que ha facilitado que en las últimas décadas se convierta en un problema de dimensiones internacionales, y, por eso, es una actividad delictiva que se recoge en los códigos de prácticamente todo el mundo. El interés que muestran los Estados y organizaciones internacionales y supranacionales en combatir ese método delictivo, aparte el tamaño que ha alcanzado, consiste en su repercusión en la fiscalidad de los países y en su propia seguridad nacional y de la de sus ciudadanos¹⁶⁸.

Ha de acrecentar que hay un término aledaño al de blanqueo de capitales que es “dinero negro”, que, no obstante suelen estar relacionados, ellos no se confunden. Se puede afirmar que si bien todo blanqueo de capitales opera tratando de ocultar dinero negro, no

Patricia ARIAS HOLGUÍN, *La respuesta político-criminal al blanqueo de capitales como fenómeno delictivo económico. Entre la ambigüedad y la expansión*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014; Diego GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, 1ª edic., Madrid: Cedecs, 1996; Miguel ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, 1ª edic., Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002; Juan Miguel DEL CID GÓMEZ, *Blanqueo internacional de capitales: cómo detectarlo y prevenirlo*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Deusto, 2007; Giovanna STUMPO y Tiziana VALLONE, in *Il contrasto al riciclaggio di capitali e al finanziamento illecito*, 1ª edic., Milán: FrancoAngeli, 2008; Giuseppe REBECCA, Giancarlo CERVINO, in *Frode fiscale su attività lecite e riciclaggio di denaro: antiriciclaggio per i professionisti*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2006; Simona MULINARI, in *Cyberlaundering: riciclaggio di capitali, finanziamento del terrorismo e crimine organizzato nell'era digitale*, 1ª edic., Roma: Pearson Education Italia, 2003; y Antonina GIORDANO, in *I reati contro l'integrità del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e terrorismo*, 1ª edic., Ancona: Ed. Antonio Tombolini, 2014.

¹⁶⁸ Cfr. GUTIÉRREZ GOROSTIAGA, Jesús Cruz, *Gestión y control administrativo de las operaciones de caja*, 1ª edic., Madrid: Paranifo, 2015, pág. 91. Sobre el problema del dinero negro en la economía, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

todo dinero negro es sometido a un blanqueo de capitales en sentido estricto. Para entenderlo mejor, se pasará al ejemplo de distinguir el dinero negro según su procedencia.

Así, el dinero que procede de evasión fiscal, es el que no ha sido declarado a la Hacienda Pública y que ha evadido el pago de impuestos. Adviene de actividades económicas lícitas, pero su titular lo ha ocultado y no lo ha declarado a la Hacienda, para ahorrarse los correspondientes impuestos. Estos recursos en dinero negro tratarán de ser ocultados, y para ello su propietario lo gastará normalmente en bienes y actividades que no dejen rastro ante el Fisco.

Por otro lado, en el caso de dinero negro que procede de actividades de naturaleza delictiva, como el tráfico de armas, drogas, de personas etc., el comportamiento de su propietario será diverso, ya que buscará que ese dinero sea tributado y figure como que haya sido obtenido a través de actividades lícitas. Esta última forma de actuar es en la que en sentido estricto, consiste el blanqueo de capitales y la que conecta esta actividad con el concepto de dinero negro¹⁶⁹.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁷⁰, organismo internacional formado en 1989 por el grupo de los 7 países más industrializados, para aunar esfuerzos internacionales contra el lavado de dinero, considera como blanqueo de capitales la conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que deriva de un delito criminal, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su acción.

El lavado de dinero, en general, involucra la ubicación de fondos en el sistema financiero, la estructuración de transacciones para disfrazar el origen, propiedad y ubicación

¹⁶⁹ Cfr. GUTIÉRREZ GOROSTIAGA, Jesús Cruz, *Gestión y control administrativo ... op. cit.*, págs. 91-92.

¹⁷⁰ El *Financial Task Force on Money Laundering* (FAFT) es un organismo inter-gubernamental creado por el G-7 en la Cumbre de París de 1989, pero la Comisión Europea y otros ocho Estados (entre ellos España) se sumaron a este Grupo desde su creación. Aunque su objetivo inicial fue prevenir el blanqueo de capitales a nivel transnacional, dada la enorme similitud existente con los mecanismos utilizados para prevenir la financiación del terrorismo, en 2001 se extendió su mandato también a esta materia.

de los fondos, y la integración de los fondos en la sociedad en la forma de bienes que tienen la apariencia de legitimidad.

El blanqueo de dinero busca a través de una serie de transacciones hacer aparecer como fondos provenientes de actividades legales, aquellos que tuvieron su origen en actividades delictivas. Aunque el lavado de dinero sea un proceso diverso y a veces complejo, básicamente involucra tres pasos independientes que pueden suceder simultáneamente: 1) Ubicación. La primera y más vulnerable etapa del lavado de dinero es la ubicación. El objetivo es ingresar los fondos ilegales al sistema financiero sin llamar la atención de las instituciones financieras. Las técnicas de ubicación incluyen los depósitos estructurados de fondos por sumas determinadas, con el fin de evadir las obligaciones de información o la mezcla de depósitos de fondos y empresas ilegales. Un ejemplo de ello puede incluir dividir grandes sumas de efectivo en sumas más pequeñas menos visibles, las que son depositadas directamente en una cuenta bancaria, mediante el depósito de un cheque de reembolso de un paquete de vacaciones cancelado o de una póliza de seguros, o adquiriendo una serie de instrumentos monetarios (p.ej., cheques de caja) que son cobrados o depositados en otra ciudad o institución financiera. 2) Ocultamiento. La segunda etapa del proceso de lavado de dinero es el ocultamiento, que implica la movilización de fondos en todo el sistema financiero, a menudo en una compleja serie de transacciones para crear confusión y complicar el rastreo documental. Ejemplos de ocultamiento incluyen el cambio de instrumentos monetarios por sumas más pequeñas, o la transferencia de fondos a través de varias cuentas en una o más instituciones financieras. 3) Integración. El objetivo final del proceso de lavado de dinero es la integración. Una vez que los fondos están en el sistema financiero, y aislados a través de la etapa de ocultamiento, el paso de integración es utilizado para crear la apariencia de legalidad a través de más transacciones. Estas transacciones protegen aún más al delincuente de la conexión registrada hacia los fondos, brindando una explicación plausible acerca de la fuente del dinero. Como ejemplos de estos casos puede mencionarse la compra y venta de inmuebles, los títulos valores de inversión, fideicomisos extranjeros, u otros activos.

En general, blanqueo de capitales y dinero negro son dos términos estrechamente

relacionados. Sin embargo, esta relación requiere alguna matización, dado que no todo el dinero negro es exactamente igual. En concreto, se puede establecer una distinción entre dos tipos de dinero negro: 1) Dinero negro procedente de actividades delictivas de muy diversa naturaleza: tráfico de drogas, contrabando de armas, prostitución, extorsión, trabajo ilegal y, últimamente, terrorismo; 2) Dinero negro en el sentido de evasión fiscal. Es aquel que no ha sido declarado a la hacienda pública, por el motivo que sea, y en muchas ocasiones, el motivo es simplemente la evasión de impuestos. En el caso del dinero negro en el sentido de que se ha evadido el pago de impuestos a la hacienda pública, pero es procedente de actividades económicas legales, su propietario tratará de ocultar al fisco su existencia y, para ello, intentará gastarlo en bienes que no dejen rastro fiscal. Sin embargo, en el dinero negro procedente de actividades ilegales, el objetivo de su poseedor es conseguir hacer pasar por dinero obtenido legalmente, y que ese dinero tribute y figure oficialmente como procedente de una actividad lícita. Es precisamente esta forma de actuar en la que verdaderamente consiste el blanqueo de capitales.

El blanqueo de capitales implica el ocasionamiento de distintos riesgos para un país:

- 1) Riesgos sociales. Favorece indirectamente la criminalidad al permitir al delincuente “legitimar” el producto del delito.
- 2) Riesgos económicos. Puede producir distorsiones de los movimientos financieros e, indirectamente, de los reales (los flujos de inversión atienden a motivaciones de opacidad y no estrictamente económicas).
- 3) Riesgos financieros. Introduce desequilibrios macroeconómicos, puesto que, ingentes cantidades de efectivo son asignadas con criterios ajenos al binomio rentabilidad/riesgo. Y es que, resulta frecuente que una buena parte de los activos financieros opacos presenten rentabilidades abiertamente inferiores a otros en los que el tenedor ha de ser preceptivamente identificado. Asimismo, daña la integridad del sistema financiero, afectando muy negativamente a la percepción que la sociedad tiene de las entidades (riesgo reputacional), pero también, desde un plano más global, puede llegar a afectar a todo el sistema financiero nacional en su conjunto.
- 4) Riesgos reputacionales. El despliegue de esquemas de blanqueo de capitales utilizando a entidades financieras o no financieras y a profesionales, aún sin el conocimiento del componente delictivo de la operativa, ocasiona a éstos una importante pérdida de prestigio, crédito o reputación entre potenciales clientes, así como entre los ya existentes.

En España, es la Comisión de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias el máximo responsable del desarrollo de la política preventiva y de lucha contra el blanqueo de capitales. Esta Comisión es un órgano colegiado del que forman parte representantes de diferentes Departamentos ministeriales y Agencias, el Ministerio Fiscal, así como de las Comunidades Autónomas. No obstante, cada vez más, la lucha contra el blanqueo de capitales ha cobrado una dimensión internacional y en este sentido hay que destacar la existencia del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

B. Tipologías de blanqueo de capitales

El desarrollo de nuevas técnicas de blanqueo, junto con la incorporación de nuevos profesionales y sectores de actividad en los esquemas criminales, han obligado a definir nuevas estrategias que buscan mayor eficacia en la difusión de los procedimientos de blanqueo, con el fin de dotar de mejores herramientas al sector financiero, en su más amplia acepción, en su continua lucha contra las prácticas criminales.

Se trata de una vocación compartida por muchos países y materializada en las publicaciones de los organismos internacionales especializados. Asumiendo este objetivo, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de España¹⁷¹ ha recogido en informe un estudio de los diferentes procedimientos, tipologías, canales, etc., del blanqueo de capitales, que se identifican a partir del análisis de las comunicaciones de operaciones sospechosas y de aquellas otras informaciones procedentes de las unidades policiales, órganos judiciales u otras autoridades.

El Informe ha señalado la necesidad de acotar determinados conceptos que, sin duda, contribuyen a entender las diferentes agrupaciones y clasificaciones en las que se integran las distintas formas que los delincuentes utilizan para blanquear capitales. Se debe entender

¹⁷¹ Véase Informe del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (véase <http://www.sepblac.es/espanol/>).

–en la terminología internacionalmente aceptada– que una tipología de blanqueo es un conjunto de esquemas que se construyen o diseñan de forma similar, y a través de los cuales se pretende blanquear fondos de origen criminal. En esta definición se incluyen otros conceptos subsidiarios –esquemas– que, a su vez, se definen a partir de otros que van conformando una cadena que, en resumen, viene a definir las agrupaciones de procesos que permiten blanquear fondos mediante una estructura, desarrollo, canal o sector de actividad similar.

Bajo la premisa de la más que evidente dificultad que supone acotar bajo parámetros las partes de un proceso dinámico, se ha intentado agrupar la experiencia en una serie de categorías que puedan configurar, con mayor o menor grado de precisión, las diferentes tipologías. El objetivo no es sencillo y los resultados son heterogéneos, de tal forma que existen procedimientos que identifican tipologías nítidas, junto a otros que pueden ser integrados en categorías diferentes, en función del peso específico que se otorgue a los distintos métodos, técnicas, mecanismos y, sobre todo, instrumentos.

Una tipología es un proceso de blanqueo de capitales en el que se desarrollan esquemas especializados que se construyen con formatos homogéneos y que recurren a métodos similares. Los canales de blanqueo son aquellos circuitos por los que discurren los fondos o bienes de origen ilegal, durante el proceso que media entre la comisión del delito y el disfrute o utilización bajo formatos de apariencia lícita. Hay procedimientos que tienen un difícil encaje en las tipologías clásicas, al existir un marcado componente subjetivo, identificándose esas prácticas con personas procedentes de determinadas zonas geográficas, aquellas que realizan actividades concretas o ejercen profesiones especialmente sensibles, otras cuya singularidad deriva de su posición política o social etc.

Sin embargo, hay diferentes criterios para establecer una clasificación, pero en todos ellos hay un componente diferenciador respecto de los demás, aunque este criterio nunca es exclusivo, permitiéndose también un encaje en cualquier otra de las categorías. Por esta razón, e independientemente de que el componente más significativo sea el medio de canalización de los fondos, las circunstancias personales de los partícipes, el sector de

actividad al que se aplican los fondos, u otros, se han establecido unos procesos de blanqueo que responden a los siguientes elementos distintivos principales.

1. Proceso de blanqueo en el sector inmobiliario

Tal proceso en este ámbito es caracterizado por su presencia generalizada en gran número de países y territorios, en muchos de los cuales alcanza la categoría de motor económico. Entre las notas que caracterizan este sector en su relación con el blanqueo de capitales son de destacar las siguientes: 1) Es un sector tradicionalmente ligado a actividades de generación y ocultación de capitales de origen fiscalmente ilícito. 2) La titularidad de bienes inmuebles admite muchas figuras jurídicas distintas, tanto de carácter nacional como internacional, e incluidas las formas de copropiedad temporal o espacial. 3) La valoración de los bienes inmuebles tiene un marcado carácter subjetivo, ligado a aspectos no derivados directamente del propio bien. 4) Es un sector muy sensible a comportamientos criminales relacionados con la corrupción.

2. Proceso de blanqueo en los sistemas de compensación

El desarrollo de las sociedades y la internacionalización de las economías han generado la aparición de circuitos financieros que tienen como objetivo la optimización de las operaciones, eliminando trabas burocráticas, costes transaccionales y, sobre todo, demoras injustificadas. Con estos principios se ha desarrollado la tupida red bancaria que cubre la práctica totalidad del mundo; y también han surgido otros agentes que actúan de forma paralela, en cierto modo subsidiaria, y que ofrecen la inmediata colocación de cualquier capital con cualquier objeto, sea este comercial o escuetamente transaccional. Las notas características de estas operaciones, en su relación con el blanqueo de capitales, son: 1) Producen un distanciamiento artificial entre el origen y el destino de los fondos, desligando el vínculo que existe entre ordenantes y beneficiarios. 2) Compensan operaciones entre personas y países diferentes, en las que los actores desconocen el circuito por el que fluyen los fondos y la identidad y ubicación de los partícipes intermediarios. 3) Se produce una total opacidad de la parte comercial que justifica estas operaciones

compensatorias.

3. Proceso de blanqueo por la utilización de dinero en efectivo

El crecimiento y universalización de los circuitos bancarios han supuesto, sin duda alguna, una mejora en la seguridad y celeridad de las transacciones. Este fenómeno debería haber provocado una casi completa eliminación de los movimientos internacionales de efectivo, hecho que no se ha producido, seguramente, por los desarrollos preventivos de blanqueo de capitales que las autoridades y agentes han implantado. La utilización de efectivo está experimentando incrementos anuales significativos, implicando toda la gama de medios disponibles, que incluyen desde los más clásicos procedimientos (*hawala*) hasta los más sofisticados y modernos montajes (utilización de transportes específicos aéreos, marítimos y terrestres). El tráfico de efectivo se caracteriza por las siguientes notas: 1) Los fondos desplazados, en ámbitos nacionales e internacionales, pueden estar relacionados con todos los comportamientos criminales. 2) El control de estas operaciones está sujeto, normalmente, a regulación de naturaleza administrativa, lo que dificulta las medidas que pretenden actuaciones reactivas por parte de las autoridades responsables. 3) Las medidas preventivas son de difícil implementación, directamente derivada de la incapacidad de identificar comportamientos específicos y, en consecuencia, incorporar elementos de detección.

4. Proceso de blanqueo por carruseles de IVA

Las políticas comerciales comunitarias generaron, en 1992, la implantación de un régimen transitorio de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido. Bajo la premisa de que el consumo de los bienes debe ser gravado en los territorios donde se produce su utilización o disfrute, los países europeos (Unión Europea) decidieron eximir del pago del impuesto a aquellos bienes y servicios que eran adquiridos en un Estado miembro para ser transportados hasta otro distinto. Este régimen, transitorio en su concepción pero duradero en su aplicación, generó una nueva variante de fraude fiscal, que se aprovecha de esa exención para construir operaciones inexistentes u otras en las que se implican personas o

sociedades cuya única función es intermediar en el flujo formal de transferencias y pagos.

La consecuencia es la pérdida de los ingresos que debería producir la venta y consumo de esos bienes, con la consiguiente generación de enormes cantidades de dinero negro obtenido a partir de la comisión de delitos de naturaleza fiscal, que debe ser blanqueado e introducido nuevamente en los circuitos formales mediante complejas operaciones de blanqueo de capitales. Son notas que definen estas operaciones las siguientes: 1) Ámbito internacional en el que se implican sociedades y entidades financieras de dos o más Estados miembros. 2) Afectan a sectores de elevada presencia comercial, especialmente la telefonía móvil, informática, automóviles, bebidas alcohólicas, oro, etc. 3) Se utilizan complejos esquemas societarios que definen distintas categorías de sociedades y empresas implicadas. 4) Las mercancías y los capitales se mueven de forma cuantitativamente importante y con una rapidez extraordinaria.

5. Proceso de blanqueo por banca corresponsal

La universalización de las transacciones financieras con origen o destino en entidades bancarias de diferentes países ha forzado el desarrollo de una tupida red de nodos que permitan que los fondos discurren con rapidez y seguridad, cualesquiera que sean los países de origen y destino. En el caso más sencillo, una transferencia internacional iría desde el banco emisor al receptor, pero este esquema bilateral sólo se da en zonas geográficas delimitadas y países con muchas relaciones financieras y comerciales.

Lo normal es que entre el origen y el destino se intercalen una o más entidades que mantienen, a la vez, relaciones con el resto de partícipes. Estos acuerdos que se suscriben entre las diferentes entidades se basan en los principios de confianza, de tal forma que los agentes, que se comunican normalmente a través de mensajes *SWIFT*, presuponen que la información que viaja con los fondos contiene todos los elementos necesarios y, además, que estos han sido debidamente confirmados por sus corresponsales.

La realidad demuestra que esto no es así en la totalidad de los casos, y entre los miles

de operaciones gestionadas se mezclan otras cuya transparencia no es tan evidente. Analizadas estas operaciones bajo los aspectos del blanqueo de capitales, las notas que caracterizan este canal son: 1) Ausencia de controles. El número de operaciones dificulta la posibilidad de implementar esos controles y otras medidas preventivas. 2) Las operaciones discurren con información escasa y contenida en una serie de códigos. Este formato agiliza, sin duda, el tratamiento informático y la automatización de procesos, pero elimina, casi por completo, aquellos datos que son requisito esencial para poder analizar adecuadamente los movimientos. 3) Como consecuencia de lo anterior, el sistema financiero de un país puede favorecer los movimientos de capitales entre otros territorios, aportando unos estándares de control y calidad que son ficticios, ya que no interviene en esas variables y, además, y como efecto perverso, evita que los destinatarios conozcan la secuencia completa del proceso de transferencia.

6. Proceso de blanqueo por gestión de transferencias

Los circuitos de transferencias no bancarios han sido, tradicionalmente, un buen instrumento para blanquear fondos mediante el envío, atomizado, de grandes cantidades de dinero generadas en un territorio lejano. Las acciones judiciales desarrolladas en muchos países, especialmente en Europa y los Estados Unidos de América, han puesto en evidencia la debilidad de este canal y la facilidad que ofrece para ser penetrado por la delincuencia organizada.

Las sociedades gestoras de transferencias, al contrario de lo que ocurre con las entidades financieras, suelen actuar a través de agentes que adquieren unos elevados niveles de autonomía en cuanto a la capacidad de adulterar la información que transmiten a su casa matriz. Se pone de manifiesto la dificultad para detectar las operaciones más sofisticadas. Por esa razón, el sector de envío de fondos a través de circuitos no bancarios es, siempre, uno de los canales especialmente sensibles al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo.

El problema se agrava cuando se analizan aquellos sistemas alternativos de

transferencias, para los que no existe una posibilidad de regulación y que se definen, sobre todo, por los aspectos culturales, raciales o sociales de las personas que los utilizan, o de los países de destino de los fondos. Las sociedades gestoras de transferencias, como canal de envío de fondos y en su relación con el blanqueo de capitales, se caracterizan por las siguientes notas configuradoras: 1) Una amplia red de establecimientos en los que se desarrollan, de forma simultánea, otras actividades no financieras. Mayoritariamente, los establecimientos coinciden, en su actividad, con los conocidos locutorios, en los que se confunden la prestación de servicios de comunicaciones y de envío de fondos. 2) La gerencia o propiedad de esos establecimientos suele depender de personas de la misma nacionalidad que sus clientes. 3) Los fondos discurren por canales bancarios en los que son frecuentes las grandes cuentas compensadoras que agrupan las remesas y no permiten identificar, con claridad, los lugares de origen y destino. Esta característica favorece los sistemas de compensación, ya descritos en un apartado anterior. 4) La propia dinámica de negocio y el sector de personas que utiliza estos servicios facilita que los grupos criminales puedan adquirir el control de los remitentes y beneficiarios de algunas operaciones, que se confunden con las remesas de emigrantes que constituyen la esencia y justificación de la existencia de este tipo de establecimientos.

7. Proceso de blanqueo por dinero electrónico

El desarrollo de sistemas de pago alternativos al dinero y otros medios tradicionales ha generalizado la utilización de nuevos formatos en los que el dinero físico (o materializado en otros instrumentos bancarios) ha cedido terreno en favor de otros sistemas basados en medios electrónicos. Las tarjetas de pago (crédito y débito) y otros medios más modernos se basan en formatos electrónicos que incorporan derechos de crédito contra saldos depositados en entidades financieras (bancos y otros operadores) y que permiten disponer, en el acto, del dinero depositado o custodiado en territorios muy lejanos. Las notas que caracterizan este canal y las posibilidades que ofrece para alojar operaciones de blanqueo de capitales son sustancialmente las siguientes: 1) Modifica radicalmente los sistemas tradicionales de gestión, manipulación y envío de fondos. 2) Utiliza los desarrollos tecnológicos, que son incorporados de forma inmediata y eficaz en el diseño de las nuevas

posibilidades de negocio. 3) Existe una dispersión de las competencias de regulación, al ser una normativa de marcado carácter administrativo con muchos organismos tangencialmente competentes. 4) Dificultades para el control de las operaciones, ya que los sistemas tecnológicos no son idóneos para incorporar filtros o controles de carácter subjetivo. 5) Existe una continua rivalidad entre los planteamientos dirigidos a la prevención contra comportamientos criminales (fraude y blanqueo de capitales) y los relacionados con el desarrollo del negocio.

Directamente relacionado con este canal se ha desarrollado una subcategoría en la que se incluyen los nuevos sistemas que ofrecen pasarelas de pago dirigidas a favorecer que cualquier persona, sin necesidad de ser titular de un punto de facturación para ventas con tarjeta (TPV), pueda admitir este instrumento como medio de pago. Se trata, en definitiva, de permitir que cualquier oferente de bienes o servicios pueda facturar con cargo a tarjetas y a través de Internet. Este sistema se ha acreditado, en varias ocasiones, idóneo para operaciones de blanqueo de capitales procedentes de la comisión de delitos de diversa naturaleza, especialmente la venta de sustancias o contenidos prohibidos (medicamentos, armas, pornografía infantil etc.), ya que ofrece, entre otras, las siguientes ventajas: 1) Se puede ceder la posibilidad de conexión, de forma que se establecen cadenas en las que los sujetos integrantes no conocen la composición completa ni el número de personas y países implicados. 2) El agente que factura los cobros ignora la naturaleza de la mercancía o contenido vendido. 3) La secuencia de movimientos bancarios implicados en las diferentes compensaciones incrementa el número de países y entidades financieras involucrados, lo que acrecienta la complejidad de la reconstrucción de las cadenas.

8. Proceso de blanqueo por nacionales de países asiáticos

El desarrollo de determinadas economías asiáticas ha motivado la aparición de dos fenómenos coexistentes, cuya relación causal es evidente y en muchos casos justifica la razón de las operaciones financieras. Simultáneamente al incremento de la población inmigrante, con origen en esos países, se ha producido una enorme penetración en determinados sectores comerciales, fundamentalmente la restauración y la distribución de

mercancías de bajo precio.

A la vez, han asumido unas cuotas muy altas en la producción mundial de determinados productos que son consumidos en la mayoría de las economías desarrolladas. Este fenómeno hace que la población inmigrante, a partir de su trabajo y de los establecimientos y empresas que regenta, sea generadora de dinero en efectivo; y, simultáneamente, destino de transferencias con las que se satisfacen las exportaciones que desde allí se hacen a todo el mundo.

Se ha desarrollado una operativa cuya principal característica es la existencia de cuentas bancarias tituladas por personas de estas nacionalidades, el ingreso de fondos en forma de efectivo y la disposición mediante transferencias con destino a bancos ubicados en esos países, o en efectivo y billetes de 500 euros. Esta operativa encuentra su justificación, en la práctica totalidad de las operaciones, en la propia dinámica comercial, desarrollada bajo un esquema en el que la producción de los artículos se realiza en esos países, la importación se hace por ciudadanos de esas nacionalidades que, además, se encargan de la distribución hasta los establecimientos de venta al público, también regentados y explotados por personas de su misma nacionalidad.

Aquellas operaciones que no se justifican en el desarrollo del lícito comercio dan cobertura a actuaciones de blanqueo de capitales de origen ilícito, que son exportados a terceros países, aprovechando las enormes cantidades de fondos implicados en los pagos internacionales, o incorporándose a un sistema de compensación de la forma descrita en uno de los puntos anteriores.

9. Proceso de blanqueo por nacionales de antiguas repúblicas soviéticas

La desaparición de la Unión Soviética y la apertura de sus esquemas económicos y sociales han puesto de manifiesto la existencia de unas estructuras criminales específicas de aquellas regiones, con actividades en sectores que gestionan de forma exclusiva y bajo unos formatos que no encuentran similitudes en ningún otro esquema delincencial.

Se trata de grandes estructuras, muy jerarquizadas y sometidas a la voluntad de sus dirigentes, que las gestionan de forma directa desde países alejados de los lugares de comisión de los delitos. Estas organizaciones, con actividades criminales en todos los sectores (prostitución, tráfico ilícito, extorsión, delitos violentos, etc.), cuentan con unos complejos sistemas de blanqueo de capitales, que utilizan estructuras mercantiles y bancarias de todo el mundo, en las que es difícil identificar el punto en el que se inicia el camino de los fondos con origen ilegal.

Las operaciones se caracterizan por los movimientos internacionales de fondos, cuya aplicación principal es la inversión en bienes inmuebles de muy elevado valor, principalmente en zonas turísticas en las que residen los dirigentes de las organizaciones, y en las que existen complejos cuya finalidad es alojar a los miembros de la organización durante períodos de distinta duración.

En torno de estas inversiones se desarrolla una multitud de empresas auxiliares, cuyo objeto es el suministro de bienes de consumo y la prestación de servicios de mantenimiento, al frente de las cuales también se sitúan personas de la misma nacionalidad e integradas en las mismas organizaciones.

10. Proceso de blanqueo por nacionales de países del norte de África

La relación comercial de los países del norte de África con España se ha desarrollado desde hace muchos años, principalmente a consecuencia del desarrollo del sistema bancario español y su pertenencia a la Unión Europea. Estas circunstancias, unidas al hecho de la proximidad geográfica, han propiciado que determinadas ciudades españolas fueran elegidas como sede de las oficinas bancarias de muchas empresas marroquíes y argelinas.

De forma paralela, esta proximidad ha favorecido la utilización del sistema financiero español para la introducción de fondos de origen ilícito que se generaban como consecuencia del tráfico de drogas y de personas con origen en esos países, pero que se

justificaban bajo supuestas actividades comerciales.

Las operaciones policiales y judiciales desarrolladas en el pasado, centradas en estas operativas, acreditaron su vulnerabilidad para alojar fondos procedentes del tráfico y evidenciaron la necesidad de establecer controles administrativos y bancarios para proteger el sistema.

Actualmente se ha producido un desplazamiento de la actividad hacia otros territorios y protagonistas, que pretenden blanquear fondos introduciendo grandes cantidades de efectivo, generalmente en billetes de alta denominación, a través de las Islas Canarias, justificando, de nuevo, el origen de estos en supuestas actividades cambistas o comerciales, desarrolladas en territorio africano.

La probabilidad de que estos fondos tengan su origen en el tráfico ilegal se acredita con los resultados de las actuaciones judiciales y policiales, demostrativas de la existencia de nuevas rutas de introducción de drogas en Europa, que señalan los países de África septentrional y occidental como las plataformas de descarga y custodia de la droga procedente de Sudamérica, antes de su llegada final a Europa.

11. Proceso de blanqueo por consultores y asesores

En puntos anteriores se ha destacado la importancia que en determinados esquemas de blanqueo de capitales tiene la inversión en bienes inmuebles, especialmente por parte de personas de nacionalidad extranjera. La complejidad legislativa y la importancia de las inversiones han generado la aparición de determinados profesionales cuya función es prestar asesoramiento jurídico y financiero.

Se trata de una actividad lícita que ha encontrado un espacio en el que convergen oferta y demanda de servicios. Pero a menudo se asiste a prácticas en las que los asesores ofrecen servicios que van más allá del consejo legal o financiero, utilizando sus propias estructuras para titular los bienes o recibir los fondos utilizados en su adquisición, de forma

tal que, bajo un presupuesto de desconocimiento del origen de los fondos implicados en la compraventa, el asesor consultor podría estar siendo sujeto activo de operaciones de blanqueo de fondos, ya que es él quien los integra en el sistema, soportando los controles que el resto de los intervinientes realicen y asumiendo la posición de garante en el ámbito del conocimiento.

Se trata de una práctica de elevado riesgo, ya que esas actividades suelen ser ejercidas por profesionales del derecho o las finanzas, sobradamente conocidos en las ciudades en las que operan, y sobre los que los controles preventivos son difíciles, teniendo en cuenta el extraordinario número de operaciones que realizan y los importantes volúmenes de fondos que gestionan.

12. Proceso de blanqueo por personas expuestas políticamente (PEP)

Se trata de una clasificación específica en tanto que lo característico no es el tipo de operación que se realiza, ni siquiera el sector de actividad o de negocio en el que se integran los fondos, sino la condición política que tiene el propietario de estos. Cada vez con más fuerza surge la necesidad de reforzar los controles de las operaciones en las que se implican estas personas, sus familiares directos y las personas relacionadas, al ser especialmente sensibles al blanqueo de capitales procedentes de delitos relacionados con la corrupción.

V. El fenómeno de la “asociación criminal de organizaciones” y la responsabilidad penal

En el ámbito del Derecho penal, diversamente de cómo se reconoce en el sistema de responsabilización del Derecho laboral, las posibilidades de actuación de los “grupos de empresas” carecen de una relevancia normativa¹⁷², de ser valoradas para fines de incidencia del comando represivo en los supuestos en que el “grupo empresarial” proceda a la práctica del tráfico de personas, lo que implica que, además de las personas físicas y jurídicas, también las “comunidades de bienes” que estuvieron involucradas en el ilícito penal sean también responsabilizadas.

En España incluso existen muchas dudas, en el ámbito civil y mercantil, respecto a la extensión de la responsabilización de la comunidad de bienes que, como forma de cotitularidad (art. 399 del Cc), no constituye un sujeto de derecho distinto de los comuneros dotados de personalidad jurídica y, por tanto, en principio, no podría quedar sometida a concurso de acreedores.

La ausencia de personalidad jurídica de la comunidad de bienes desprenderse expresamente del art. 1.660 del Código civil. Serán, por tanto, los comuneros los que deberán responder de las deudas de la comunidad (art. 395 del Cc) sobre la base del principio de división “pro cuota” (art. 393 del Cc), salvo que hayan renunciado a su cuota al tratarse de obligaciones *propter rem* (arts. 395 y 1.695, n. 3 del Cc).

Sin embargo, esta premisa de ausencia de personalidad jurídica de las comunidades

¹⁷² Sobre la responsabilización del grupo empresarial en el ámbito del Derecho laboral, ver Rodrigo GARCÍA SCHWARZ, in *Direito do trabalho*, 1ª edic., Campinas: Elsevier, 2007, pág. 50); Joana COSTEIRA, in *Os efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho: a tutela dos créditos laborais*, 1ª edic., Coimbra: Almedina, 2013; Evaristo DE MORAES FILHO, *Estudos de Direito do trabalho: doutrina, legislação e jurisprudência*, 1ª edic., San Paulo: LTr, 1971; Octávio BUENO MAGANO, *Manual de Direito do trabalho*, 1ª edic., San Paulo: LTr, 1980); André BATEZINI, Felipe CITTOLIN ABAL y Otros, in *Direito do trabalho: Estudos de temas atuais*, 1ª edic., Passo Fundo: Universidad de Passo Fundo, 2014; y Fábio GOULART VILLELA, *Manual de direito do trabalho*, 1ª edic., Campinas: Elsevier, 2010.

de bienes “puras” suscita el planteamiento si debería ser diferente de lo que ha venido a denominarse “comunidad empresa”, “comunidad societaria” o “comunidad funcional”, términos con los que se quiere designar aquellos supuestos en los que las comunidades de bienes se constituyen para la explotación de una empresa mercantil.

En el ámbito tributario la comunidad-empresa puede ser sujeto pasivo a efectos tributarios cuando la legislación así lo prevea (art. 35.4 de la Ley General Tributaria), equiparándose la comunidad-empresa a las sociedades a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de operaciones societarias (art. 22 de la Ley y art. 60 de su Reglamento). También en el ámbito laboral la comunidad-empresa ha obtenido carta de naturaleza de empresario (art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores) siéndole atribuidas obligaciones de la empresa en relación con la Seguridad Social tales como altas, afiliaciones y sujeto responsable de las cuotas obreras.

Por ello se reconoce la posibilidad de comunidades de bienes de practicar negocios jurídicos, paralelamente se debería admitir la responsabilización por las infracciones que ellas puedan cometer durante la actuación en cuanto ente desprovisto de personalidad jurídica propia. Así pues, cabe entender que, desde el punto de vista legal, un “grupo de empresas” o una “asociación criminal de organizaciones”, integrados por personas físicas y jurídicas, puedan constituir una comunidad de bienes.

Sin embargo, el legislador no ha abierto un camino que lleva a reconocer a la “asociación de organizaciones” personalidad a efectos penales, como se tratara de una sola empresa, en los casos en que concurren determinadas circunstancias que acrediten la existencia de una unidad real. Para la imposición de responsabilidad penal, la garantía material de certeza derivada del principio de legalidad impone la necesidad de una ulterior actividad legislativa, en el sentido de responsabilizar la asociación de organizaciones en cuanto unidad real, ello porque desde ya está prohibida la posibilidad de la interpretación extensiva y el uso de la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que en ellas misma determinan¹⁷³.

¹⁷³ En ese sentido, ver GÓMEZ TOMILLO, Manuel y Otros, *Comentarios al Código penal*, 1ª edic.,

No obstante, en las sociedades de economía global impera una nueva lógica organizacional que, a partir de la generación de conocimiento, procesamiento y transmisión de información, conlleva la “elasticidad” de las unidades de producción, la “interconexión” entre las mismas y los continuos contactos y conexiones entre empresas, organismos, administradores etc.¹⁷⁴, en la forma de alianzas estratégicas horizontales que, en el mundo de la delincuencia organizada, no pueden ser menospreciadas por el legislador.

La asociación criminal de organizaciones surge en ese amplio espectro de la posmodernidad¹⁷⁵. Ella tiene parecida capacidad de interiorización e implementación de los avances científicos y técnicos, con la añadida habilidad de utilizar las nuevas tecnologías de la información con eficacia para mantenerse incluida en una red de interconexiones.

La nueva “comunidad de bienes”, una vez personificada en el plan jurídico-represivo, servirá a la responsabilización de grupos de empresas, corporaciones, conglomerados, y a toda forma de colectivos articulados en grupos, y bloques de poder predominantes a escala nacional o multinacional¹⁷⁶, que se dedican a la delincuencia organizada.

Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 57-58.

¹⁷⁴ Cfr. SOLÉ, Carlota y SMITH, Adam, *Modernidad y modernización*, 1ª edic., Barcelona: Anthropos Editorial, 1998, págs. 263-264. Véase ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, *La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, Madrid: CPC n. 39, 1989, y el mismo autor, *El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.

¹⁷⁵ El término posmodernidad o postmodernidad fue utilizado para designar generalmente a un amplio número de movimientos artísticos, culturales, literarios y filosóficos del siglo XX, que se extienden hasta hoy, definidos en diverso grado y manera por su oposición o superación de las tendencias de la Edad Moderna. En sociología en cambio, los términos postmoderno y postmodernización se refieren al proceso cultural observado en muchos países en las últimas dos décadas, identificado a principios de los 70. Esta otra acepción de la palabra se explica bajo el término posmaterialismo (Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad y tercer milenio*, Madrid: Persona y derecho, 2000 págs. 15-32). Véase también LIPOVETISKY, Gilles y SEBASTIEN, Charles, *Los tiempos modernos*, Barcelona: Anagrama, 2006, pág. 56; y KIRBY, Alan, *Digimodernism: How new technologies dismantle the postmodern and reconfigure our culture*, Londres: Continuum International Publishing Group, 2009.

¹⁷⁶ Para una mejor visión sobre las formas de organización de grupos empresariales, ver: IANNI, Octávio, *Enigmas de la modernidad-mundo*, 1ª edic., Ciudad de México, Siglo Veintiuno Editores, págs. 130 y ss. Véase también AZUELA GÜITRÓN, Mariano, *Derecho, Sociedad y Estado*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1991, pág. 179; CÁRDENAS, Julián, *El poder económico mundial:*

Análisis de redes de interlocking directorates y variedades de capitalismo, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2014, pág. 159; SCHVARZER, Jorge, *Estructura y comportamiento de las grandes corporaciones argentinas*, Buenos Aires: Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración, 1990, pág. 46); RAMÍREZ, Hernán, *Corporaciones en el poder*, 1ª edic., Buenos Aires: Lenguaje Claro Editora, 2007, pág. 67); SANTA MARIA, Alberto, *Diritto commerciale europeo*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2008, pág. 550; AULETTA, Giuseppe y SALANITRO, Niccolò, *Diritto commerciale*, 18ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010, pág. 749; MORETTI, Alessandro, *Compendio di diritto commerciale*, 5ª edic., Roma: CELT, 2014, pág. 30 y ss.; DI AMATO, Astolfo, *Diritto penale dell'impresa*, 7ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2011, pág. 20 y ss.; y MUNARI, Alessandro, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, 1ª edic., Roma: Giappichelli, 2014, pág. 17 y ss.

CAPÍTULO IV

EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. La evolución del Derecho internacional en materia de tráfico ilegal de personas

Desde la perspectiva del Derecho interno, persiste la idea de que el Derecho se encuentra vinculado a la posibilidad de imponer mandatos o prohibiciones por la vía de la fuerza. El Derecho aparece así caracterizado por el elemento de la fuerza y de la sanción en caso del incumplimiento de un deber. En el ámbito nacional los instrumentos del derecho positivo, la ejecución administrativa, la ejecución judicial y las sanciones del Derecho penal aseguran el cumplimiento de la ley dentro de una comunidad constituida en forma de Estado.

El cumplimiento del Derecho internacional no se puede asegurar con la misma efectividad. No existe una jurisdicción general y vinculante, que conozca de las controversias en materia de Derecho internacional, ni una instancia central que legisle mundialmente ni se dispone de una fuerza de policía permanente que imponga efectiva y homogéneamente los principios del Derecho internacional.

Con estos déficit en la aplicación del Derecho internacional, quienes le niegan al Derecho internacional el carácter de un verdadero ordenamiento legal, especialmente en el último siglo, argumentan que la comunidad de Estados encontró formas modestas de cooperación institucionalizada en el ámbito global o regional, y que el ámbito de acción de los Estados en época de paz o de guerra, se encuentra limitado en forma similar por unas pocas reglas. En la falta de una autoridad superior para la aplicación del Derecho interestatal y en la debilidad de las sanciones del Derecho internacional se ha apoyado de manera especial la escuela positivista. De acuerdo con ésta, el Derecho internacional puede reclamar sólo una obligatoriedad moral.

Las controversias acerca del carácter legal del Derecho internacional son, sin embargo, desde hace algún tiempo, cosa del pasado. Esto es valido especialmente para el

indiscutible poder de direccionamiento y la legitimización de las reglas del Derecho internacional, que en el último siglo se hizo más evidente. Ciertamente, el mundo actual se caracteriza, por regla general, por el alto grado de acatamiento de las obligaciones de Derecho internacional, a pesar de que para algunos politólogos y medios, el caso patológico de un incumplimiento de las obligaciones del Derecho internacional pasa a un primer plano cuando se trata de justificar la dominación de las relaciones de poder y la oportunidad política.

La apelación a la soberanía de los Estados como el bastión de la libertad de acción goza de gran popularidad aún hoy en día, frente a las restricciones experimentadas. Pero ningún Estado deriva de su propia soberanía la libertad para incumplir los tratados u otras reglas de Derecho internacional. Por el contrario, la soberanía se entiende como un estatus que se caracteriza por el cumplimiento de las reglas del Derecho internacional, que se origina en la vinculación de un Estado a la comunidad internacional¹⁷⁷.

En este contexto parece claro que la función del Derecho internacional, respecto a la sociedad internacional, no se circunscribe a la sola atribución, reparto, o coordinación de competencia entre Estados soberanos para ordenar así el ajuste de los distintos intereses nacionales, sino que la función del Derecho internacional contemporáneo se orienta, como criterio general de ordenación, a alcanzar un compromiso relativamente estable entre los intereses generales de la comunidad internacional y los intereses particulares de los Estados.

Es ésta una descripción meramente formal de la función del Derecho internacional que no dice nada sobre el contenido –económico, político, militar, ideológico etc.– de los intereses en juego, ni sobre la finalidad del compromiso alcanzado; ello, no obstante esta

¹⁷⁷ Cfr. HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, 1ª ed., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 10. La soberanía, finalmente, es un estatus, la vinculación de la existencia del Estado como miembro del sistema internacional. En la actualidad, la única forma en que muchos Estados pueden realizar y expresar su soberanía es a través de la participación en los diferentes regímenes que regulan y ordenan el sistema internacional. El aislamiento del dominante y rico contexto significa que el potencial del Estado para el crecimiento económico y la influencia política no se podrá realizar. La conexión con el resto del mundo y la habilidad política para ser un actor dentro de éste, son más importantes que cualquier beneficio tangible para explicar el acatamiento del acuerdo normativo internacional.

descripción formal, nos sirve para poner de manifiesto la tensión existente, en la noción mismo de la función del Derecho internacional, entre el mantenimiento de los compromisos alcanzados y la adecuación a los cambios y nuevas realidades de la sociedad internacional.

Con distintos matices y desde esta perspectiva formal, un amplio sector de la doctrina iusinternacionalista coincide en atribuir al Derecho internacional la doble función de propiciar la estabilidad e integrar los cambios de orden establecido en la sociedad internacional; así como en ordenar las funciones específicas del Derecho internacional en torno del binomio coexistencia-cooperación.

En este último sentido, la función que el Derecho internacional cumple como ordenamiento jurídico de la comunidad internacional consistiría básicamente en asegurar la coexistencia entre los Estados, en tanto que sujetos soberanos del Derecho internacional, y regular las relaciones de coexistencia y cooperación que los mismo establecen para salvaguardar sus propios intereses o para la realización de intereses comunes.

Pero lo que se conserva o se renueva mediante el Derecho internacional, y las relaciones de coexistencia y cooperación entre sus sujetos, pueden tener significados muy diferentes en cada momento histórico de la evolución de la sociedad internacional. De aquí que la cuestión de fondo, respecto a la función del Derecho internacional contemporáneo, sea verificar cuál es en la actualidad el contenido material de dicha función; esto es, qué es lo que se conserva o renueva y en qué se coopera.

En contenido material de las funciones que el Derecho internacional ha de cumplir tiene correspondencia con la actual evolución de la sociedad internacional, y consiste en el establecimiento de las condiciones necesarias para el mantenimiento de la paz y la libre determinación de los pueblos; función cuya formalización jurídica al más alto nivel se expresa en diversos principios generales de Derecho internacional recogidos en la Carta de las Naciones Unidas¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Cfr. PÉREZ VERA, Elisa y CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, pág. 58-60.

Entre los logros más destacados de las Naciones Unidas figura el desarrollo de un sistema de Derecho internacional –convenios, tratados y normas¹⁷⁹– que es de capital importancia para promover el desarrollo económico y social, así como la paz y la seguridad internacionales. Muchos de los tratados auspiciados por las Naciones Unidas constituyen la base normativa que rige las relaciones entre las naciones. Aunque no siempre se le presta atención, la labor de las Naciones Unidas en esta esfera repercute en la vida cotidiana de la población de todo el mundo.

Las Naciones Unidas han desempeñado una labor jurídica innovadora en muchos ámbitos, la cual ha cobrado una dimensión de vanguardia al abordar los problemas en cuanto empiezan a despuntar en el horizonte internacional, al establecer el marco jurídico para proteger el medio ambiente, al regular el trabajo de los emigrantes, y al luchar contra el tráfico de estupefacientes y de personas, por mencionar unos cuantos ámbitos. Y siguen desempeñando esa labor mediante su contribución a la centralización del Derecho internacional que regula las relaciones de una amplia gama de cuestiones, como los Derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. A su vez, la Corte Internacional de Justicia ha impulsado el desarrollo del Derecho internacional con fundamentales sentencias y opiniones consultivas.

En efecto, la importancia cada vez más creciente del fenómeno del tráfico ilegal de personas, con la consiguiente preocupación que ello suscita, ha provocado la intervención en los últimos años de diversas organizaciones internacionales, además de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, OIM, OIT y OSCE, con el objetivo de proteger a nivel internacional los derechos humanos de las víctimas del tráfico de personas y su explotación,

¹⁷⁹ En Derecho español, la negociación de los tratados internacionales es competencia del Gobierno y su gestión en principio corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores. El hecho de que nuestro país ha dejado de ser unitario, procediéndose a atribuir a las Comunidades Autónomas (CCAA) el ejercicio de competencias, planteó el problema de si estas podrían decidir o al menos participar en la negociación de aquellos tratados internacionales que incidiesen en todo o en parte en materias de su competencia. El Tribunal Constitucional ha dejado claro que las relaciones internacionales es una competencia exclusiva del Estado, pero también ha interpretado que este ámbito competencial es muy amplio y que no toda actividad de proyección exterior tiene que ser necesariamente articulada con intervención del Estado; es decir, el ámbito competencial llamado en la Constitución Española (1978) “relaciones internacionales” tiene un núcleo duro del que el Estado es el único titular (STC de 26 de mayo de 1994).

así como por la necesidad de establecer unas mínimas bases comunes para la prevención y punición de estas conductas.

Esta necesidad de alcanzar puntos comunes a nivel internacional sobre la tipificación de los delitos de tráfico de personas se manifiesta en que el fenómeno del tráfico normalmente implica a varios países (países de origen, de tránsito y de destino), así como en la constatación de la intervención de organizaciones criminales transnacionales en la mayor parte de los casos. Por consiguiente, resulta casi imprescindible una armonización legislativa en el orden penal con el objetivo de alcanzar una mayor protección para las víctimas del tráfico de personas y hacer más efectiva la persecución y punición de los sujetos que intervienen en el mismo.

Se ha reiterado en numerosos instrumentos internacionales la necesidad de que los Estados que no lo han hecho todavía promulguen leyes nacionales y adopten medidas eficaces para prevenir y punir el tráfico ilegal de personas a nivel internacional, fomentando la cooperación internacional en la lucha contra estos fenómenos, que constituyen una violación de los derechos fundamentales; derechos que los Estado tienen la obligación de proteger¹⁸⁰. Y los Estados miembros de Naciones Unidas comparten una serie de objetivos básicos en materia de migración entre los que se incluyen los siguientes: 1) mejorar los efectos de la migración internacional en el desarrollo; 2) garantizar la protección de los derechos de los migrantes; 3) prevenir la explotación de los migrantes, especialmente los que se encuentran en situación vulnerable; y 4) combatir los delitos de tráfico ilegal de personas¹⁸¹.

El principal objetivo de los instrumentos internacionales es la potenciación del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos los migrantes, lo que lleva, entre otras medidas, a la obligación de los Estados de perseguir y sancionar el tráfico de personas y proteger a las víctimas de esta actividad ilícita, tomando con especial

¹⁸⁰ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 44-45.

¹⁸¹ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 56.

consideración el tráfico que ponga en peligro la vida de los migrantes o entrañe diversos tipos de servidumbre o explotación, como la servidumbre por deudas y la explotación sexual o laboral, y a que aumenten la cooperación internacional para combatir esos delitos¹⁸².

El tráfico ilegal de personas en sentido amplio, tal y como ha sido caracterizado desde la perspectiva sociológica y criminológica, viene provocando una profunda preocupación a escala mundial y una intensa actividad de los organismos internacionales y regionales. Dicha actividad ha quedado plasmada en múltiples instrumentos universales y regionales, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, que han sido recientemente adoptados por los organismos correspondientes¹⁸³.

Se observa incluso una “tendencia a la teorización general” de las normas de combate al tráfico ilegal de personas, y que puede ser verificada por la adopción de una “lógica tendencialmente unificadora”, consistente en ordenar y sistematizar los diversos preceptos legales, principios generales y conceptos abstractos, relacionándolos entre sí y construyendo un “sistema completo y unitario”, en la medida proporcional y creciente a los compromisos normativos internacionales y supranacionales de disciplina en materia penal¹⁸⁴.

La sistematización doctrinaria tendencialmente uniformizante, tal y como precisada por la doctrina, lleva consigo ventajas, como facilitar el estudio del material jurídico y permitir la existencia de una jurisprudencia racional objetiva e igualitaria, contribuyendo a la “seguridad jurídica”¹⁸⁵.

¹⁸² Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 120. También ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y Otros, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid: Ed. Colex, 2001, y el mismo autor en *Migraciones ilegales*, Madrid: Derecho Penal del Trabajo, Ed. Trota, 1997.

¹⁸³ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 91. Véase HERRERO HERRERO, César, *Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica*, Madrid: Actualidad Penal, 2003.

¹⁸⁴ Con todo, esa tendencia no está bien estructurada como la denominada Teoría general del delito o Teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho penal ha alcanzado las cotas más elevadas de abstracción estudio y desarrollo. Para una visión profundizada sobre esa materia, ver JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 1ª edic., Barcelona: 1981, pág. 57, y ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*. 1ª ed., Barcelona, 1992, pág. 35.

La existencia de elementos conceptuales altamente depurados permite también desempeñar los siguientes cometidos: 1) prever y calcular la concreta aplicación de las distintas normas penales, evitándose arbitrariedades o interpretaciones individuales no contrastadas; 2) profundizar en ámbitos que el legislador sólo ha contemplado de forma genérica o que incluso no ha previsto; 3) ofrecer al legislador penal las bases y criterios para realizar las necesarias reformas de la legislación penal; y 4) establecer una diferenciación en las funciones sociales de emitir e interpretar las normas, mediante la creación de principios destinados a la interpretación acerca del alcance y contenido de las normas, con vistas a la seguridad jurídica¹⁸⁶.

No obstante la tendencial teorización universal tenga un carácter civilizatorio, en cuanto establece condiciones necesarias a las realizaciones humanas, ello no es suficiente, porque lo hace efectivamente en la medida que el “sistema económico” consigue emplearlo, y el “poder político” dirigirlo, distribuyendo sus productos en la sociedad, por encima de discriminaciones (por ej., racial, social, política). En otras palabras, en atención a las “velocidades de evolución divergentes” entre los diversos países¹⁸⁷.

Por otra parte, se ha señalado la labor de armonizar las definiciones legales, los procedimientos y la cooperación a escala nacional y regional de conformidad con los

¹⁸⁵ La seguridad jurídica significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones para dicha tutela y goza de la confianza, en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado. Es una definición compleja porque distingue no sólo la seguridad como estado o situación objetiva y como proyección subjetiva en el ánimo de los destinatarios del sistema; también alude a la índole de lo asegurado (los bienes de la vida); a la forma en hay de asegurarlos y al medio más idóneo para el logro de tal fin. (Cfr. FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, 1ª edic., Oviedo: Universidad de Oviedo, 1991, pág. 267).

¹⁸⁶ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María, *Tipicidad e imputación objetiva*, 1ª edic., Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2010, pág. 23-24. Véase LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996; MARZAL FUENTES, Antonio (Coord.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona: Bosch, 1997; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

¹⁸⁷ Cfr. IGLESIAS, Fernando, *República de la tierra. Globalización: el fin las las modernidades nacionales*, 1ª edic., Buenos Aires: Ediciones Colihue S.R.L., 2000, pág. 263.

estándares internacionales¹⁸⁸. El tráfico ilegal de personas, por constituir una actividad que atenta gravemente a los derechos humanos, y ser un fenómeno que sobrepasa las fronteras estatales, ha recibido las primeras respuestas de mayor calado en el marco de las organizaciones supraestatales, y fundamentalmente ya en este milenio¹⁸⁹.

Dado que el fenómeno del tráfico de personas posee un carácter marcadamente internacional, que afecta a varios Estados y cuyo origen también se encuentra en problemáticas globales, se procederá a continuación a exponer cuáles son los principales instrumentos internacionales que se ocupan de la fenomenología criminal acabada de exponer. Ello nos servirá de marco de referencia para abordar un posterior análisis y valoración del derecho nacional¹⁹⁰.

El primer instrumento internacional que pretendió erradicar la esclavitud fue la Declaración Relativa a la Abolición Universal de la Trata de Esclavos, de 8 de febrero de 1815. Posteriormente, el término “trata de blancas” fue utilizado formalmente en la Conferencia de París de 1902, dirigida a la creación de un instrumento internacional para la persecución y supresión del tráfico de esclavas blancas y, aunque inicialmente la única finalidad del concepto fue distinguir estas conductas del comercio de esclavos negros desarrollado en el siglo XIX, pronto ha sido preso de manipulaciones por determinados grupos racistas que lo conectaron directamente con el tráfico de mujeres blancas, cuando lo cierto es que dichas prácticas incluían a todas las mujeres. La confusión en su uso provocó que la Conferencia Internacional de 1921 recomendara el abandono de su utilización por el

¹⁸⁸ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres ... op. cit.*, pág. 41. Además, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU, 1987; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Los nuevos delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, Madrid: La Ley, 2000.

¹⁸⁹ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres ... op. cit.*, pág. 36.

¹⁹⁰ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 43. Véase TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Madrid: Aranzadi, 2000; BLANCO LOZANO, Carlos, *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Perspectivas jurídico-incriminatorias ante el nuevo Código penal de 1995*, Madrid: CPC n. 61, 1997; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 6ª ed., Madrid, 1998.

de tráfico de mujeres y niñas, siendo esta denominación adoptada con posterioridad por la Liga de Naciones y Naciones Unidas en todos sus trabajos¹⁹¹.

También en la ocasión se adoptó el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de 30 de septiembre de 1921, para se promover la ratificación o adhesión a los convenios anteriores de aquellos Estados parte que no lo hubieran hecho. Bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones, el 25 de septiembre de 1926, se firmó en Ginebra la Convención sobre la Esclavitud, donde se ha definido los conceptos de esclavitud y de trata de esclavos, bien así se promulgó el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 11 de octubre de 1933.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y tras constituirse la Organización de las Naciones Unidas, se ha firmado la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que prosigue la lucha contra la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas¹⁹², y el Convenio para la Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la prostitución ajena, firmado en Nueva York, el 21 de marzo de 1950. El Convenio sobre la Represión de la Trata personas y la Explotación de la prostitución ajena ha sido de corte abolicionista, pretendiendo erradicar la prostitución mediante la sanción de prácticamente todas las conductas de terceros relacionadas con la misma; pero, en los últimos tiempos, los documentos internacionales han puesto de manifiesto la falta de ratificaciones de dicho Convenio, así como la falta de adecuación del mismo a la realidad actual, puesto que aparecen nuevas formas de explotación sexual no cubiertas por el Convenio citado¹⁹³. Por ello, en el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas realizase sólo una referencia genérica a la explotación sexual, sin limitarla al ejercicio de la prostitución¹⁹⁴.

¹⁹¹ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 33.

¹⁹² Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 94-95.

¹⁹³ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 50. Véase SCANLON, Geraldine, *La polémica feminista en la España contemporánea: 1868-1974*, Madrid, 1986; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera. Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

Los instrumentos internacionales han tratado de la cuestión de la prostitución, proponiendo la adopción de medidas internas que perseguían exclusivamente aspectos relacionados como el proxenetismo. Será con posterioridad, sobre los resultados de diversos estudios de la Sociedad de Naciones, cuando la campaña internacional contra la trata de personas se extenderá a dicha problemática, abarcando problemas que, inicialmente, correspondían de forma exclusiva a los Estados, lo que ocurrirá a partir de los años '90, con la eclosión de un problema que se había ido gestando durante décadas, cual es el de la inmigración ilegal¹⁹⁵.

Entonces, en 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas pasa a definir el tráfico de personas como: “Los movimientos ilícitos y clandestinos de personas por las fronteras nacionales, especialmente desde países en vías de desarrollo y algunos países con economías en transición, con la finalidad de impeler a mujeres y niños en situaciones de explotación sexual al objeto de la obtención de ganancias económicas por parte de reclutadores, traficantes y sindicatos del crimen, así como de otras actividades ilegales relacionadas con el tráfico, como trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, el empleo clandestino y la adopción falsa de niños”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 50. También GONZÁLEZ, Ignacio, *Política de extranjería*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2003; MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Comentario sistemático a la ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000)*, Granada: Comares, 2001; CAMPO CABAL, Juan Manuel, *Comentarios a la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid: Civitas, 2001; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Madrid: Laborium, 2000; ESPLUGUES MOTA, Carlos y DE LORENZO SEGRELLES, Manuel, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

¹⁹⁵ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, 2003, pág. 86. Véase CHARRO BAENA, Pilar y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, *La mal llamada ley de extranjería: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I y II)*. Madrid: La Ley, 2000; GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel (coord.), *Introducción al derecho del trabajo y de la seguridad social*, Madrid: Mc Graw Hill, 1999; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial*, Madrid: REDT n. 8, 1981; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Madrid: La Ley, 1996.

¹⁹⁶ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 49.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha ocupado también de la cuestión del tráfico ilegal de personas en el contexto del trabajo forzado, el trabajo infantil, de los migrantes y los trabajadores migrantes. En 1998, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento. En esta Declaración la OIT se fija en cuatro objetivos fundamentales, entre los que se encuentra la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, junto a la libertad de asociación y sindical, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo¹⁹⁷.

En junio de 1999, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. En él se considera que la trata y la explotación conexas, como la prostitución infantil, es una de las peores formas de trabajo infantil. Las cuestiones relacionadas con la trata se han incorporado en el Programa Internacional para la Abolición del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT, y se han adoptado muchas iniciativas nacionales y regionales de lucha contra la trata de niños en el marco de ese programa¹⁹⁸.

En la secuencia de los acontecimientos, ha tenido especial importancia la aprobación, en el marco de Naciones Unidas, de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, con un Protocolo anexo para la prevención, supresión y penalización de la Trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños, y

¹⁹⁷ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 98. Véase BLANCO CORDERO, Isidoro y SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición en la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, Madrid: Revista Penal n. 6, 2000; RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. y TORNOS, Andrés, *Derechos culturales y los derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid: Comillas, 2000; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001.

¹⁹⁸ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 70. Además, CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones sobre la libertad y la seguridad en el trabajo en los aspectos penal y constitucional*, Madrid: CPC n. 17, 1982; ROJO TORRECILLA, Eduardo (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y seguridad social*, Barcelona: Bosch, 1998; NARVÁEZ BERMEJO, Miguel, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997; NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

otro contra el Tráfico de migrantes por tierra, mar y aire (conocido por Protocolo de Palermo). Con esta Convención y los tres Protocolos se culmina un largo proceso de evolución del Derecho internacional en esta materia; se dan a conocer alguna de las causas de la insuficiencia de las acciones estatales de lucha contra estos fenómenos y se establece la necesidad de dotar una nueva base de cooperación internacional en esta materia¹⁹⁹.

La referida Convención contra la Delincuencia organizada transnacional refleja, por un lado, la relación existente entre la criminalidad organizada, definida en el art. 1º de la Convención, y los delitos de tráfico de personas, y, por otro lado, intenta adoptar una definición común de las tipologías delictivas con el objetivo de establecer criterios comunes de prevención y punición de esta clase de delitos²⁰⁰.

El Protocolo dedicado a la trata de seres humanos tiene como objetivos prevenir y combatir el fenómeno de la trata, prestando especial atención a las mujeres y los niños; además, de proteger y ayudar a las víctimas, poniendo en destaque sus derechos humanos, y promover la cooperación entre los Estados parte para lograr estos fines. Naciones Unidas entienden que la trata de seres humanos consiste en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos²⁰¹.

¹⁹⁹ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres ... op. cit.*, pág. 37. Véase RODRÍGUEZ MESA, María José y RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; DIEGO DIAZ-SANTOS, María del Rosario, y SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid: Colex, 2000.

²⁰⁰ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 46. Véase FOFFANI, Luigi, *Criminalidad organizada y criminalidad económica*, Madrid: Revista Penal n. 7, 2001; RODRÍGUEZ MESA, María José y RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

²⁰¹ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 46-47.

Por consiguiente, el delito de trata de seres humanos sobre víctimas adultas se caracteriza por la captación, el transporte o traslado, la acogida o la recepción de personas cuando éstas no consientan o padezcan una limitación del consentimiento siempre y cuando la realización de la conducta típica tenga como finalidad el someter a la víctima a una situación de explotación. En cambio, en el caso de los menores de edad, se deberá verificar también la finalidad de explotación, pero no tendrá relevancia el consentimiento prestado por ellos para el tráfico²⁰². Cabe señalarse también que para el delito de trata de seres humanos no es preciso, porque no se especifica en la norma, que la víctima cruce una frontera internacional, siendo punible, por consiguiente, cualquier tráfico en el interior de un mismo país siempre y cuando se afecte a la libertad decisoria de la víctima y esté presente la finalidad de explotación de la persona en el sujeto activo del delito²⁰³.

En cuanto a los medios comisivos que pueden determinar el delito de tráfico se caracterizan todos ellos por provocar una distorsión de la libertad de decisión de la víctima, impidiéndoles que puedan tomar decisiones sobre sus vidas, sobre su trabajo o migración. Entre estos medios para mermar la libertad destacase el abuso de una situación de vulnerabilidad, que según los trabajos preparatorios del Protocolo deberá entenderse como referida a “toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”²⁰⁴.

²⁰² Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 47. Además, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *Nuevo delito de tráfico ilegal de personas. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, y el mismo autor en *El concepto de trabajador en el Derecho penal español*, Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2004; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *El tráfico de personas con fines de explotación sexual. Jueces para la Democracia*, Madrid: Información y Debate n. 28, 2000; DIEGO DIAZ-SANTOS, María del Rosario y SÁNCHEZ GÓMEZ, Virginia, *Nuevas cuestiones penales*, Madrid: Colex, 1998.

²⁰³ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 47.

²⁰⁴ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 47-48. Véase GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal*, Madrid: ADPCP, 1981; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006; COSTA, Paula, *Tráfico de pessoas. Algumas considerações legais*, Lisboa: Working Papers n. 8, 2004.

Todos estos medios comisivos, que disminuyen o anulan la voluntad de la víctima de trata, deben ser probados, aunque ello pueda resultar extremadamente difícil, y no debe confundirse el consentimiento prestado por el sujeto en relación con la prostitución u otro tipo de explotación con el consentimiento para realizar el proyecto migratorio. Por consiguiente, la verificación del consentimiento a la explotación, que constituye la finalidad de la trata, no implica automáticamente que la persona traficada haya adoptado una decisión libre de migrar. Pese a que el texto definitivo del Protocolo exige la constatación de modalidades comisivas que consigan disminuir o anular la voluntad de la víctima respecto al tráfico, algunos organismos de las Naciones Unidas habían recomendado que el nuevo Protocolo de las Naciones Unidas no debía estar en contradicción con el Convenio para la Trata de personas y la Explotación de la prostitución ajena de 1950, de manera que la punición de la trata debía realizarse con independencia del consentimiento de la víctima²⁰⁵.

II. La importancia de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, también conocida como Convención de Palermo, es el principal instrumento mundial para combatir la delincuencia organizada transnacional. Fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 15 de noviembre de 2000, cuando fue puesto a disposición de los Estados miembros a la firma, entrando en vigor el 29 de septiembre de 2003.

La Convención se complementa con tres protocolos que inciden en áreas específicas de la delincuencia organizada: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Se observa que los países deben ratificar la Convención antes de unirse a cualquiera de los Protocolos.

²⁰⁵ Cfr. GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas ... op. cit.*, págs. 48-49.

La Convención representa un paso importante en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y significa el reconocimiento por los Estados miembros de la gravedad del problema y de la necesidad de promover y mejorar una estrecha cooperación internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional.

Los Estados parte que han ratificado este instrumento se comprometen a adoptar una serie de medidas contra la delincuencia organizada transnacional, incluyendo la tipificación penal, en su legislación nacional, de actos como la participación en grupos delictivos organizados, lavado de dinero, corrupción y obstrucción de la justicia. El acuerdo también establece que los gobiernos adopten medidas para facilitar la extradición, la asistencia judicial recíproca y la cooperación policial. Además, deben promoverse actividades de formación y perfeccionamiento de la policía y de funcionarios públicos para fortalecer la capacidad de las autoridades nacionales para dar una respuesta eficaz a la delincuencia organizada.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños –aprobado por Resolución nº 55/25 de la Asamblea General de la ONU–, entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Este es el primer instrumento global jurídicamente vinculante con una definición acordada sobre la trata de personas. Esta definición facilita la convergencia de enfoques sobre la definición de delitos en la legislación nacional, para que puedan alentar una cooperación internacional eficaz en la investigación y el enjuiciamiento en los casos de trata de personas. Un objetivo adicional del Protocolo es proteger y asistir a las víctimas de la trata, respetando plenamente los derechos humanos.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire fue aprobado por Resolución nº. 55/25 de la Asamblea General y entró en vigor el 28 de enero de 2004. El Protocolo aborda el problema cada vez mayor de grupos delictivos organizados para el tráfico ilícito de migrantes, una actividad que a menudo representa un alto riesgo para los migrantes y grandes beneficios para los delincuentes. El gran logro del protocolo fue que por primera vez un instrumento internacional amplio llegó a una definición consensuada de

tráfico ilícito de migrantes. El Protocolo tiene por objeto prevenir y combatir este delito y promover la cooperación entre los países signatarios, la protección de los derechos de los migrantes y la prevención de la explotación de estas personas.

El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones fue aprobado por la Resolución n. 55/255 de la Asamblea General, el 31 de mayo de 2001, y entró en vigor el 3 de julio 2005. El protocolo fue el primer instrumento jurídicamente vinculante sobre armas pequeñas adoptadas a nivel global y tiene por objeto promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Partes a fines de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Al ratificar el Protocolo, los Estados se comprometen a adoptar una serie de medidas para controlar el delito y aplicar en sus marcos jurídicos tres conjuntos de normas y reglamentos. El primero se refiere a la tipificación de delitos penales relacionados con la fabricación ilegal y el tráfico de armas de fuego, con base en los requisitos y definiciones establecidas por el Protocolo. El segundo se refiere a un sistema de permisos y licencias de los gobiernos para asegurar la fabricación legítima de armas de fuego, diferenciados del tráfico. El tercero se refiere a la identificación y rastreo de armas de fuego.

En efecto, la Convención contra la delincuencia organizada establece medidas generales contra la “delincuencia organizada transnacional”²⁰⁶. La Convención contra la delincuencia organizada y el Protocolo contra la trata de personas establecen así un conjunto de “normas mínimas”, en cuanto expresión del marco para la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada en general y el tráfico ilegal de personas en particular, porque imponen a los Estados parte la aceptación de ese nivel mínimo de

²⁰⁶ También son pertinentes una serie de normas internacionales vinculantes y no vinculantes en materia de tráfico de personas, entre ellas las siguientes: la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2002); la Resolución n. 57/176 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2002, titulada “Trata de Mujeres y Niñas”.

protección, aunque, y a lo mejor, puedan adoptar al interno medidas aún más estrictas²⁰⁷.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional define con todas sus características qué se debe entender por delincuencia organizada y toca prácticamente todos los temas que preocupan en ese terreno: el blanqueo de dinero, los fenómenos de corrupción, la responsabilidad de las personas jurídicas, la incautación de los bienes fruto del delito y la asistencia judicial internacional.

El art. 2º de la Convención entiende, a los efectos de la misma, como “grupo delictivo organizado” a un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y complementariamente entiende como un “delito grave” la conducta que constituya un delito punible de privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave; y por “grupo estructurado” el no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

A su vez, la Convención, en su art. 1º, concreta el propósito de la promoción de la cooperación para prevenir y combatir el crimen organizado transnacional más eficazmente. Para lograrlo, se intenta asegurar que el mayor número de Estados adopte un conjunto de medidas mínimas y básicas contra el crimen organizado en aquellos territorios en los que éste pueda ocultarse, o mantener al margen de cualquier actuación penal tanto la organización como las evidencias de sus ilícitos negocios y ganancias. Medidas éstas que, en todo caso, deben ir acompañadas de las correspondientes normas internas²⁰⁸.

²⁰⁷ Por ejemplo, el delito de la trata de personas puede definirse en el derecho interno de manera que abarque todas las formas de conducta enumeradas en la definición que figura en el apartado a) del art. 3º del correspondiente Protocolo, pero puede también abarcar otras actividades si lo legisladores así lo desean.

²⁰⁸ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 125. Véase

También la Convención establece normas para combatir áreas de criminalidad que normalmente sirven de apoyo a actividades propias del crimen organizado, y obliga a los Estados crear cuatro nuevas figuras delictivas, a menos que éstas ya existan en sus correspondientes normas internas: 1) la participación en grupos delictivos organizados –la participación en las actividades de un grupo delictivo organizado se realiza organizando, dirigiendo, ayudando, incitando, facilitando o asistiendo en la realización de delitos que involucran grupos delictivos organizados– (art. 5º); 2) el lavado de dinero –el lavado de dinero incluye cualquier forma de receptar los beneficios de cualquier actividad ilícita, así como cualquier forma de traslado o conversión de las propiedades con el propósito de ocultar su verdadero origen, y también la posesión de los mismos con conocimiento de su origen ilícito– (art. 6º); 3) la corrupción para favorecer el crimen organizado transnacional –lo que incluye ofrecimientos, entregas, solicitud, aceptación de o cualquier forma de soborno, ventaja indebida, cuando el destinatario es cargo público y el propósito del soborno se relaciona con su función– (art. 8º); 4) la obstrucción a la justicia –cualquier forma de obstrucción a la justicia, incluso el uso de la corrupción como el soborno, o de cualquier medio coercitivo a ejemplo de la fuerza física, amenazas o intimidación para influir en el testimonio, o en la aplicación de la ley– (art. 23).

La configuración que da la Convención a estos crímenes como *serious crimes* significa que la pena a imponer por los Estados deberá prescribir una duración mínima de cuatro años, y alcanzará a las conductas que la propia Convención define como básicas, no así a otras, consideradas de menor gravedad en los Protocolos.

La determinación sobre el significado de “carácter transnacional” se realiza en el párrafo 2º del art. 2º, que incluye aquellas ofensas que comprometen a más de un Estado y aquellas que, realizadas en un único Estado, se preparan, planean, dirigen, controlan o tienen efectos sustanciales en otros Estados, o si se realizan por un grupo delictivo

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ARNATE BORRALLA, Enrique (Coords.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Universidad de Huelva, 1999; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

organizado que actúa en más de un Estado.

Igualmente se incluye en el art. 2º la definición de “grupo delictivo organizado”, en el sentido de grupo de “tres o más miembros” que realizan acciones “en concierto”; es decir, juntos o coordinados de alguna manera, con el propósito de cometer los delitos mencionados y obtener un beneficio económico o de otra naturaleza. El grupo debe tener algún tipo de organización interior o estructura, y debe existir con carácter previo, o mantenerse un tiempo tras la comisión de la conducta prohibida: una cierta estabilidad, sin necesidad de que sea un grupo permanente²⁰⁹.

Además, en la Convención, se incluyen diversas reglas procesales y lineamientos para que los Estados Parte procuren dar coherencia a su derecho interno con lo dispuesto en el instrumento internacional, lo cual se observa en los arts. 11 al 22, 24, 25 y 26, de los que sólo se resaltarán algunas disposiciones de particular interés. Se refieren, respectivamente, a los siguientes rubros: proceso, fallo y sanciones; decomiso e incautación; cooperación internacional para fines de decomiso; disposición del producto del delito o de los bienes decomisados; jurisdicción; extradición; traslado de personas condenadas a cumplir una pena; asistencia judicial recíproca; investigaciones conjuntas; técnicas especiales de investigación; remisión de actuaciones penales; establecimiento de antecedentes penales; protección de los testigos; asistencia y protección a las víctimas; y, medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

El art. 11 indica que se debe penalizar los delitos tipificados de conformidad con la Convención; que se debe velar porque las autoridades ejerzan “cualesquiera facultades legales discrecionales” para enjuiciar a las personas y lograr eficacia en el cumplimiento de la ley. Asimismo, de conformidad con el derecho interno y considerando el derecho de

²⁰⁹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María y Otros (Eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002; PALOMO DEL ARCO, Andrés, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal. La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: CGPJ, 2001; RUIZ CASTILLO, María del Mar., *Marco legal de la inmigración en la Unión Europea*, Madrid: Revista de Derecho Social n. 21, 2003; PAJARES, Miguel, *La política europea de inmigración*, Madrid: Cuadernos de Relaciones Laborales n. 1, 2002.

defensa, al decidir la posibilidad de conceder la libertad provisional se garantice que el acusado comparezca ante la autoridad cuando se requiera; igualmente, al “considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional” debe tenerse en cuenta “la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la Convención”. Así como que se establezca un plazo de prescripción prolongado y mayor, si el presunto delincuente eludió la administración de justicia.

Otras reglas se refieren a la autorización del decomiso y sobre qué bienes o productos recae, aun documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que pueda argumentarse el secreto bancario para incumplir esta disposición; inclusive, la posibilidad de exigir al delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito u otros bienes expuestos al decomiso (art. 12). Aquí se atribuye la carga de la prueba al sujeto activo e indirectamente se libera al Ministerio Público de la obligación de justificar que esos bienes tienen un origen ilícito.

El art. 13 de la Convención describe cómo deben actuar los Estados cuando reciban una solicitud de otro que tenga jurisdicción para conocer de un delito, con miras al decomiso. Para la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados (art. 14) se da prioridad a la devolución de éstos al Estado parte requirente, para la indemnización a las víctimas del delito o devolverlos a sus propietarios; en aportar el valor de la venta a organismos intergubernamentales; o bien repartirlos con otros Estados. En cuanto a la jurisdicción (art. 15), cada Estado parte adoptará medidas para establecer su jurisdicción respecto a los delitos que se cometan en su territorio; a bordo de un buque o aeronave nacional; se cometa contra uno de sus nacionales; o se cometa por persona nacional o apátrida pero con residencia habitual en su territorio. Asimismo, cuando el delito este tipificado de conformidad con el párrafo 1 del art. 5º de la Convención, se cometa fuera de su territorio pero con miras a cometer un delito dentro de éste.

Sin embargo, existen casos más rigurosos en cuanto al establecimiento de la jurisdicción, que no se basan, como en las anteriores hipótesis, ni en la nacionalidad de las personas involucradas ni en el lugar de comisión o efectos del delito, sino en que el presunto

delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por ser uno de sus nacionales o por cualquiera otra causa. Los Estados parte deberán consultarse y coordinarse cuando realicen una investigación, proceso o actuación por los mismos hechos.

El art. 16 de la Convención establece los casos y requisitos para que proceda la extradición de una persona; así como la posibilidad de celebrar acuerdos o tratados para el traslado, de un Estado a otro, de personas condenadas a pena privativa de libertad (art. 17). Promueve la asistencia judicial recíproca (art. 18) respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, así como cuando se sospeche que el delito es de carácter transnacional; o cuando las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de un delito se encuentren en el Estado parte requerido y la investigación o proceso se realice en el Estado parte requirente. Sobre todo, para efectos procesales, como recibir testimonios o declaraciones, desahogar pruebas, entregar documentación, entre otros, respetando el carácter confidencial de las pruebas o elementos que se proporcionen, cuando así se haya solicitado; incluso se puede trasladar a una persona, previo su consentimiento, que esté privada de su libertad en un Estado, para que coadyuve o intervenga en un proceso o actuación judicial que deba realizarse en otro; o en su caso, que su participación se efectúe a través de videoconferencia, lo que puede denegarse motivadamente.

Los rubros de investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación (arts. 19 y 20) indican que debe considerarse la posibilidad de establecer órganos mixtos de investigación cuando éstas, los procesos o actuaciones deban realizarse en más de un Estado, pudiendo utilizar las entregas vigiladas, la vigilancia electrónica o las operaciones encubiertas, entre otras técnicas de cooperación en el plano internacional.

Los Estados parte pueden remitirse actuaciones penales, “con miras a concentrar las actuaciones del proceso” (art. 21). Esto implica considerar la invasión de competencias que pudiera presentarse, la vulneración de las garantías de los inculpados y las reglas procesales de derecho interno, pues pareciera ser que pueden acumularse procesos que corresponden a distintas jurisdicciones y se ventilan en Estados diferentes. Se ubica aspectos dentro de los que denomina nuevos principios del Derecho penal transnacional, y específicamente en el de

la competencia jurídico-penal transnacional.

El art. 22 de la Convención presenta la posibilidad de tomar en cuenta los antecedentes penales o alguna previa declaración de culpabilidad hecha por una persona en un Estado diferente. Se pone énfasis en las medidas para proteger a los testigos y sus familiares o allegados del peligro que implica declarar en contra de quienes forman parte de la delincuencia organizada (art. 24), inclusive para reubicar a estas personas, o a las víctimas que actúen como testigos. En este tenor, también se pone énfasis en la asistencia y protección que deben proporcionarse a las víctimas de los delitos a que se refiere la Convención, e igualmente para que obtengan la indemnización o restitución que procedan (art. 25).

Según el art. 26 de la Convención, se debe alentar a quienes participan o hayan participado en grupos delictivos organizados para brindar información y ayuda a las autoridades para identificar, ubicar, privar de recursos etc., a las organizaciones delictivas, a cambio de mitigar la pena que les corresponda o concediéndoles inmunidad. La colaboración es uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate a la delincuencia organizada. Pues, en efecto: ¿quién puede tener más información privilegiada de las estructuras, modos de operación, ámbitos de actuación e identidad de los delincuentes organizados que alguien que haya pertenecido a la delincuencia organizada?

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional establece lineamientos importantes para comprender las tendencias que se marcan en el combate al crimen organizado. El reconocimiento formal de que la delincuencia organizada actúa a nivel transnacional y que las medidas para contrarrestarla deben igualmente asumirse en un marco de colaboración internacional, es relevante.

La Convención incluye una explícita aceptación de algunos aspectos de gran relevancia, como la trascendencia de la corrupción en los grupos delictivos organizados; la utilización de personas jurídicas para lograr fines ilícitos; las facultades discrecionales de las autoridades; la negación de beneficios de ejecución; el incremento en los plazos para la

prescripción; el destino de los bienes o productos del delito; los problemas de jurisdicción; la cooperación que los Estados parte deben lograr para reforzar la prevención, investigación, proceso, ejecución y demás cuestiones relativas a su actuación contra el crimen organizado; la promoción para que los integrantes de la delincuencia organizada colaboren con las autoridades y como contrapartida se les otorgue protección, disminución de penas e incluso inmunidad, etc. Sin embargo, falta mucho por hacer para lograr que el Derecho interno de cada Estado parte sea coherente con los lineamientos de la Convención.

III. El Derecho de la Unión Europea y el tráfico ilegal de personas

La internacionalización de los grupos criminales se ha visto ampliamente favorecida por diversos factores en la última década, como el desarrollo tecnológico en el ámbito de las comunicaciones y la creación de zonas de libre comercio. Y en particular en el ámbito europeo por dos factores. En primer término, por la creación del espacio económico sin fronteras nacionales de la Unión Europea, que contempla la libre circulación de personas y capitales, además de la moneda única. En segundo lugar, por la entrada en escena de grupos mafiosos procedentes de los países de la Europa del Este a partir de la caída de los regímenes comunistas en los primeros años noventa del siglo pasado. Estos han florecido extraordinariamente al calor de la inestabilidad y falta de control que caracterizan el periodo de transición política y económica en la mayoría de estos Estados²¹⁰.

Desde hace años se observa cómo los Estados han tomado conciencia de la necesidad de cooperación internacional en materia de crimen organizado, que se ha canalizado a través de diferentes foros internacionales, entre otros las Naciones Unidas y la Unión Europea. La eficacia en este ámbito pasa por una extensión de las reglas de competencia extraterritorial, generalmente mediante la adopción del principio de jurisdicción universal en la materia,

²¹⁰ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al ... op. cit.*, pág. 666. Véase RUIZ LÓPEZ, Blanca y RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*, Bilbao: Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos, 2001; BERGALLI, Roberto (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada: Comares, 2001; BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Inmigración y xenofobia ante las instituciones culturales y religiosas*, Madrid: La Ley, 2002.

frente al de territorialidad que rige de modo general, además de por la articulación de instrumentos adecuados de cooperación tanto a nivel policial como judicial²¹¹.

Los esfuerzos internacionales en los ámbitos indicados se dirigen a la adopción de compromisos de tipificación penal de conductas relativas a la organización criminal, como la fundación, participación y sostenimiento, así como a la extensión de la competencia extraterritorial en la materia y la adopción de una política de cooperación entre las autoridades policiales y judiciales mediante medidas que facilitan las extradiciones, la recogida e intercambio de información, la protección de testigos y víctimas etc²¹².

De hecho, constituye una prioridad en el ámbito de la Unión Europea, dentro del espacio de seguridad, la lucha contra el tráfico ilegal de personas, teniendo en cuenta, sin embargo, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que deben guiar las actuaciones de la Unión Europea. Según un Informe de EUROSTAT de 2013, el 61% de las víctimas de trata de personas identificadas en la UE procedía de los países miembros. Y, en los casos investigados entre 2009 y 2013 por el cuerpo de policía europeo EUROPOL, las víctimas procedían de Rumania, Hungría y Bulgaria, respectivamente, el 40%, el 18% y el 11% de las traficadas. La mayoría de estas víctimas del tráfico de personas son mujeres y niñas reclutadas para su explotación sexual. En concreto, el 62% de las identificadas entre

²¹¹ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al ... op. cit.*, pág. 666. También LAURENZO COPELLO, Patricia, *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; RODRÍGUEZ MESA, María José y RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; GARCÍA ARAN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006; BERNARDI, Alessandro, *El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo*, Madrid: Revista de Derecho y Proceso Penal n. 2, 2002; BLANC ALTEMIR, Antonio, *La violación de los Derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona: Bosch, 1990; CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, *Los derechos fundamentales en la Unión*, Barcelona: Bosch, 2000; DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Ensayo, 1994, y el mismo autor en *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Madrid: Icaria, 1996, y *Fronteras de los derechos humanos: racismo y estrategias de legitimación en la Unión Europea*, Valencia: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fajhuque Furió n. 17, 1996, y *¿Qué política de inmigración? Reflexiones al hilo de la Reforma de la Ley de Extranjería en España*, Madrid: Tiempo de Paz, Inmigración y Ley de extranjería n. 55, 1999.

²¹² Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al ... op. cit.*, págs. 666-667.

2008 y 2010 por EUROSTAT²¹³. Señalado ese punto, se puede observar que las víctimas no son sobre todo de terceros países, pero la mayoría son de la Unión Europea; con ellas se comercializa dentro de las fronteras externas, a menudo por parte de redes criminales; además los clientes que “usan” los servicios también suelen ser ciudadanos de la Unión Europea.

El tráfico ilegal de personas es extremadamente rentable y frecuentemente está en manos de bandas organizadas de delincuentes, tanto situadas fuera de la Unión Europea como a través de redes que operan desde dentro de la misma, principalmente a raíz de la ampliación hacia el Este. De ahí, la necesidad de que los Estados pasen a juzgar a sus ciudadanos por crímenes cometidos en otros países. También es importante la utilización de medios de investigación similares a los empleados contra otros tipos de delincuencia organizada, como las escuchas telefónicas o el seguimiento de las transacciones financieras.

La investigación del tráfico ilegal de personas ha de envolver la de los bienes que poseen las organizaciones criminales, la identificación de sus titulares, por medio de base de datos, pública o privada, lo que se conoce como investigación patrimonial. En este contexto, el patrimonio será el conjunto de bienes y de los derechos de origen económico. Tal “método de investigación simultáneo” presenta varias ventajas, a saber: 1) informar a la hora de decidir sobre el embargo de bienes, con el fin de evitarse la venta u otra utilización; 2) identificar las personas implicadas en el tráfico y otras personas beneficiarias de los ingresos de la actividad delictiva; y 3) reparar el perjuicio y resarcir las víctimas.

El carácter transfronterizo de las actividades vinculadas al tráfico ilegal de personas implica la necesidad de colaboración de las autoridades competentes como fuerzas de orden, judiciales y fiscales, con el fin de definir los datos relativos a la propiedad de los bienes. Los Estados necesitan aplicar, cuando lo crean necesario, métodos novedosos de investigación operativa, como la creación de equipos comunes de investigación, cuando la investigación afecte a más de un Estado, o de grupos permanentes o provisionales, especializados en

²¹³ Cfr. <http://ec.europa.eu/eurostat>.

investigación patrimonial. Además, ellos pueden solicitar, cuando necesario, el apoyo y la colaboración de EUROPOL o del Colegio Europeo de Policía (CEPOL).

Este planteamiento demanda una respuesta política coordinada en particular en el espacio de libertad, seguridad y justicia, las relaciones exteriores, la cooperación al desarrollo, los asuntos sociales y el empleo, la igualdad de género y la no discriminación²¹⁴. De ahí, más allá de las políticas criminales de la Unión Europea, existe un verdadero sistema jurídico formado a partir de los compromisos supranacionales, denominado Derecho de la Unión Europea.

El Derecho de la Unión Europea está formado por un conjunto de normas autónomas e integradas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El Derecho primario está formado por los tratados originarios de la Comunidad Europea y de la Unión Europea, todos los tratados modificativos y los tratados y actos legislativos de adhesión. La Unión Europea se fundamenta en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico (art. 1.3 del TUE).

El derecho derivado o secundario está formado por actos típicos y atípicos. Los actos típicos son aquellos que enumera el art. 288 del TFUE (los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones, los dictámenes), mientras que los atípicos no están enunciados en los Tratados, siendo muy variados en cuanto su alcance y contenido.

Los principios generales inspiran la interpretación de los tratados constitutivos y del derecho derivado. Aunque no existe una lista exhaustiva de estos principios, se pueden mencionar entre ellos los siguientes: 1) principios comunes a todos los Estados miembros

²¹⁴ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres ... op. cit.*, pág. 41. Véase LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomás, *Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, y el mismo autor en *Compendio de Derecho del trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; CASAS BAAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 1999; ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo, Servicios Sociales de Higiene y Seguridad en el Trabajo*, Madrid, 1981, y el mismo autor en *Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del art. 499 bis CP)*, Madrid: REDT n. 15, 1983; y *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona: Praxis, 1988.

como los de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho; 2) principios de derecho administrativo como igualdad de los administrados ante la justicia, respeto de los derechos adquiridos o el principio de confianza legítima; 3) principios de Derecho internacional público y otros principios propios de la UE como el principio de primacía del Derecho de la Unión.

La Unión Europea tiene un origen inequívocamente internacional. Ha sido creada por toda una serie de tratados internacionales, normalmente designados como “tratados constitutivos”. Éstos establecen una estructura permanente a la que encomiendan la realización de determinados fines. Es evidente, por ello, que los tratados constitutivos dan vida a una organización internacional. Si se examina la Unión Europea desde el punto de vista de las normas jurídicas sobre las que se funda, forzoso es concluir que pertenece al ámbito del Derecho internacional. Este debe ser el punto de partida.

El ambicioso objetivo de la integración viene acompañado, además, por la entrega a la Unión Europea de instrumentos particularmente poderosos. Se trata de la previsión en los tratados constitutivos de varias clases de actos de Derecho derivado –es decir, actos elaborados y aprobados por la propia Unión Europea– algunos de los cuales tienen eficacia directa en el interior de los Estados miembros, sin necesidad de normas nacionales de recepción. Tal es destacadamente el caso, según dispone expresamente el art. 288 del TFUE, de los reglamentos y decisiones.

Es verdad que la posibilidad de producir derecho derivado no es una peculiaridad de la Unión Europea, pues muchas organizaciones internacionales gozan también de facultades de esa índole. Lo que ya no es normal, en cambio, es la producción sistemática y cotidiana de Derecho derivado, de manera que éste sea el medio principal de realización de los fines de la organización internacional. Por ello, cuando se habla de “legislación de la Unión Europea” o de “legislación europea” para referirse a las normas de Derecho derivado de la Unión Europea, la metáfora refleja fielmente la realidad: la Unión Europea es, antes que cualquier otra cosa, una entidad reguladora.

La combinación de un objetivo ambicioso y unos instrumentos poderosos suele conducir a reconocer que la Unión Europea, aún siendo por su origen una organización internacional, es una organización internacional *sui generis*. Para describir esta peculiaridad de la Unión Europea, se ha acuñado la expresión “supranacionalidad”, que se contrapone al carácter intergubernamental que tradicionalmente han tenido las relaciones internacionales.

La Unión Europea es supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares; y en un sentido decisonal, porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad –la tendencia ha venido siendo la de reducir progresivamente las materias en que se exige la decisión unánime–, y porque en el procedimiento participan actores distintos de los representantes de los Gobiernos.

El cuadro de las instituciones políticas de la Unión Europea, en efecto, no se reduce sólo al Consejo, sino que comprende también la Comisión y el Parlamento Europeo. La supranacionalidad ha alcanzado tal grado de desarrollo que puede decirse, sin reservas, que la Unión Europea ejerce verdadero poder político.

En el ordenamiento de la Unión Europea, la Unión actúa como una persona jurídica única a todos los efectos y, por tanto, como un único centro de imputación de relaciones jurídicas. Ello quiere decir que las distintas instituciones no tienen personificación autónoma, como tampoco la tienen cualesquiera otros organismos de la Unión Europea a menos que alguna norma especial disponga lo contrario²¹⁵.

²¹⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La naturaleza de la Unión Europea*, Barcelona: InDret, 2008, págs. 4-5.

IV. Los principales instrumentos normativos de la Unión Europea

Entre los principales instrumentos normativos a nivel europeo que repercuten en el contraste al fenómeno del tráfico ilícito de personas se puede empezar con la mención al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa, y firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 diciembre de 2000²¹⁶. Conviene mencionar, además, 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; 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, a la circulación y a la estancia irregulares; y 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, y que cooperen con las autoridades competentes.

Dentro del marco de disciplina de la Unión Europea, se destaca también el Protocolo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Decisiones 2006/616/CE y 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006), cuyo objetivo es prevenir y combatir este tipo de tráfico, y establecer el mejor modo de como promover la cooperación entre los Estados signatarios y proteger los derechos de las víctimas.

El Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y establece un compromiso a los Estados, que han de tipificar como delito los siguientes actos, cuando se cometan con el fin de obtener un “beneficio económico o material”: 1) el contrabando de personas, es decir, el hecho de hacer entrar ilegalmente a un individuo en un Estado del que no sea ni residente ni nacional; 2) la

²¹⁶ Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas ... op. cit.*, pág. 97.

creación de documentos de viaje o de identidad falsos; 3) la utilización de documentos de identidad por un individuo distinto al titular; 4) la facilitación y el suministro de documentos falsos; 5) la habilitación de una persona para permanecer en un Estado sin haber cumplido las condiciones necesarias para permanecer legalmente en dicho Estado.

Además, según el Protocolo, han de ser consideradas circunstancias agravantes toda circunstancia que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes, así como que les inflija un trato inhumano o denigrante; asimismo, las víctimas del tráfico de personas no podrán ser susceptibles de enjuiciamientos penales. El Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos que sean de “carácter transnacional” y entrañen la participación de un “grupo delictivo organizado”, y a la protección de los derechos de las respectivas víctimas.

La Unión Europea considera el tráfico ilegal de personas como una de las áreas prioritarias en la lucha contra el crimen organizado. Esto dio lugar a la adopción por el Consejo y el Parlamento Europeo de la Directiva 2011/36/UE sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y la adopción por la Comisión de 19 de junio 2012 de la Estrategia de la UE hacia la Erradicación de la Trata de Personas 2012-2016. Tanto la Directiva como la Estrategia reconocen el papel fundamental de la sociedad civil en la prevención de la trata de personas, así como la protección y asistencia a las víctimas. De ahí, ha surgido una plataforma para que la sociedad civil participe en esa discusión conjuntamente con la Unión Europea, cuyo objetivo es establecer un intercambio de experiencias con el fin de mejorar la coordinación y la cooperación entre los actores clave. Se trata de un instrumento concreto que facilita el diálogo constructivo y favorezca la creación de alianzas y sinergias entre las más de 100 organizaciones integrantes.

Con la aludida Estrategia, la Comisión Europea pretende centrarse en las medidas concretas que apoyen a la transposición y aplicación de la Directiva 2011/36/UE por parte de los Estados miembros. Esta estrategia identifica cinco prioridades para abordar la erradicación de la trata por parte de los Estados de la Unión Europea. También se exponen

una serie de medidas que la Comisión Europea se propone aplicar en el periodo, en conjunto con otros actores, incluidos los Estados miembros, Servicio Europeo de Acción Exterior, las instituciones y las agencias de la Unión Europea, organizaciones internacionales, terceros países, la sociedad civil y el sector privado. Tales prioridades son las siguientes: 1) la identificación, protección y asistencia a las víctimas de la trata; 2) intensificar la prevención de la trata de seres humanos; 3) aumentar el enjuiciamiento de los traficantes; 4) mejorar la coordinación y la cooperación entre los principales actores y la coherencia política; y 5) aumentar el conocimiento y la respuesta eficaz a los problemas emergentes relacionados con todas las formas de trata de seres humanos.

Sin embargo, no se puede olvidar que el sistema jurídico-internacional y de la Unión Europea, de protección a las víctimas de tráfico ilegal de personas, son compuestos en gran parte por “normas programáticas”, lo que hace necesaria la implementación de leyes o de otras providencias por parte del Estado para desarrollar integralmente su eficacia²¹⁷. Tal consideración de “sistema parcial de normas programáticas” significa que la efectiva represión criminal de las conductas es y sigue siendo condicionada por el “principio de legalidad”, es decir, los Estados prosiguen con la atribución de legislar sobre la materia estableciendo los tipos penales.

Referida indispensabilidad de una posterior “actividad normativa legislación” en materia penal resulta además de exigencias dictadas por el “principio de tipicidad”, en el que confluyen el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, y que tiene dos acepciones: 1) como expresión genérica constitutiva del primer elemento dogmático del concepto de delito, que contiene las características generales que han de concurrir en una conducta para que se origine la intervención penal; y 2) como cualidad que se atribuye a un

²¹⁷ Conforme concepto afirmado por GALVÃO BARROS, Carlos Roberto (*in A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional*, 1ª edic., San Paulo: Seven System International Ltda., 2010, pág. 167). Véase DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario y SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *Nuevas cuestiones penales*, Madrid: Colex, 1998; BUENO ARÚS, Francisco, *Análisis general de las últimas tendencias político criminales en materia de delitos sexuales: justificación político-criminal de la reforma española de 1999. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial n. 21, 1999; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración*, Madrid: Jueces para la Democracia n. 40, 2001.

comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal²¹⁸.

En algunos casos, esa situación puede mermar los intentos de represión al tráfico de personas como previstos en los instrumentos supranacionales. Por ejemplo, en la tarea de conformación del Derecho penal, se puede observar que los Estados no recogen la delincuencia organizada idénticamente en la institución de los tipos penales; en algunos ordenamientos jurídicos el fenómeno constituye un delito autónomo y, en otros sistemas jurídicos, una agravante de los casos de tráfico de *personas*, de corrupción, de blanqueo de dinero, etc.

Es importante dimensionar el problema planteado. Por un lado, la existencia de una “relación de integración” entre el ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos de los Estados miembros ofrece una facultad de edición de normas con “aplicabilidad directa”, tal y como ocurre con los tratados constitutivos y modificativos de la Unión y con los reglamentos; pero, esa puerta abierta a la formulación de “tipos penales supranacionales” hasta el momento no ha sido utilizada, es decir, no existe una interferencia en ese grado en la soberanía nacional de los Estados miembros. Por otro lado, no se puede admitir jurídicamente que a través de directivas de la Unión Europea, dada la particular necesidad de transposición interna de esos actos por parte de los Estados miembros²¹⁹, se proceda a una tipificación penal supranacional. Tampoco es admisible un eventual “efecto vertical”, para dar condiciones a una tipificación penal supranacional más severa por medio de directivas porque sólo es posible tal efecto en los casos en que el ordenamiento de la Unión Europea disponga de normas más favorables para los ciudadanos, respecto a la normativa

²¹⁸ Cfr. MÁRQUEZ-PIÑERO, Rafael, *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pág. 167.

²¹⁹ Sobre el principio de la primacía de la norma penal más benigna, ver entre otros POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, 1ª edic., Barcelona: Editorial Bosch, 2008, vol. I; CASANUEVA SAINZ, Itziar, *Derecho penal. Parte general*, 3ª edic., Bilbao: Universidad de Deusto, 2000; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, vol. I; EBERT, Udo, *Derecho penal. Parte general*, 1ª edic., Hidalgo: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª edic., Buenos Aires: Ediar, 1982; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Barcelona: Ediciones Nauta, 1959.

interna que no se ha procedido a la adaptación.

V. El tráfico ilegal de personas: los delitos internacionales, los transnacionales o transfronterizos y la jurisdicción penal

La distinción entre “delitos internacionales” y “delitos transnacionales” (o “delitos transfronterizos”) es importante para la comprensión del fenómeno del tráfico de personas y requiere una profundización. Inicialmente, cabe señalarse que son distintas las normas internacionales aplicables a cada uno de tales delitos, de manera que los delitos internacionales hacen parte del “Derecho penal internacional”, mientras que los delitos transnacionales son disciplinados por el “Derecho penal transnacional”, ambos ramificaciones del “Derecho internacional público”.

Los principales criterios que distinguen los delitos internacionales de los delitos transnacionales se refieren a la “gravedad” del hecho y a la “idoneidad” para lesionar la comunidad internacional en su conjunto. Los delitos internacionales son hechos muy graves que lesionan no sólo la víctima directa, pero también toda la comunidad internacional; son ellos sometidos a un régimen peculiar, incluso de Derecho internacional consuetudinario, y punidos sea por jueces estatales sea por jueces internacionales, como los tribunales *ad hoc* para los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia, en Ruanda, etc., bien así por el Tribunal Penal Internacional. Los delitos transnacionales, no obstante sean graves, son considerados lesivos mayormente a las víctimas directas; ellos no se someten a un régimen de Derecho internacional consuetudinario y, no habiendo jueces internacionales competentes para juzgarlos, son punidos exclusivamente por jueces estatales²²⁰.

²²⁰ Cfr. FALZEA, Angelo, GROSSI, Paolo y Otros, *Enciclopedia del diritto*, 1ª edic., Milán: Giuffrè, 2011, vol. 4, pág. 250; Véase aún PÉREZ CABALLERO, Jesús, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2015, pág. 35; BERDAL, Mats, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional*, 1ª edic., Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005, pág. 10 y ss.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando, Raúl y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Eduardo, *Código de derecho penal internacional*, 1ª edic., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, pág. 639; ARROYO ZAPATERO,

Los delitos relacionados al tráfico de personas son considerados delitos transnacionales. De ahí proviene un problema central para la represión de la criminalidad transnacional: determinar el Estado, entre aquellos interesados en el hecho, que puede aplicar su legislación, procesar y juzgar por medio de sus jueces, así como actuar en la actividad represiva a través de la propia autoridad ejecutiva.

Normalmente, en lo que respecta específicamente a la jurisdicción penal de los tribunales internos, el “principio de territorialidad”, según el cual el lugar de la comisión del crimen determina la jurisdicción de los tribunales estatales, se configura como elemento esencial de atribución, siendo que el mismo se caracteriza con base en la “jurisdicción indiscutible”, la preferente y más recomendable, la más natural de la jurisdicción penal. El carácter protagónico del mismo se ha fundamentado tanto en referencias a la soberanía estatal como en consideraciones fácticas²²¹.

Sin embargo, para situaciones excepcionales, que especifican los ordenamientos jurídicos, puede ser autorizada la aplicación de la ley nacional a los supuestos practicados fuera del territorio nacional, y aquí entra la importancia de la represión de los crímenes transnacionales, entre los cuales está el delito de tráfico de personas. La “extraterritorialidad” de la aplicación de la ley nacional constituye excepción al principio de territorialidad, y suele ser “condicional” o “incondicional”.

La extraterritorialidad incondicional se opera independientemente de proceso o decisión de la acción penal en el país extranjero o implementación de cualquier condición. En esos casos, se aplica la ley nacional, cuando el delito ha ocurrido en el país o en el extranjero. La extraterritorialidad condicional de la ley penal, por su vez, no se opera automáticamente y depende de la implementación de determinadas condiciones, y se aplica

Luis y NIETO MARTÍN, Adán, *Código de derecho penal europeo e internacional*, 1ª edic., Madrid: Ministerio de la Justicia/UCLM, 2013, pág. 148; y CIAPPI, Silvio, *Periferias del imperio: poderes globales y control social*, 1ª edic., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, pág. 192.

²²¹ Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, 1ª edic., Madrid: Ediciones Parthenon, 2007, pág. 186.

generalmente a los delitos que, por tratado o convención internacional, los países se obligaron a reprimir²²².

De un modo general, los países consideran la hipótesis de extraterritorialidad condicionada para la persecución de los delitos de tráfico de personas, con base en el principio de jurisdicción universal elaborado a partir del “Derecho penal transnacional”²²³.

La cuestión fundamental a ser definida, entretanto, no es precisar cual es el principio de jurisdicción a ser aplicado, porque ya se sabe tratarse del principio de la jurisdicción universal, pero comprender como este principio ha de ser colocado en operación, aplicado en los casos que serán sometidos a la jurisdicción de los Estados, principalmente respecto a los criterios para la resolución de conflictos de jurisdicción que esa materia puede provocar concretamente.

Cabe destacar que la aplicación de la ley nacional, en los supuestos de tráfico de personas, normalmente depende de la observancia de algunas condiciones, que son a menudo cumulativas entre sí, como, por ejemplo, las siguientes: 1) que no haya sido el agente absuelto en el extranjero o todavía no haya cumplido la condenación; y 2) que no haya sido el agente indultado en el extranjero o, por otro motivo no esté extinta la punibilidad, según la norma más favorable²²⁴. Esas condiciones mencionadas buscan

²²² Cfr. GALVÃO, Fernando, *Direito penal ... op. cit.*, pág. 103. Véase RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (ed.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid: Comillas, 2000; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Constitución española, derechos de los extranjeros*, Madrid: Jueces para la Democracia, n. 41, 2001.

²²³ Pero el “Derecho internacional humanitario” definitivamente ha consolidado una verdadera “tendencia” para se aplicar el principio de la jurisdicción universal más allá de la persecución de la criminalidad organizada, por su característica transnacional de actuación, para conferir un sentido de preservación de los derechos humanos, especialmente la dignidad de la persona humana (Cfr. BORDAS MARTÍNEZ, Julio, BAEZA LÓPEZ, José Carlos y Otros, *Temas de sociología criminal. Sociedad, delito, víctima y control social*, 1ª edic., Madrid: UNED, 2011, pág. 79). Véase SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares, 2003; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas, 1986; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, *Globalización e inmigración, El reto del siglo XXI*, Madrid: La Ley, 2001.

²²⁴ En ese sentido, ver FIORINI NETTO, Santos, *Direito penal ... op. cit.*, vol. I, pág. 64; EVANGELISTA DE JESUS, Damásio, *Direito penal ... op. cit.*, vol. I, pág. 126; y el mismo autor en *Tráfico*

simplemente garantizar la exacta observancia del principio de justicia distributiva como singular manifestación en el orden penal del principio *ne bis in idem*.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, también la entrada de la víctima en territorio nacional es condición indisociable al reconocimiento de la extraterritorialidad de la ley penal, en la medida que demuestra ineludiblemente el “vínculo real de interés” del país receptor en la represión del delito de tráfico de personas. Por ejemplo, en el caso de una embarcación que se dirige con personas en tráfico ilegal desde Turquía, Libia, etc., con destino a Italia, que, por motivos varios, no llega a su destino, y es socorrida por un buque militar español (territorio por extensión)²²⁵, será España quien acceda a tener el referido vínculo real de interés, y no Italia, a efectos de la extraterritorialidad de la ley penal, aunque no sea el destino objetivado por los delincuentes. Pero si tales personas son socorridas y llevadas a territorio italiano, Italia pasará a ejercer la jurisdicción universal.

Ha de resaltarse, en relación a este aspecto, que la actuación de la Unión Europea, en el sentido de prestar auxilio a los naufragos de tráfico ilícito de personas a través de “acciones conjuntas” de los países miembros implica generalmente transportarlos y mantenerlos en las orillas del Mediterráneo, sin admitir sus incursiones en los demás países, es decir, convierten un problema que debería ser afrontado solidariamente por todos los países de la Unión en una cuestión regional²²⁶.

de internacional ... op. cit., pág. 283; WANDERLEY JORGE, William, *Curso de direito penal*, 1ª edic., San Paulo: Forense, 1986, vol. I, pág. 169; FABBRINI MIRABETE, Júlio, *Direito penal ... op. cit.*, vol I, pág. 67; MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *Direito penal*, 1ª edic., San Paulo: Ed. Saraiva, 1968, vol I, pág. 439; PASCULLI, Maria Antonella, *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2011, pág. 246; y AMALFITANO, Chiara, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2006, pág. 27.

²²⁵ Las embarcaciones y aeronaves militares como extensión territorial del país de origen, ver GONÇALVES CARVALHO, Kildare, *Direito constitucional. Teoria do Estado e da constituição. Direito constitucional positivo*, 14ª edic., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008, pág. 800; José Tarcízio DE ALMEIDA MELO, *Direito constitucional do Brasil*, 1ª edic., Belo Horizonte: Dey Rey Editora, 2008, pág. 501; DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, *Direito do mar*, 1ª edic., Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1979, pág. 33; y MATILLA ALEGRE, Rafael, *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, 1ª edic., Bilbao: Universidad Deusto, 2009, pág. 80.

²²⁶ Ejemplo emblemático de esa afirmación es el sistema de cuotas obligatorias para refugiados, que hasta la conclusión de ese trabajo no ha pasado de un proyecto de difícil conversión en normativa europea.

La entrada de la víctima en territorio del país extranjero, según nuestro punto de vista, no es sólo una condición para la extraterritorialidad de la ley penal, sino también una “condición objetiva de punibilidad”. Las condiciones objetivas de punibilidad, conforme la doctrina mayoritaria, son establecidas por razón de política criminal; no están vinculadas sólo a la cuestión del “merecimiento” de la penalidad, sino asimismo a la de su “necesidad”, y no interfieren en el injusto penal, ni en la culpabilidad del agente.

Toda condición de punibilidad está fuera del hecho y fuera del dolo del agente. Es un *plus* que pasa a ser exigido para que el hecho pueda ser punido en abstracto²²⁷. Definitivamente, no es por el hecho de que una persona sometida a tráfico ilegal haya salido de China con intención de destino España por lo que el país de la Península ibérica pasará a tener jurisdicción sobre el problema, principalmente cuando la realidad muestra que siquiera ha logrado éxito en su desplazamiento.

La comprensión de esa sistemática de la extraterritorialidad condicionada ligada al ejercicio de la jurisdicción universal es muy importante para la correcta adecuación de los hechos al derecho vigente, y para precisar qué país va a aplicar su legislación, procesar y juzgar por medio de sus jueces, bien así actuar en la actividad represiva a través de la propia autoridad ejecutiva.

Es importante la estricta observancia a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, condiciones éstas impuestas por el principio de la extraterritorialidad condicionada, en los casos en que la acción delictiva es realizada en el país de origen, no obstante las consecuencias del delito pueden ser alastradas para otro

²²⁷ Sobre el concepto de “condiciones objetivas de punibilidad” y sus repercusiones en la persecución del delito, ver FABBRINI MIRABETE, Júlio, *Manual de Direito penal ...op. cit.*, vol. II, pág. 38; EVANGELISTA DE JESUS, Damásio, *Direito penal ... op. cit.*, vol. II, pág. 104; MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *Direito penal ... op. cit.*, vol. I, pág. 102; DI PIRRO, Massimiliano, *Compendio di diritto ... op. cit.*, pág. 70; CACCIOTTI, Silvia, *Diritto penale per tutti i concorsi*, 2ª edic., Milán: Alpha Test, 2011, pág. 83; ROMANO, Davide, *Le condizioni obiettive di punibilità*, 1ª edic., Roma: Palomar, 2005, pág. 10 y ss.; y LATTANZI, Giorgio y LUPO, Ernesto, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010, vol. V, pág. 249.

Estado²²⁸. Pero, en esos supuestos, ¿no tendrían ambos Estados igual competencia territorial?

La cuestión ha de ser analizada según los “criterios” de determinación de la jurisdicción, es decir, se solucionará a través de la “prevención”, pues siempre que habiendo dos o más jueces igualmente competentes o con jurisdicción cumulativa, y uno de ellos haya anticipado a los demás en la práctica de algún acto del proceso o de medida a este relativa, aunque anterior a la presentación de la acusación formal, será el primer a actuar investido de la competencia o jurisdicción para procesar y decidir el litigio penal, según las normas del Derecho internacional publico.

A su vez, y señalados esos puntos, ha de resaltarse que el instituto de la “extradición” tiene una máxima dimensión en los supuestos de criminalidad transnacional, principalmente en razón de esa característica de acumulación de jurisdicciones criminales.

²²⁸ Sobre el concepto de “delitos a distancia”, a lo mejor, “delitos cometidos a distancia” (o de “espacio máximo”), que consiste en el fenómeno caracterizado por unos puntos de distanciamiento territorial que determinan el lugar de la acción delictiva y el de las consecuencias del crimen, ver SIERRA, Hugo Mario y SALVADOR CANTARO, Alejandro, *Lecciones de Derecho penal*, 1ª edic., Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2005, pág. 112; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e Internet (e-book). Especial consideración de los delitos que afectan jóvenes y adolescentes*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2011, pág. 26; SOMERVILLE SENN, Hernán, *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*, 1ª edic., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965, pág. 120; ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán, *Código de Derecho ...*, op. cit., pág. 22; y NELO TIEGHI, Osvaldo, *Comentarios al Código penal. Parte general*, 1ª edic., Buenos Aires: Zavallía, 1995, pág. 24.

VI. La extradición y algunas cuestiones polémicas respecto al tema

La persecución criminal a los supuestos de tráfico de personas ha de ser realizada, preferentemente, en el país de origen de la víctima, por razones de naturaleza jurídica, social y política.

En primer lugar, la exigencia jurídica se basa en el hecho de que el delito se ha cometido ya con la salida de la víctima del país de origen y, por tanto, es allí donde se encuentra la gran parte de los elementos delictivos que necesitarán ser probados en el proceso.

En segundo término, la fundamentación social proviene de que la víctima que no obtenga la autorización de permanencia legal en el país –por ejemplo, a través de la solicitud de asilo, cuando efectivamente ocurran las circunstancias necesarias– deberá ser readmitida en el país de origen, siendo importante el testimonio de la víctima en juicio para el esclarecimiento de los hechos, además de que se desarraigará menos al estar menos alejada de los suyos.

Asimismo evidencia relevancia política, porque todo Estado tiene el deber de garantizar a sus ciudadanos el bien estar indispensable para el desarrollo de la personalidad humana, y tiene el poder-deber de represión de los delitos que hayan sido realizados en su territorio, y el primero a sufrir las consecuencias de la delincuencia transnacional del tráfico ilegal de personas es el país de origen o de tránsito de la víctima.

A todo ello se suma la responsabilidad por los costes del enjuiciamiento, directos e indirectos. Son costes directos aquellos provenientes de la manutención del aparato

persecutorio estatal y de la manutención personal de los condenados durante el cumplimiento de la penalidad. Los costes indirectos pueden referirse a la manutención personal de las víctimas (ayudas financieras, sanidad pública, etc.).

Para establecer una concreción del problema se utilizará un ejemplo brasileño. Sólo para la manutención personal de un encarcelado se gasta normalmente dos salarios mínimos mensuales, asimismo para mantenerlos en precarias condiciones, sin incluir la ayuda financiera que es paga a la familia del mismo por el Estado²²⁹. Ese panorama demuestra de cierta forma el equívoco de aquellos que defienden el enjuiciamiento del delincuente en el local de destino del tráfico de personas y, consecuentemente, la permanencia provisoria de la víctima en cuanto pendiente el proceso criminal, sin evaluar también el impacto de tal política en los ingresos públicos²³⁰.

Por tanto, el enjuiciamiento en el país de destino, según nuestro punto de vista, ha de ser priorizado sólo para los casos en que: 1) se pueda observar una falta de voluntad política del Estado de origen, cuando deja sistemáticamente de perseguir esa clase de delitos (en ese contexto, se incluye la ineficacia de los órganos persecutorios (policía, poder judicial, y de ejecución); 2) la penalidad a ser aplicada para el delito en el país de origen no sea suficiente para la punición ejemplar del delincuente; y 3) cuando no haya acuerdos o tratados de extradición y readmisión entre los países.

Con relación al último tópico, ha de resaltarse que los diversos instrumentos

²²⁹ ¿Por qué no es pago a la víctima o sus familiares? Sobre el tema véase RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad*, Madrid: Revista General de Derecho Penal n. 2, 2004; JUANES PECES, Ángel, *La detención de extranjeros*, Madrid: La Ley, 2005; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y ROMEO CASABONA, Carlos María (Coords), *Comentarios al Código penal. Parte especial, II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ARIAS SENSO, Miguel, *Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004*, Madrid: La Ley, 2005; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal. El extranjero en el Derecho penal español (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/ 2000)*, Madrid: Manuales de formación continuada, CGPJ n. 5, 1999; DURÁN SECO, Isabel, *El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)*, Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2005.

²³⁰ Véase PAZ RUBIO, José María, *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, Madrid: La Ley, 2004.

internacionales en materia de prevención y represión a la criminalidad organizada transnacional y al tráfico de personas no disponen de una “cláusula de consenso” para la extradición del delincuente, de manera que la cuestión sigue en la dependencia de los acuerdos bilaterales entre los Estado parte interesados.

De ahí, se agranda la importancia del estudio de la figura de la extradición, porque estrechamente relacionada con la práctica de los delitos de tráfico ilegal de personas. Ella está basada esencialmente en dos tendencias actuales: una estrecha cooperación por parte de los Estados, destinada a ampliar el alcance de la extradición; y una mayor preocupación por salvaguardar los derechos del hombre, ya reconocidos desde la Carta de las Naciones Unidas en sus propósitos y principios de realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos.

El respeto a los derechos fundamentales y la necesidad de intensificar la cooperación internacional en la lucha contra el crimen son dos objetivos que deben hacerse compatibles en la extradición, pero no siempre ha sido así, pues en la evolución de esta institución se ha constatado que siempre han estado presente estos dos elementos esenciales, que a veces actúan en una misma dirección, pero, en otras muchas, están violentamente enfrentados²³¹.

Sin lugar a dudas, la extradición es el instrumento idóneo y necesario para el proceso de superación del principio de Derecho internacional público de no intervención en los asuntos internos de los Estados. La extradición trata de exigir a los Estados un mínimo de garantías para poder establecer relaciones jurídicas de confianza de acuerdo con los procedimientos acordados, creando un derecho de protección a través de los principios regulados en los tratados. Todo ello debería conducir a una regulación sencilla y flexible, pero no excepcional, que fomente una cierta previsibilidad encaminada a la seguridad jurídica del individuo, evitando las decisiones sorprendentes que constituyan “alternativas a

²³¹ Véase GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Curso de derecho internacional público*, Madrid: Editorial Civitas, 2002; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992; PINO CANALES, Celeste Elena (coord.), *Derecho internacional público*, La Habana: Editorial Félix Varela, 2006; y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de derecho internacional e internacional penal*, Madrid: Instituto francisco de Vitoria, tomo II, 1957.

la extradición”²³².

Actualmente, no se discute que la extradición sea un procedimiento que deba estar regulado por el Derecho. En su evolución, se presenta como un procedimiento jurídico singular que afecta a dos o incluso a más Estados implicados, es decir, es una actuación de eficacia internacional que los Estados están obligados a respetar²³³, de manera que la conceptualización de la institución está muy ceñida a los acontecimientos políticos culturales de cada época.

Los juristas suelen definir la extradición en cuanto procedimiento según el cual un Estado entrega a otro los delincuentes condenados o acusados que están en el territorio del primero y que se encuentran sujetos a la competencia judicial del segundo; como un procedimiento mediante el cual un Estado entrega a otro, que obtiene o acepta dicha entrega, un individuo que se encuentra en su territorio y está acusado de juzgarlo o hacerle cumplir una pena ya pronunciada contra el mismo; así como la entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado por un delito penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional. En resumen, se reconoce a esta figura como una forma de asistencia jurídica internacional, cuyos principios se regulan a través de tratados que en definitiva rigen la entrega del individuo²³⁴.

La importancia de este concepto, a nuestro modo de ver, radica en el hecho de que

²³² Véase ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, *Aspectos jurídicos Internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado. Estudios jurídicos en honor al profesor Octavio Pérez*, Barcelona: Vitoria, tomo I, 1983; y DIENA, Julio, *Derecho internacional público*, Barcelona, 1945.

²³³ Véase BELLIDO PEDANÉS, Rafael, *La condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva*, Madrid: Revista española de Derecho Constitucional, 1999; y el mismo autor en *La extradición en Derecho Español (Normativa interna y Convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid: Editorial Civitas, 2001; BUENO ARÚS, Francisco, *Nociones básicas sobre la extradición*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988; y CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, 2ª edic., Madrid: Editorial Tecnos, 1976;

²³⁴ Véase D'ESTÉFANO PISANO, Miguel Antonio, *Derecho internacional público*, La Habana: Editorial Universitaria, 1965; FIORE, Pasquale, *Tratado de derecho penal internacional y de la extradición*, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación Madrid; y GARCÍA BARROSO, Casimiro, *El procedimiento de la extradición*, Madrid: Editorial Colex, 1988.

comienza a enunciar la validez de los principios condicionados a la entrega del individuo reclamado, preámbulo para consignar otros que también protegen los derechos fundamentales del ser humano que le son inherentes a su dignidad, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser consagrados y garantizados, en contra de quienes sostienen que es una institución de reciprocidad jurídica internacional.

Otras definiciones contienen, matizaciones interesantes, elementos que nos ayudan a vislumbrar la evolución que viene experimentando el concepto de la extradición, pues sin lugar a duda cada una de ellas pone acento en aspectos relevantes como la eficacia, la utilidad, la necesidad, para la seguridad jurídica internacional y para la efectividad de los derechos de la persona que se encuentra en un país y es reclamado por otro. Como la extradición en cuanto procedimiento singular de cooperación mediante el cual los Estados se legitiman a través de tratados, unos a solicitar (Estado requirente), y otros se obligan a entregar (Estado requerido) a individuos, para que sean juzgados o para que cumplan una medida de seguridad o sanción por un delito común, atendiendo a los principios jurídicos que se estipulen en su contenido²³⁵. Es decir, mediante la extradición no se pretende imponer un sistema concreto de garantías a otro Estado, y también queda claro que en los procedimientos de extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un proceso condenatorio, sino que simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstas en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado; en definitiva se trata de juzgar la solicitud de extradición.

En este sentido, de forma general se trata de la obligación que tiene un Estado de entregar y el otro de castigar al individuo reclamado, cuyo fundamento radica en el auxilio internacional, la solidaridad y la ayuda mutua entre los Estados, como mecanismo de protección frente a la violación de los derechos que puedan suscitarse, que entre otros se puede mencionar, el derecho a no ser perseguido por motivos políticos, religiosos, racial etc.

²³⁵ Véase GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, *La Extradición en el ordenamiento interno, español e internacional y comunitario*, Granada: Editorial Comares S. L, 2005; ROVIRA, Antonio, *Extradición. Derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Civitas, 2005; TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos humanos*, Madrid: Editorial Tecnoc, 1982; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio, *Curso de derecho internacional público americano: sistemática y exégesis*, Ciudad Trujillo: Editorial Montalvo, 1943.

No obstante, en materia de tráfico ilegal de personas, la notoria barrera que impide los acuerdos de la Unión Europea de extradición con países terceros es intentar un consenso con los países de tránsito, de responsabilizarlos por el enjuiciamiento de los traficantes que han operado por su territorio²³⁶. De esa forma, la Unión Europea intenta convertir principalmente los países africanos del Mediterráneo en el último baluarte de combate al tráfico de personas. En otras palabras, que la cuestión de la gestión de las fronteras sea por ellos priorizada y más eficaz en la contención del flujo ilegal de personas²³⁷. *Mutatis mutandis*, es aquello que ya se hace respecto a los países que se sitúan más al norte de Europa con relación a los países del sur como España, Italia y Portugal, que son especialmente atractivos de la migración desde países terceros²³⁸.

Al margen de ese problema de inexistencia de tratados y acuerdos internacionales en esa materia, algunos países no admiten la extradición de nacionales, aunque cuando se trata de delitos graves como es el caso del tráfico de personas. A menudo, la prohibición de extradición está establecida en las constituciones en forma de “cláusulas pétreas” y, por tanto, no son pasibles de modificación en el futuro. Así, la jurisdicción penal será innegablemente del país de origen del nacional delincuente. Otras veces, la extradición no podrá ser autorizada en razón de la posibilidad de aplicación de prisión perpetua por el país requirente. Generalmente, los países que no admiten esa condenación también prohíben la extradición de personas que puedan ser sometidas a esa penalidad²³⁹.

Tal prohibición constitucional puede ser superada cuando el país requirente se comprometa formalmente a conmutar eventual condenación perpetua en otra penalidad. Sin

²³⁶ Maruecos, por ejemplo, es reticente en firmar acuerdos en esos términos con la Unión Europea. España todavía tiene acuerdo bilateral vigente con Maruecos, que será objeto de análisis posterior.

²³⁷ También México y Canadá son locales de tránsito para muchos que intentan entrar ilegalmente en los Estados Unidos vía terrestre.

²³⁸ Incluso la identidad idiomática refuerza y facilita la definición del local de destino por parte del traficante, como los migrados desde América del Sur.

²³⁹ Por ejemplo Brasil no admite la extradición de nacionales, bien así para países donde esta penalidad puede ser aplicada concretamente (arts. 12 y 13 de la Constitución brasileña).

embargo, cada país establece sus normas a partir de una ética nacional. El sistema normativo refleja, sobre todo, una conciencia ética contemporánea²⁴⁰, y un consenso internacional acerca de parámetros de protección mínimos relativos a los derechos humanos, en el sentido de una definición del “mínimo ético irreducible”, no siempre es unánime para todos los países.

En realidad, hay la confluencia de nuevos fenómenos gravitantes en el ámbito de la cooperación internacional penal, que reflejan directamente sobre el tema de extradición, desde el punto de vista internacional²⁴¹: 1) Universalización –se superó el esquema de confrontación bipolar (capitalismo-socialismo) en el que eran muy raras las extradiciones entre países de distintos bloques–; 2) Transnacionalización –el Tribunal internacional establecido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en la ex Yugoslavia, desde 1991, despachó órdenes de captura y obtuvo extradiciones de presuntos criminales de guerra, lo que implicó por primera vez una revisión de la tesis clásica que concibe la relación extraditoria como interestatal–; 3) Expansión normativa –se ha registrado un considerable aumento de la red de compromisos de extradición (expansión normativa formal) y, además, se ha aumentado la cantidad de delitos considerados extraditables (expansión normativa material)–; 4) Explosión cuantitativa –referente a las extradiciones

²⁴⁰ Aurora ARNÁIZ AMIGÓ establece una relación entre la ley y la ética. Según la autora, “La ética es el más alto valor estimativo del vivir. La ética como facultad dada es el atributo humano. Es una donación de la naturaleza. El sujeto vive cuando acomoda su conducta entro del grupo social al precepto ético. Pero ¿dónde hallar la ética y lo ético? ¿En qué canon está establecido? Es el principio de los principios. Así, por ejemplo, si a la ley se le quitase su forma axiológica toparíamos con un cadáver insepulto del alma social. Habría que enterrarlo piadosamente, y seguidamente habría que lanzarse a la búsqueda angustiada de la auténtica ley viva y fresca, incesantemente vivificada por la posesión de la acción. El canon religioso sin axiología se reduciría, igualmente, a la seca disposición de mando. Lo mismo nos ocurriría con los convencionalismos sociales del grupo. ¿Sería posible que estas normas se sostuvieran vacías? Precisamente la historia de la Humanidad es la lucha por su libertad y ésta consiste en la identidad de lo ético con la conjunción de la individualidad social. En esta identidad y sólo en ella cabe la justificación del Estado y de la ley. Sin ella nos quedaríamos con el cascarón vacío de la violencia” (in *Ética y Estado*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 14).

²⁴¹ Véase Horacio Daniel PIOMBO, *Extradición de nacionales*, Buenos Aires: Depalma, 1974; Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires: TEA, tomo I); Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Córdoba: Abeledo-Perrot; Carlos CREUS, *Derecho penal. Parte general*, Rosario: Astrea; Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo I; Ricardo NÚÑEZ, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Córdoba: Marcos Lerner Editora.

por la masiva facilitación de las comunicaciones, así como el aumento de la criminalidad itinerante–; 5) Incidencia en las relaciones internacionales –solicitudes de extradición se han transformado en motor de conflictos colectivos de alcance continental y hasta mundial–; 6) Politización –en conexión con lo anterior, se ha acentuado la irrupción de valoraciones de orden político en las decisiones sobre extradición–; 7) Absorción del impacto tecnológico – el procedimiento extraditorio también se encuentra ante el problema de asimilar el impacto de la “revolución electrónica” en las telecomunicaciones (superación del documento en papel y aceleración de diligencias por comunicación entre computadoras)–; 8) Tendencia a la uniformidad en la plasmación de soluciones ante problemáticas análogas; y 9) Reinserción de los derechos humanos.

Asimismo se han de señalar las distinciones entre el proceso de extradición y los procesos administrativos de expulsión, repatriación o deportación y el traslado de un extranjero, que tienen en común la búsqueda por la expulsión, pero que se diferencian por ser la expulsión, repatriación o deportación procedimientos de orden administrativos, mientras que la extradición y el traslado son procedimientos de orden judicial, que garantizan que la persona extraditada o trasladada sea enviada la primera al país que solicitó la extradición y la segunda al país de origen.

La extradición es distinta de la expulsión, que se realiza por motivos internos, a menudo administrativos del Estado que expulsa; de la prohibición de entrada, que consiste en impedir la entrada de una persona en la frontera; de la repatriación, que se sitúa fuera del ámbito penal; y, finalmente, del traslado, noción que tiene su origen en el Estatuto del Tribunal Internacional encargado de enjuiciar a los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario. El traslado consiste en trasladar ante el Tribunal a una persona encausada inicialmente por un tribunal nacional, en virtud del principio de la primacía del Tribunal sobre las jurisdicciones nacionales para el enjuiciamiento de los delitos que se sitúan en su ámbito de competencias.

La extradición suele ser clasificada en los siguientes términos: extradición activa, extradición pasiva, extradición voluntaria y extradición en tránsito.

A. Extradición activa

La extradición activa se define desde la perspectiva del Estado que demanda o requiere al delincuente. Se dice que la extradición es activa cuando un Estado requiere la entrega de un delincuente a otro Estado donde reside. Se ha señalado, con acierto, que el carácter de la extradición activa es administrativo y político; se trata de la demanda por voluntad política de un Estado para que se le entregue a un fugitivo con el propósito de no dejar impune un delito. Esa demanda supone un procedimiento y una serie de requisitos administrativos con los que debe cumplirse para que la extradición se haga efectiva.

Específicamente en España, se da en los casos en los que es el Estado español el que solicita a otro país la entrega de una persona que se encuentra en alguna de las siguientes circunstancias: 1) españoles que han cometido un delito en España y se han fugado al extranjero; 2) españoles que actúan contra España en un Estado extranjero y se van a un tercer Estado; y 3) extranjeros que deben ser juzgados en España y se encuentran en un tercero distinto al suyo.

Por su parte, sólo se procederá a la extradición: 1) en los casos previstos en los tratados vigentes con el Estado en cuyo territorio se encuentre la persona reclamada; 2) si no existe tratado, si la extradición es considerada procedente en aplicación de la legislación del lugar en el que se encuentre la persona cuya extradición se solicita; y 3) si no se dan ninguno de los dos casos anteriores, la extradición dependerá de la aplicación del principio de reciprocidad y colaboración que establezcan los países implicados.

El juez que conozca de un determinado procedimiento podrá solicitar la extradición, por propia iniciativa o a petición de la parte interesada. La solicitud de extradición se efectuará por el Gobierno, en forma de suplicatorio dirigido por el Ministro de Justicia a su homónimo del Estado en que se encuentra el condenado o imputado cuya entrega se solicita, salvo que un tratado internacional entre ambos países por el que se permita hacerlo por vía judicial; en estos casos el juez español podrá solicitar la extradición directamente.

B. La extradición pasiva

La extradición pasiva, por el contrario, se define desde la perspectiva del Estado al que se demanda o al que se requiere la entrega del delincuente. Pasiva es aquella en que el Estado requerido que lo tiene en su poder lo entrega para su juzgamiento o el cumplimiento de una condena. El carácter de la extradición pasiva, también en contraste con la anterior, es eminentemente jurídico y jurisdiccional. Se trata de establecer, para el caso concreto, si de conformidad con las normas vigentes procede acceder a la demanda recibida. Los problemas que suscita la extradición, por ser de carácter jurídico y jurisdiccional, se refieren a esta forma pasiva.

En España se encuentra en vigor la Ley n. 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva que regula el procedimiento aplicable cuando un Estado requiere la extradición de una persona que se encuentra en España. En dicho proceso la persona requerida a menudo será detenida y enviada a prisión provisional hasta su entrega a las autoridades extranjeras.

Por ello, es fundamental contar con una defensa letrada que vele por sus intereses en ese periodo. Así, el abogado en el procedimiento de extradición juega un papel muy relevante no sólo realizando cuantas actuaciones jurídicoprocesales sean necesarias, sino, a nuestro modo de ver, necesita proceder a unos servicios complementarios adecuados a las circunstancias, tales como los siguientes: 1) realización de diversas gestiones en la institución penitenciaria (organización de visitas para familiares, depósito de dinero, presentación de instancias, recuperación de objetos personales); 2) contacto con embajadas

u otros organismos para obtener información, participación y/o ayuda para el cliente y sus familiares; y 3) contacto con abogados en el Estado requirente para obtener información completa sobre la causa y facilitar la preparación de la defensa.

La extradición pasiva se fundamenta en los siguientes principios: 1) Principio de legalidad: sólo se podrá conceder la extradición conforme a una ley o a un tratado y por los delitos previstos en ellos. La Constitución Española, en su art. 13.3, reconoce la plena vigencia del principio de legalidad en materia de extradición, al disponer: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”; 2) Principio de reciprocidad: supone la exigencia de que el país requirente también conceda la extradición a España; 3) Principio de doble incriminación: exige que el hecho que motiva la extradición sea delictivo tanto en España como en el país requirente; 4) Principio de no entrega de los nacionales o de los extranjeros que deban ser juzgados en España, aunque si el Estado requirente lo solicita, las autoridades españolas iniciarán actuaciones para, en su caso enjuiciar los hechos en España; 5) Principio de especialidad: sólo se concederá la extradición con la condición de que se juzgue y se condene por los delitos expresamente autorizados por el país que la concede, es decir, por los delitos que motivaron la extradición. Para los casos en que se quiera juzgar por delitos diferentes por los que se extraditó, se tiene que solicitar una autorización ampliatoria. La ley recoge unos grupos de delitos por los que no se concede la extradición, como pueden ser los delitos políticos, no considerándose como tales el terrorismo, el magnicidio y el genocidio. Tampoco se concedería por delitos militares, por los delitos cometidos por medios de comunicación social en uso de la libertad de expresión, ni por delitos perseguibles a instancia de parte, con algunas excepciones.

También hay algunas otras características respecto a la extradición, como la de la no entrega por infracciones leves, ni a los nacionales ni a las personas con la consideración de asilados; que no se concede la extradición si el Estado requirente no da garantías de que la persona reclamada no va a ser ejecutada o sometida a penas que atenten contra su integridad personal, o a trato denigrante; la que rige el principio *non bis in idem*, en el sentido de que

no se va a conceder la extradición si la persona reclamada está siendo enjuiciada en España por el mismo hecho; bien así la disposición de la Ley n. 4/1985, de 21 de marzo, que establece la prohibición de extraditar asilados (art. 4.8).

C. Extradición voluntaria

En esta modalidad de extradición se presenta el caso de que el requerido, por sí, renunciando a todas las formalidades legalmente previstas, consiente voluntariamente su entrega. La extradición es voluntaria cuando el individuo reclamado se entrega, a petición suya, sin formalidades. Identificado el detenido, el juez le invitará a que manifieste, con expresión de sus razones, si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella; si consintiere y no se suscitaren obstáculos legales que a ello se opongan, el juez podrá acceder, desde luego, a la demanda de extradición.

D. Extradición en tránsito

Los componentes de esta modalidad de extradición son la necesidad de transitar con el extraditado por territorio de un tercer Estado, distinto al que demandó su entrega y distinto al Estado que lo entregó; la eliminación de formalidades, bastando para que la extradición en tránsito se concrete la exhibición del original o copia auténtica del acuerdo que otorgó la extradición. Igualmente, existe extradición en tránsito cuando los individuos, cuya extradición ha sido concedida por el Estado requerido al país demandante, son conducidos en detención por el territorio de un tercer Estado o son llevados en buques o aeronaves bajo pabellón de este país.

La extradición de tránsito integra la autorización concedida por un tercer Estado para la conducción a través de su territorio de un delincuente sujeto a la extradición, desde el

Estado de refugio al Estado requirente. Aunque es discutible la naturaleza jurídica de esta hipótesis de extradición, suele primordialmente denegársele carácter jurisdiccional propio, confiriéndole el sentido de puro acto administrativo.

E. La posibilidad de reextradición

La doctrina coincide en señalar que la autorización de la reextradición debe ser otorgada por el país que originalmente sirvió de acogida al perseguido y concedió su primera extradición. Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviene respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido a la misma nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiere sido puesto en libertad.

VII. El Derecho comparado en materia de delito de tráfico de personas

La apelación a la comparación, ciertamente, goza de una larga tradición en el mundo jurídico. En la Grecia clásica se empleó con asiduidad el estudio de modelos jurídicos ajenos para poder ser aplicados en la propia *polis*. El Derecho político ha tomado el modelo constitucional contemporáneo para exportarlo a los Estados democráticos y de Derecho actuales. Los modelos penales alemán e italiano han servido de referencia básica a muchos sistemas penales. La codificación, como modelo desarrollado en el seno de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, es otro ejemplo comparatista clásico. El Derecho mercantil está íntimamente vinculado a la comparación como vía para desarrollar y expandir sus instituciones.

Imperialismos y colonialismos han servido de cauce para trasladar o exportar sistemas jurídicos a los países sometidos, que se han visto penetrados por sistemas jurídicos ajenos, cuya influencia en la era poscolonial no ha desaparecido; antes bien, se ha arraigado

como consecuencia de las estructuras económicas capitalistas y del proceso de globalización mercantil contemporánea.

Como herramienta jurídica el Derecho comparado también se ha revelado como instrumento valioso e insustituible en la actividad procesal y judicial. Buen ejemplo es la práctica judicial en los tribunales de la Unión europea, donde los jueces, vinculados a su propia formación y sistema jurídicos, requieren del conocimiento y evaluación de otros sistemas jurídicos para aplicar soluciones viables y efectivas en sus decisiones jurídicas.

La creciente importancia del Derecho internacional y de la Unión Europea ha potenciado la actividad investigadora en el orden comparado en las últimas décadas, no sólo en el panorama interno sino también en el extranjero.

Por tanto, a la vista de esta realidad es oportuno ahondar en una línea de investigación que afronte el estudio del fenómeno tráfico ilegal de personas bajo una metodología jurídica comparada dado el interés y la proyección científica del mismo en el mundo. Para facilitar la exégesis y adquirir una idea más precisa del tema investigado, se realizará cotejos con naciones como Brasil, Portugal, Italia, y, de un modo especial, España, que basan sus sistemas jurídicos en la tradición jurídica romano-germánica.

Es así como se pasará definiendo y mostrando los alcances de los tipos penales de tráfico de personas en los diversos países. En cada caso –a excepción del ordenamiento jurídico español cuyo análisis será más amplio–, no se concluirá el avance y evolución legislativa o su estancamiento, impreso en el ordenamiento u ordenamientos que se comparan, pero se precisará el grado de apego, y de consolidación o no, con las normas internacionales y supranacionales respectivas.

El estudio comparativo desempeña varios propósitos. Muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente en la de otro, o bien han inspirado las legislaciones de otros países, las leyes, las resoluciones de los tribunales, y las opiniones de los grandes juristas extranjeros permiten comprender mejor el marco jurídico nacional. El conocimiento

de los diferentes sistemas del mundo aporta una mayor variedad de soluciones de las que podrá concebir a lo largo de una investigación.

El Derecho comparado enriquece e intensifica la posibilidad de soluciones a los conflictos en el dinámico intercambio internacional de temas jurídicos, y nos sirve para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, y de esta manera se contribuye a enriquecer el entendimiento entre los países, para poder visualizar el espíritu jurídico para determinar que vale la pena conservar y quitar, que funciona y que no²⁴². La gran mayoría de los legisladores han coincidido que no es posible forjar leyes adecuadas sin la intervención del Derecho comparado.

Toda investigación en el ámbito del Derecho comparado se parte del planteamiento de un problema, de una pregunta, de la formulación de una hipótesis y de una idea en general, la cual es la interrogante del investigador, al cuestionarse si en otros sistemas jurídicos se ha producido algo mejor, que, en el caso concreto, refiérese al combate al fenómeno del tráfico ilegal de personas. Así, un principio metodológico del Derecho comparado es la funcionalidad, la cual determina la elección de leyes por comparar. No es correcto comparar cosas incompatibles, sino que en el ámbito del Derecho se deben comparar cosas que cumplan con la misma función.

En los diversos sistemas jurídicos, la sociedad, por lo regular se enfrenta a los mismos problemas, sin embargo las soluciones que dan las resuelven por medios muy diversos entre sí, no obstante los resultados obtenidos son muy semejantes. Por consiguiente las áreas del sistema jurídico extranjero que se deben de estudiar con la finalidad de aplicar una analogía a la solución del problema planteado son las fuentes del Derecho. Se debe de estudiar como fuente del Derecho la ley vigente en el sistema a comparar, bien así todos los aspectos que el país considera como fuente del Derecho otorgándole el mismo valor y peso

²⁴² Véase MOREIRA GUIMARÃES, Flávia, *Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado*, Lisboa: FDUL, 2009); VICENTE MOURA, Dário, *O direito comparado após a reforma de Bolonha*, Lisboa: FDUL, 2009; ARAÚJO COSTA, Alexandre, *O controle de razoabilidade no direito comparado*, Lisboa: FDUL, 2008; ESPÍNEIRA LEMOS, Bruno, *Direitos fundamentais: direito comparado e as constituições brasileiras. Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça*, Lisboa: FDUL, 2007; FERNANDES DE FREITAS, Geórgia Bajer, *Os actos políticos em direito comparado atual*, Lisboa: FDUL, 2003.

que les asignen los juristas²⁴³.

Ahora bien, efectivamente los estudios de investigación serán dirigidos al análisis de los llamados elementos del tipo. Sin duda representan una problemática de considerable dificultad, pues el contenido del tipo penal depende, en cuanto a su estructura o formal composición, de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se hagan²⁴⁴. Se acercará a una descripción de conductas humanas, para destacar sólo aquellas notas distintivas o características de las hipótesis que se pretenden prever como típicas.

La captación de la realidad, con su variadísima gama de datos, ha de ser puntualizada, algunas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, por medio de referencia expresa a la valoración normativa de dicha conducta; y otras más, mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde lo más profundo del ánimo del autor²⁴⁵.

Se procederá al análisis del tipo penal de tráfico de personas en los ordenamientos penales de los diversos países con un criterio comparado, para destacar las características esenciales de la figura legal incriminadora de esta manifestación de criminalidad

²⁴³ Véase FIX-ZAMUDIO, Héctor., *Docencia e investigación jurídicas*, Ciudad de México: Porrúa, 2001; y ZWEIGERT, Konrad., *Introducción al Derecho comparado*, Ciudad de México: Oxford University, 2002. Además, se pueden aplicar diversas estrategias metodológicas como la comparación espacial (sincrónica) que analiza los fenómenos jurídicos en un mismo tiempo, la temporal (diacrónica) cuando se analizan varios ordenamientos en tiempos sucesivos. La macrocomparación, cuando los comparatistas se dedican a comparar los sistemas jurídicos de diferentes países ya sea en mayor o menor escala, concretándose en los métodos de consulta de los materiales legales, los procedimientos para resolver disputas, los métodos de reflexión. La microcomparación, se relaciona con problemas o instituciones específicas, como son los principios a los que se recurre para resolver situaciones reales o conflictos de intereses particulares. Tanto la macrocomparación como la microcomparación hacen referencia a la envergadura del objeto por comparar, como el grado de generalidad etc.

²⁴⁴ Véase GOMES, Luis Flávio, *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, 3ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013; en mismo autor en *Teorias causalista, finalista e constitucionalista do delito*, San Paulo: Universidad Anhanguera, 2007; y en *Tipo, tipicidade material e tipicidade conglobante. Direito penal, Parte geral*, San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

²⁴⁵ Véase BELING, Ernest Von, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires: Sebastián Soler, 2002; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código penal comentado*, 5ª edic. San Paulo: Editora Saraiva, 2009; el mismo autor en *Tratado de direito penal. Parte geral*, 15ª edic. San Paulo: Ed. Saraiva, 2010; BRUNO, Aníbal, *Direito penal. Parte geral*, 3ª edic. Río de Janeiro: Ed. Forense, 1967. MEZGER, Edmund, *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

supranacional²⁴⁶.

El presente trabajo no pretende ofrecer una versión completa ni una respuesta acabada a todas y cada una de las cuestiones enumeradas y planteadas en torno del extensivo e inquietante problema que sugiere la Teoría jurídica del delito acerca de los tipos penales en general, por una razón evidente. Ella nos llevará a reflexionar sobre el objeto del Derecho penal, sobre el contenido que debe abarcar, especificando las cuestiones que deben ser incluidas y las que deben quedar fuera, pero únicamente respecto a los objetivos de la investigación, que es referida a la tipificación del tráfico de personas. Esta tarea no sólo consiste en una discusión teórica, sino que la determinación del objeto de estudio de esta disciplina pone de manifiesto la intencionalidad en el manejo del poder punitivo por parte del Estado.

Es más que sabido que la amplísima Teoría Jurídica del Delito es la ciencia de la dogmática jurídico-penal que constituye su fundamento y límite; que elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de la elaboración conceptual y sistémica. Y que la dogmática penal es el instrumento mediante el cual se facilita la interpretación progresiva del derecho vigente, en base al examen crítico, a la comparación y a la clasificación de la jurisprudencia, como puente entre la ley y la práctica.

Vale decir que la dogmática jurídico-penal se proyecta en dos niveles distintos. El primer plano de la dogmática llanamente se considera como una esfera que contribuye a evitar la arbitrariedad y el caos en las decisiones judiciales, en la labor de interpretación de la norma y en la enseñanza del derecho. Desde esa vertiente, el llamado carácter tautológico de la dogmática jurídico-penal expresa lo que el Derecho dice (y por qué lo dice); permite

²⁴⁶ Véase NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, 10ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010; ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal. Tipos abiertos y elementos de del deber jurídico*, Buenos Aires, Argentina: DePalma, 1979; y ZAFFARONI, Eugênio Raul y PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito penal brasileiro, Parte geral*, 9ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

de este modo una aplicación igualitaria del Derecho en casos iguales. El segundo plano de proyección de la dogmática se refiere a la esfera de la política criminal y legislativa. Una continua labor de depuración a que la dogmática somete las instituciones jurídico-penales, es decir, el esfuerzo continuo del pensar jurídico dogmático que supera errores y trampas; es el “arsenal de conceptos e instituciones” que reconduce la labor legislativa para ganar en precisión, calculabilidad y tecnicismo. Esta misión de la dogmática contribuye a evitar uno de los mayores peligros que asalta al sistema jurídico penal de hoy, a saber: el del carácter contradictorio, reiterativo y atomizado de las normas legales. Así, al reducir este riesgo, la dogmática también contribuye a la creación de un sistema jurídico más justo.

En ese sentido, la presente investigación verificará el papel que juega la jurisprudencia judicial dentro de cada ordenamiento jurídico nacional en materia de tráfico ilegal de personas, buscándose no simplemente el conocimiento teórico y la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, sino también, y sobre todo, el modo de aplicar el Derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, al restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales en materia de represión al fenómeno del tráfico de personas.

El propósito de la investigación de la jurisprudencia no es otro sino la transmisión del conocimiento del Derecho positivo y, por otro lado, una de las mejores formas para no perderse en el pantanoso terreno de diversas doctrinas, teorías, dogmas y demás construcciones etéreas acerca del derecho aplicable. La jurisprudencia, a través de ese esfuerzo de síntesis de elementos muchas veces divergentes, descubre, precisa o esclarece las reglas jurídicas a las cuales las relaciones internacionales deben de someterse desprendiendo las tendencias dominantes, así como los puntos de concordancia entre las corrientes divergentes²⁴⁷.

²⁴⁷ La superación del formalismo legalista no desemboca en un decisionismo arbitrario del juez del mismo modo que la falta de sumisión estricta del juez a la literalidad de la ley no implica su desvinculación de determinados parámetros de orientación y control. Y en este punto, ha de recordar la diferencia entre razonabilidad y equidad, consistente en que la adopción del criterio de razonabilidad requiere de la fidelidad a la ley; dicho de otro modo, nunca podrá afirmarse a costa, sobre, y/o en contra de la legalidad, una vez que *conditio sine qua non* de una decisión razonable es que previamente sea racional: una cosa es que el Derecho

VIII. Un análisis comparativo del delito de tráfico de personas

A. La teorización comparativa

Inicialmente, ha de resaltarse que la armonización obtenida en días de hoy en la legislación penal²⁴⁸ de los diversos países indica que el tráfico de personas viene castigado sea como “delito de lesión” sea como “delito de peligro”. La razón de la incriminación de todo supuesto o consiste en la circunstancia de que el hecho constitutivo del mismo produzca un daño al interés que la ley pretende tutelar o bien en la circunstancia de poner en peligro ese propio interés, y, por tanto, en el primero caso se hablará de delito de lesión; en el segundo caso, en delito de peligro²⁴⁹.

sea dúctil y otra muy distinta, que sea maleable a voluntad de quien lo aplica. De ahí, a romper con la legalidad y hacer del juez el señor y no el servidor y garante de la ley, media un paso. Como mediador, debe cumplir las normas, valores y principios de ordenamiento y, mediante el ejercicio de la racionalidad práctica, apoyar sus decisiones en criterios universales que permitan la adopción de consecuencias socialmente deseables, y, racional y razonablemente fundadas. En ese sentido, véase VIDAL GIL, Ernesto Jaime, *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia: Universidad de Valencia, 1999, págs. 53-54.

²⁴⁸ Sobre la pretendida “uniformización” y la realizada “armonización” de las normas penales en el ámbito de la Unión Europea, ver específicamente ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y Otros, *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, pág. 128).

²⁴⁹ Sobre la distinción en delitos de peligro y delitos de lesión, véase Antonio PAGLIARO, *Trattato di Diritto penale. Parte generale*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2007, pág. 32; Carlo Federico GROSSO, Marco PELISSERO y Otros, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2013, pág. 272; Alberto FERNÁNDEZ MADRAZO, *Derecho penal: teoría del delito*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pág., 58; Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Pedro COLINA OQUENDO y Otros, in *Código penal: comentado y con jurisprudencia*, 2ª edic., Madrid: La Ley, 2007, pág. 351; Ignacio BEDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1ª edic., Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982, pág. 118; Paul BOCKELMANN y Klaus VOLKER, *Direito penal, Parte geral*, 1ª edic., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pág. 186; y Cezar Roberto BITENCOURT, *Manual de direito penal. Parte geral*, 1ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 182. En el contexto de anticipaciones de barreras, especialmente en el seno de la teoría de Derecho penal de enemigo, ver POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Barcelona, Ed. Mediterránea, 2006, y el mismo autor en *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.

Por su parte, y ya moviéndonos dentro del terreno de los que conceptúan como delitos de peligro el tráfico de personas, se nos plantea una segunda división que atiende a la esencia misma del peligro acontecido, dependiendo de que el hecho típico exija únicamente la peligrosidad inherente a la acción, o de que se requiera expresamente una efectiva situación de peligro –resultado de peligro–, para situar el tráfico de personas entre los delitos de “peligro abstracto” y los delitos de “peligro concreto”, respectivamente.

Algunos Estados han adecuado su legislación para conferir al delito de tráfico de personas la cualidad de delito de lesión, por ejemplo Brasil y Portugal, en que el delito se consumaría produciéndose un daño o un riesgo de lesión, de forma que el juez no puede invocar una presunción normativa de peligro por la conducta. En esos supuestos, a nuestro modo de ver, el bien jurídico estaría protegido, tanto si se produce un resultado como si no se produce; en el primero caso como delito consumado y, en el segundo caso, como delito en grado de tentativa, pues, se ha de señalar que lo que sería consumación en los delitos de peligro, en los delitos de lesión o resultado es tentativa.

Para la configuración del delito de lesión, se invocará, sobre todo, el concepto de “desvalor del evento”, alejándose, de esa manera, de la concepción de “desvalor de la acción”²⁵⁰, referente a los delitos de peligro abstracto. Se verificará la “lesividad del evento” en relación con el bien jurídico concretamente considerado, principalmente, investigándose la intencionalidad del agente y el conjunto de las circunstancias que ha propiciado el hecho incriminado, como el *modus operandi*, medios de transporte, condiciones sociales y políticas en el país de origen, de eventualmente tránsito, de destino etc.

Generalmente, no es sólo un bien jurídico el que es protegido por el tipo penal de

²⁵⁰ Tal distinción es explicada por Stefano CORBETTA con los términos “*disvalore dell’evento*” y “*disvalore dell’azione*”, respectivamente (in *I delitti contro ... op. cit.*, pág. 120). Véase ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada: Comares, 2000; CALDERÓN CERREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código penal comentado. Concordado jurisprudencia, doctrina legislación penal especial y normas complementarias*, Bilbao: Deusto Jurídico, 2004; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares, 1997; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993.

tráfico de personas, pero múltiples bienes jurídicos, al tutelar a la vez la Administración Pública (el control de las fronteras), la dignidad humana, la libertad y la integridad física de la persona, la sanidad pública (ej. enfermedades que puedan ser introducidas en el país receptor, y, eventualmente, de tránsito), el derecho de los trabajadores etc. Incluso se podrá observar que en algunos casos se deparará con “delitos permanentes”, caracterizados como aquellos en que su consumación se prolonga en el tiempo²⁵¹.

Esta característica de permanencia tiene evidentes repercusiones en el plan de la legitimidad de una detención cautelar, pues, son conocidas las controversias generadas por diligencias de entrada y registro en domicilio particular, diligencias que deben ser practicadas con una observancia máxima respecto a los requisitos condicionales que la norma procesal establece; y la legitimidad de una detención cautelar, de ahí resultante, encuentra amparo normalmente en el hecho de que el derecho a la inviolabilidad de domicilio admite excepciones, previstas constitucionalmente, cuando se den los requisitos de flagrante delito²⁵².

Ha de señalarse que la consideración del delito de tráfico ilegal de personas, en su modalidad de trata de seres humanos, en algunas circunstancias como un delito permanente, repercutiría en el momento inicial de transcurso de eventual prescripción de la pretensión punitiva, que comienza generalmente con la cesación de la conducta criminal²⁵³.

²⁵¹ El delito permanente, con todo, no debe confundirse con el continuado, en el que con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal. Sobre la distinción de delito permanente y delito continuado, ver RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, COLINA OQUENDO, Pedro, *Código penal ... op. cit.*, pág. 221.

²⁵² Cfr. FABBRINI MIRABETE, Júlio, *Manual de ... op. cit.*, vol. II, pág. 177; y TORNAGHI, Hélio, *Manual de processo penal*, 1ª edic., San Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, vol. I, pág. 288; DELGADO, Augusto y Otros, *Revista de processo*, 1ª edic., San Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 230; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale ... op. cit.*, pág. 231); y DRAETTA, Ugo, SANTINI, Andrea, *L'Unione europea in cerca di identità: problemi e prospettive dopo il fallimento della Costituzione*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2008, pág. 158.

²⁵³ Véase Paulo José DA COSTA JÚNIOR, Alberto SILVA FRANCO y Otros, in *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 1ª edic., San Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, vol. I, pág. 315; Estevão LEITE DE MAGALHÃES PINTO, Francisco MENDES PIMENTEL y Otros, in *Revista forense: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação*, 1ª edic., San Paulo: Revista Forense, 2003, pág. 309; Edgard MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, 1ª edic., San Paulo: Saraiva, 1968, vol. I, pág. 398; y Santos FIORINI NETTO, *Direito penal. Parte geral*, 1ª edic., Pará de Minas: VirtualBooks, 2010, vol. II, pág. 166. Véase MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid:

Otros Estados vienen configurando el tráfico de personas como de delito de peligro, en Italia y en España, bastando únicamente la realización de la conducta típica de “traficar” –semánticamente, corresponde a un “traslado” o “desplazamiento” de personas entre países o regiones–, para que se presuma la existencia de ese peligro.

De esa forma, no es preciso que quien proceda a la realización de la acción haya dado lugar a un riesgo específico y concreto, referido a un bien jurídico individual o colectivo, y aún menos a un resultado. Como todo delito de peligro presumido, el juez está dispensado de la concreta verificación del peligro individual o a la colectividad. La tipificación ya se encuentra caracterizada por el legislador que, con base en estudios científicos y las “máximas de experiencia”²⁵⁴, ha seleccionado y punido un “hecho típicamente peligroso”²⁵⁵. En los supuestos de delitos de peligro concreto, a su vez, debe hacerse una valoración sobre la conducta para verificar si efectivamente los bienes jurídicos estuvieron en peligro.

Esta tendencia nos lleva al convencimiento de que un concepto de delito basado en el simple riesgo, como fin que culmina con una idea preventiva general de la pena, nos conduciría a un Derecho penal positivo abocado a entender la culpabilidad como puro resultado y probabilidad estadística.

Sobre la base de índices estadísticos de criminalidad, que clasifican matemáticamente los perfiles criminales, los delitos habituales etc., el legislador pasa a positivizar como delito aquellos actos cuya ejecución se pretende evitar en tanto resulte estadísticamente probable. El Derecho penal ya no valora qué hechos merecen ser reprobados mediante la pena, sino simplemente castigar todos aquellos hechos que entrañen peligro social.

Civitas, 2001; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 2002.

²⁵⁴ Según Ignacio KATZ, la máxima de experiencia “designa nuestra intimidad con el mundo; es la totalidad de la praxis humana, a diferencia del conocimiento, que es teoría y designa la tarea de la investigación científica. El vínculo entre ambos es el saber” (in *Breviario de máximas y mínimas*, 1ª edic., Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2003, pág. 83).

²⁵⁵ La expresión “*fatto tipicamente pericoloso*” fue escrita por Stefano CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2014, vol. II, pág. 12.

Tal forma de legislar, denominada por un sector de la doctrina como creación de normas cautelares, trata de anticipar la barrera de protección mediante una idea de peligro que se ha ido abriendo paso como criterio general de la intervención penal frente a la excepcionalidad de la tipificación de conductas simplemente peligrosas para bienes jurídicos propia de épocas pasadas.

Para tratar de esclarecer la naturaleza del peligro, es preciso empezar por preguntarse si cabe afirmar la realización del tipo con la ejecución de cualquier conducta que esté orientada a alguna de las finalidades previstas en las diferentes modalidades de tráfico de personas. A nuestro modo de ver, si la función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos, éste no debe recoger en los tipos comportamientos que no sean idóneos para lesionarlos o ponerlos en peligro.

Por ello se ha de exigir una idoneidad de los actos de cara a la afección de la administración de las fronteras, y, en los supuestos de tráfico ilegal agravado, por lo menos un riesgo a la integridad física del traficado. Ciertamente, no siempre resulta fácil delimitar los comportamientos que no entrañan un riesgo para el bien o al menos no crean un riesgo prohibido de aquellos que sí lo suponen. Piénsese, por ejemplo, en las conductas de dar albergue a la víctima de tráfico de personas, prestarle asistencia médica y venderle comida.

Hay también los problemas que se plantean para conciliar los delitos de peligro abstracto con el principio de culpabilidad. La solución, a nuestro modo de ver, pasa por la definición de delitos que presuponen un bien intermedio espiritualizado, dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto, aplicable al fenómeno de tráfico ilegal de personas.

Las concepciones sociales han idealizado el bien intermedio espiritualizado, cuya lesión presenta un desvalor propio, y que por ello tiende un puente con los tipos de lesión en sentido estricto que protegen a un bien jurídico materialmente aprehensible. Conforme a tales concepciones, la incolumidad de la persona traficada vendría a ser el bien intermedio

espiritualizado respecto a la administración de las fronteras, en los supuestos de tráfico ilícito de migrantes, condición que se invertiría en los supuestos de trata de seres humanos.

La consumación del delito de tráfico de personas, en tanto delito de peligro, según nuestro punto de vista, coincidirá con la salida del migrante del territorio del país de origen. De un modo general, el “verbo rector” de la oración descriptiva del tráfico es generalmente “trasladar” la víctima para fuera o para dentro del territorio del Estado o entre regiones (o “transportar”, “desplazar” etc.), en el caso del tráfico de seres humanos, y justamente para evitarse que algunas acciones deletéreas permanezcan fuera del ámbito de incidencia de la norma penal, el legislador viene valiéndose de la posibilidad técnica de previsión de más de un núcleo (tipo penal mixto), como para reprimir las acciones de “reclutar” la persona a ser traficada. Por tratarse el tráfico de personas un tipo penal de contenido variado, plurinuclear, cuando el delincuente practica algunas de las acciones o todas ellas, en el mismo contexto fáctico, responde él por un único crimen.

Los hechos posteriores a la consumación del delito (*post factum*) pueden ser penalizados cuando estén tipificados en las leyes y estarán sujetos, conforme el caso, a las normas en materia de concurso de delitos, y desde que no vayan a componer una circunstancia elemental del mismo tipo penal. Con relación a este aspecto, hay que establecer una separación entre el “concurso de normas” y el “concurso de delitos”, en el que también concurren varios preceptos que, entretanto, no se excluyen entre sí.

La diferencia esencial radica en que en el concurso de normas el hecho es único, en su doble vertiente natural (de la realidad) y jurídico (de la valoración), pues se entiende que el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido de injusto y de reproche de este hecho queda totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de las normas penales, haciendo innecesaria la aplicación de las demás. Sin embargo, en el concurso de delitos se lesiona más de un bien jurídico, cada uno de los cuales es tutelado por un precepto penal diferente, de modo que para responder al contenido de injusto deben aplicarse las diversas normas que

tutelan los diversos bienes jurídicos frente a acciones que también son diversas²⁵⁶.

Generalmente, las penas previstas en el supuesto de tráfico ilegal de personas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por los demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación, como suelen ocurrir en la trata de seres humanos. Por tanto, ha de resaltarse que al no exigir el delito de tráfico el resultado de la explotación efectiva de la víctima o un riesgo personal, pero, sólo el transporte o el traslado a otro lugar, tal explotación, lesiones, u homicidio de la víctima etc., deberán ser castigados en concurso material, así como con otros delitos que cometidos con ocasión de la comisión del delito del tráfico de personas, y que no guarden una relación de consunción con los medios comisivos descritos en la ley penal. Esta “cláusula concursal”, presente en la mayoría de las leyes nacionales, impone una autonomía e independencia del delito de tráfico de personas respecto a los demás delitos²⁵⁷.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de tráfico de personas normalmente son castigadas con la pena inferior al del delito correspondiente. La complejidad de los hechos presentará, en muchas ocasiones, dificultades para probar estas formas de resolución criminal manifestada, que amplían el ámbito de aplicación del delito de tráfico de personas si se consideran que este delito comprende un conjunto de actos variados, comenzado por la captación de una persona. 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 no²⁵⁸.

²⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, COLINA OQUENDO, Pedro, y Otros, *Código penal comentado ... op. cit.*, pág. 755. Véase BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y DÍAZ MAROTO, Julio, *Manual de Derecho penal, Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 1991; MIR PUIG, Santiago, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996.

²⁵⁷ Cfr. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal*, Sevilla: Estudios Penales y Criminológicos, 2012, págs. 117-119.

²⁵⁸ La distinción del límite exacto y preciso entre actos preparatorios y los actos de ejecución es una operación compleja y uno de los temas más complicados de la teoría del delito. A respecto del tema, véase Massimiliano DI PIRRO, *Compendio di diritto penale. Parte generale e speciale*, 1ª edic., Roma: CELT, 2014, pág. 60; Giovanni GRASSO, Lorenzo PICOTTI y Otros, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce de Trattato di Lisbona*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2011, pág. 259; Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, 4ª edic., Milán Ed. Giuffrè,

Por fin, resta afirmar que, tanto en la modalidad de delito de lesión como de delito de peligro, el tráfico de persona será siempre doloso, no admitiéndose la tentativa cuando sea tipificado como delito de peligro, ya que el legislador ha anticipado la consumación a un estado anterior a la lesión del bien jurídico²⁵⁹. Además, es un delito común, en el sentido de que puede ser cometido por cualquiera persona mayor de edad, hombre o mujer, y, más allá, en los países en que se admite una especial punición penal, también las personas jurídicas, atendiéndose a una pena compatible con la estructura empresarial²⁶⁰.

B. El delito de peligro: el fenómeno de la expansión normativa

El garantismo es conocido con diferentes denominaciones, tiene sus orígenes en acontecimientos sociales importantes como la Revolución Francesa y al reconocimiento del valor de legalidad, y constituye uno de los pilares principales del Estado democrático de derecho, al limitar el poder del Estado. El garantismo se puede clasificar y caracterizar por advenir de un derecho penal formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, autolimitado en su esencia. La concepción clásica del garantismo es de un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de la cadena, necesario para la solución de los

2012, pág. 405.

²⁵⁹ Sobre la controversia existente respecto a la tentativa en los delitos de peligro, ver Borja MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, 1ª edic., Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, págs. 149 y ss.. Véase, además, Rubén Enrique FIGARI, *Casuística penal: doctrina y jurisprudencia*, 1ª edic., Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, pág. 428; Luis Eduardo ROY FREYRE, *Derecho penal*, 1ª edic., Lima: Editorial y Distribuidora de Libros, 1986, vol. I, pág. 397; y Miguel ABEL SOUTO, Ferrer BARQUERO y Otros, in *Estudios penales y criminológicos*, 1ª edic., Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pág. 391.

²⁶⁰ Véase BASABE SERRANO, Santiago, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*, 1ª edic., Quito: Universidad Andina Simon Bolívar, 2003; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2010; ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª edic., Madrid: Editorial RASCHE, 2012; PÉREZ ARIAS, Jacinto, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2014; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torio López*, Granada: Comares, 1999.

problemas sociales.

No obstante esos aspectos, las críticas al garantismo son intensas y constantes, siendo considerado por muchos un modelo que ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios politicocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal²⁶¹. Por tanto, según esos críticos, el “pecado original” del garantismo sería su inmovilismo en razón de algunas posturas, tales como: 1) el desprecio a todo lo que suponga abandonar sus principios; 2) el principio de intervención mínima como la principal base del garantismo; y 3) la correcta interpretación de las leyes como directriz de la correcta aplicación de las leyes²⁶².

Sin embargo, existe un problema de incluirse en la elaboración de la dogmática de la Teoría del delito algunas finalidades político-criminales, que pueda presuponer una política criminal que pretenda resolver los problemas del derecho que no son propios del Derecho penal con el Derecho penal, lo que desde luego parece indicar un peligro para las garantías y derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, con relación al carácter de *ultima ratio* y al principio de intervención mínima del Derecho penal.

Tales planteamientos novedosos tienen por objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social, que son igualmente ideales del Derecho penal clásico, no obstante la posibilidad de que, ante la “carrera” por alcanzar dichas creaciones estructurales o “novedosas teorías”, se consienta violentar principios fundamentales o reducirlos a su mínima expresión, para legitimar o autorizar al Estado, para con el pretexto de garantizar la “seguridad ciudadana”, violar las garantías individuales de sus gobernados²⁶³.

²⁶¹ Ver ambos posicionamientos en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (Coords), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra: Aranzadi, 2001; y CANTARERO BANDRÉS, Rocío, *Inmigración y Derecho penal en España: líneas para una propedéutica jurídica. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomson, 2005.

²⁶² Hay también aquellos que defienden que para un sector de la criminalidad, se pueda renunciar al garantismo. Véase sobre la cuestión en RODRÍGUEZ, Cristhian Gilberto, *Actuales tendencias del Derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*, Madrid: Revista de derecho penal, procesal penal y criminología, 2012, pág. 5.

²⁶³ Eso es verdaderamente lo que preocupa y es la razón por la cual se requiere un desarrollo académico

El denominado moderno Derecho penal tanto a nivel teórico de pensamiento como en su actuar práctico presenta ciertas características: 1) prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica; 2) se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias; 3) tiene una concepción teórica preventiva que retributiva; 4) intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

El moderno Derecho penal en su esencia resulta ser más penalizador que despenalizador, abundando en el mismo los delitos de peligro abstracto, las normas penales en blanco, y la pretensión de tutela de una extensa protección a bienes jurídicos de carácter colectivo. Resaltase que en la concepción supraindividualista del bien jurídico, los valores colectivos supeditan cualquier otro, situación que se traduce en un debilitamiento respecto de los principios y garantías rectores del Derecho penal clásico, legitimado a su vez, en un criterio positivo de decisiones criminalizadoras.

Este nuevo Derecho penal, muchas veces tan “manoseado” por intereses diversos, sobre todo de los políticos y de los medios de comunicación, a nuestro modo de ver, puede llevar a cabo un efectivo control de la actual problemática social del tráfico ilegal de personas. El principal problema, sin embargo, es si una merma a los férreos principios del poder punitivo del Estado, desarrollado por la teoría clásica del Derecho penal precisamente como límite a una política criminal demasiado pragmática, pueda implicar que el derecho represivo sea utilizado como *prima* y no como *ultima ratio*.

No es oculto que la mayoría de los Estados democráticos de derecho atraviesan por problemas de diversa índole, a saber, sociales, políticos y económicos; a los que por supuesto se puede atribuirles diversas causas. Pero, también es cierto que no todas esas causas deben y pueden buscarse una solución en el Derecho penal. Es decir, que ante la posible ineficacia por parte del sistema –por no llamarla ineptitud– se pasa a buscar la solución, como también sucede con habitualidad, en el Derecho penal, transformando así en

cauteloso. Véase RODRÍGUEZ, Crithian Gilberto, *Actuales tendencias ... op. cit.*, pág. 5.

leyes penales lo que no es Derecho penal, más bien en ocasiones en las cuales no debería serlo, tomando como motivo o justificante de intervención penal el hecho de que todos pueden ser víctimas. El motivo de la intervención penal sería, por tanto, una referida “seguridad de todos en general”, no la posible lesión de un bien jurídico en particular.

No se puede olvidar que esas tendencias, sobre todo de corte sociológico, que estudian las consecuencias de la sociedad postindustrial, están igualmente decididas a configurar ese nuevo Derecho penal en el que prioriza el riesgo sobre la valoración personal del autor y de su acción culpable.

Aunque todavía hoy parece posible afirmar que el núcleo básico contenido en el injusto penal viene constituido por la lesión de un bien jurídico de naturaleza material, la verdad es que dicho aserto ha adquirido tales niveles de relatividad en el sistema jurídico-penal contemporáneo que resulta inevitable en el sistema efectuar un replanteamiento del mismo no sólo por la proliferación de los delitos de peligro, sino también por el papel que éstos están asumiendo frente a la constante y creciente peligrosidad de la vida en la actual sociedad de riesgo²⁶⁴.

En efecto, el término “anticipación penal” se ha referido a un modo de actuación penal que prevé una intervención contra conductas que no representarían un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado. No obstante, esta forma de comprensión del principio de ofensividad no es universalmente compartida: no todos consideran que el fin del Derecho penal sea la protección de los bienes jurídicos ni, consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico. Es decir, la producción de normas justas sólo porque responden a criterios de funcionalidad conduciría a la relativización de los principios limitadores del poder punitivo del Estado como, por ejemplo, los de protección exclusiva de bienes jurídicos, de ofensividad, de culpabilidad. La racionalidad sistémica renuncia a someterse a unos

²⁶⁴ Cfr. PALMA HERRERA, José Manuel, y GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel (Coords.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid: Editorial Dykinson S. L., 2012, págs. 278 y ss.

determinados valores que actúen como constantes límites externos.

Pero, no se puede menospreciar que en un Estado social y democrático de derecho, la esfera exenta de responsabilidad que cada ciudadano posee alcanza los pensamientos, el ámbito de lo privado y las conductas externas irrelevantes por sí mismas. Necesidades del sistema pueden establecer que esa expectativa normativa de irresponsabilidad en el ámbito de lo privado no esté vigente. Así, se puede mantener que una conducta externa no sólo perturbe por arrogación de una o arrogación ajena, también lo haga cuando pueda revelar una futura arrogación de organización. Habrá ocasiones, entretanto, en que se llegará a la misma conclusión, respecto a la anticipación y los márgenes de punición, a ser alcanzada por los planteamientos abiertamente orientados a la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho, ya sea porque aquéllos intentan mantener una conexión con el bien jurídico y el principio de ofensividad, ya sea porque éstos relajan su sujeción a los citados principios. Incluso cuando se acepta el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos no todos defienden que sea penalmente relevante el mismo grado afectación del bien tutelado²⁶⁵.

El debate sobre la anticipación no desaparece, sino que cambia de perspectiva, para se determinar, por ejemplo, si la creación de una norma, con independencia del grado de afectación de un bien jurídico que represente, sería funcional para el mantenimiento del equilibrio del sistema y, en un momento posterior, a verificar si hay una infracción de una norma vigente que no esté amparada por otra expectativa normativa²⁶⁶.

Así, el subsistema político creador del Derecho, dentro de un ambiente que no deja de cambiar, es impulsado a crear normas capaces de reducir la complejidad social a través de la generalización de expectativas de conductas, a través de formulaciones de lo que el

²⁶⁵ Véase ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Madrid: Civitas, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001; WITKER, Jorge, *La investigación jurídica*, Ciudad de México: Editorial McGraw-Hill, 1995, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales en Derecho penal*, Buenos Aires: Editorial AD-Hoc, 1998.

²⁶⁶ Véase JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003; JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Madrid: Marcial Pons, 1995.

derecho va a proteger frente a su decepción. Una norma será materialmente justa porque su existencia y el reestablecimiento de su vigencia reducen la complejidad del sistema social y ayuda a la conservación de su estabilidad. Por tanto, desde una lógica funcional-sistémica sólo es necesariamente valioso para el sistema lo que contingentemente contribuya a su mantenimiento estable.

Las orientaciones que ha sufrido el Derecho penal muestran una fuerte inclinación por el endurecimiento de los castigos existentes, la anticipación de las barreras penales, y con ello la criminalización de conductas sociales que afectan bienes jurídicos abstractos y/o colectivos, y, finalmente, su expansión a fenómenos y conflictos sociales que necesitan solucionarse con la intervención del Derecho penal. Un ejemplo importante es el combate a la criminalidad organizada y al tráfico ilegal de personas.

Ha de resaltarse que el crimen organizado transnacional no permanece inmóvil, sino que es una industria siempre cambiante, que sigue adaptándose a los mercados y dando lugar a nuevas formas de crimen. En pocas palabras, es un negocio ilícito que trasciende barreras culturales, sociales, lingüísticas y geográficas. Y son diversas las actividades que pueden ser categorizadas como crimen organizado transnacional, como lo son el tráfico de drogas, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el blanqueo de dinero, el tráfico de armas, las falsificaciones, el delito medioambiental, los delitos contra la propiedad intelectual y el patrimonio, e incluso algunos aspectos relacionados con el cibercrimen.

Cada año, se pierden innumerables vidas a causa del crimen organizado. Los problemas de salud y la violencia asociados a las drogas, las muertes por arma de fuego y la carencia de escrúpulos por parte de los tratantes de personas y los traficantes de migrantes son parte de ello.

Por su vez, es evidente que fenómenos como la globalización, el populismo punitivo, la fijación de la agenda legislativa por parte del consumo mediático, la generalización y potenciación del estado de inseguridad, han concentrado su accionar en los avances tecnológicos, que si bien han contribuido de alguna manera en bienestar, paradójicamente

han sido determinantes para la configuración de un Derecho penal fundamentado en la denominada sociedad del riesgo y no en el Estado Social de Derecho como legítimamente lo ordena las constituciones por todo el mundo.

La preocupación por esta tendencia ha sido objeto de múltiples observaciones por estudiosos y reconocidos penalistas, de forma que la expansión del fenómeno a número significativo de Estados demuestra una geografía universal; una redefinición drástica del Derecho penal en todas sus extensiones. Por ello, en esta oportunidad, la tarea de investigación va encaminada a múltiples indagaciones sobre cuestiones singulares como las siguientes: 1) si esa protección de los nuevos riesgos debe asumirse por el Derecho penal, fundado tradicionalmente en la protección de bienes jurídicos; 2) si la respuesta es positiva, en qué medida; y 3) si puede redefinirse el papel de la pena a partir de los riesgos protegidos.

El término “sociedad del riesgo” refleja una época de la sociedad moderna que no sólo abandona las formas de vida tradicionales, sino que además está descontenta con las consecuencias indirectas del éxito de la modernización. Y a partir de este nuevo modelo de sociedad, el Derecho penal se ha dotado de nuevas dimensiones y competencias, que resultan contrastar con la tradición liberal que le caracterizó en el último siglo y precisamente son utilizadas para ofrecer la seguridad que demandan los nuevos riesgos y que la sociedad en general reclama al unísono.

El concepto sociedad del riesgo se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social del riesgo²⁶⁷. En las sociedades contemporáneas, una proporción bastante

²⁶⁷ A propósito de tema de la legitimación del Derecho penal del riesgo, y sobre la sociedad de riesgo, ver COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, 1ª ed., Barcelona, José M^a. Bosch Editor, 2015. Véase también CLIMENT SANJUÁN, Víctor, *Sociedad del riesgo: producción y sostenibilidad*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2006. Véase también: AGUILAR FERNÁNDEZ, Susana, *El reto del medio ambiente*. Madrid: Alianza Universidad, 1997; BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona: Paidós, 1998; CLIMENT SANJUÁN, Víctor, *La percepción ambiental en el ámbito productivo*, Sevilla: IESA-Andalucía, 1998; GARCÍA, Ernest, *Medio ambiente y sociedad*, Madrid: Alianza Ensayo, 2004; GIDDENS, Anthony, *Más allá de la izquierda y la derecha*, Madrid: Cátedra, 1996; LEMKOW, Louis, *Sociología ambiental*, Barcelona: Icaria. Antrazyt, 2002; y SEMPERE, Joaquim y RIECHMANN, Jorge, *Sociología y medio ambiente*, Madrid: Síntesis, 2000.

elevada de estos “riesgos” está directamente relacionada con la tecnología y el sistema productivo, y se caracteriza porque trata de riesgos difícilmente detectables por los sentidos humanos²⁶⁸.

Hay también el peligro latente de ruptura social que la globalización y los nuevos procesos de transformación económica están provocando en el seno de nuestra sociedad. La progresión y el aumento de estos nuevos riesgos están teniendo consecuencias políticas claras. Un primer efecto directo consistiría en la implementación, por parte de los gobiernos, de políticas orientadas al control y a la reducción de los riesgos. El segundo efecto, de mayor calado que el primero, está directamente relacionado con el fracaso de dichas políticas de control y con la opacidad informativa que, generalmente, practican los gobiernos y que, forzosamente, conducen a la deslegitimación de las instituciones públicas.

Por lo tanto, es plausible afirmar que la sociedad del riesgo se origina allí donde los sistemas normativos y las instituciones sociales fracasan a la hora de conseguir la necesaria seguridad ante los peligros desencadenados por la toma de decisiones, de manera que toda decisión debe guardar un escrupuloso equilibrio entre los beneficios devengados y los posibles riesgos y, por supuesto, debe incluir suficientes garantías de seguridad y de transparencia para evitar que ésta sea refutada públicamente. Y el combate al tráfico ilícito de migrantes está incluido en ese contexto, constituye principalmente un delito contra la legislación migratoria de un Estado, a través de la facilitación de la migración irregular en la que terceras personas ayudan a otra u otras a ingresar a un Estado del cual no se es nacional burlando o evadiendo los controles migratorios.

²⁶⁸ La contaminación química, la modificación genética de organismos o los efectos del cambio climático son algunos ejemplos de nuevos riesgos ambientales que se vienen a sumar a las terribles consecuencias provocadas por la contaminación industrial en las últimas décadas del siglo XX.

CAPÍTULO V

EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN BRASIL

I. El fenómeno brasileño del tráfico ilegal de personas

La inmensidad del territorio de Brasil (que representa el 60 por ciento del subcontinente sudamericano) y sus niveles de pobreza y desigualdad social requieren un aumento igualmente importante de las acciones judiciales contra la trata de personas y la explotación sexual, lo cual hace aún más difícil luchar contra la trata de personas. Incluso Brasil se ha vuelto país de destino del tráfico ilegal de personas. En los últimos años, el país pasó a recibir un grande número de migrantes por encima de los límites anuales establecidos en la Resolución Normativa n. 102/2013 del Consejo Nacional de Migración.

Habida cuenta de las proporciones del problema, toda respuesta eficaz en materia de cumplimiento de la ley y de acciones judiciales debería incluir una extensa colaboración y compromiso por parte de los organismos gubernamentales (en los tres niveles institucionales que existen en Brasil), las organizaciones de empleadores y el sector privado, los sindicatos, la comunidad de organizaciones no gubernamentales, y el público en general con el fin de respaldar directa o indirectamente los esfuerzos para luchar contra la trata de personas, el turismo sexual y las actividades de explotación sexual.

Un estudio producido en 2013 por la Secretaría Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia (SNJ/MJ), en colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias (ICMPD, en inglés), ha revelado por primera vez detalles sobre el tráfico de personas en los 11 estados de frontera de Brasil²⁶⁹.

²⁶⁹ Véase www.unodc.org/lpo-brazil/es.

La evaluación del tráfico de personas en las regiones fronterizas de Brasil muestra que al menos 475 personas fueron identificadas como víctimas de la trata de personas entre 2005 y 2011. La mayoría son mujeres entre 18 y 29 años y adolescentes. Esta evaluación está permitiendo la reflexión y análisis para mejorar la prevención y la represión de este delito; ha proporcionado información y datos que son de importancia fundamental para el desarrollo, la planificación y la escoja de políticas públicas y estrategias sostenibles para el afrontamiento de la trata de personas en las fronteras brasileñas.

El estudio reveló una alta incidencia de trata de personas con fines de trabajo esclavo en los siguientes estados: Río Grande del Sur, Paraná, Pará, Amazonas, Mato Grosso y Mato Grosso del Sur. Trata con fines de explotación sexual fue identificada en los estados de Amapá, Pará, Roraima, Mato Grosso y Mato Grosso del Sur. Santa Catarina y Rondônia son los dos estados en los que se identificaron casos en un número menor que en los otros.

Fueron identificadas nuevas modalidades que hasta ahora no se habían mencionado en la literatura sobre la trata de personas en Brasil, tales como la explotación de la mendicidad y la servidumbre doméstica de niños y adolescentes, de niñas “adoptivas”, personas utilizadas como “mulas” para llevar sustancias estupefacientes ilegales y adolescentes víctimas de trata con fines de explotación en clubes de fútbol. La investigación ha proporcionado, además, información sobre la migración interna en Brasil y las migraciones internacionales a Brasil.

Por su vez, se revela cada vez más preocupante el tráfico ilegal de personas desde Haití, con destino a países de latinoamericanos, como Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y República Dominicana, países éstos que vienen sumando esfuerzos para la identificación de las rutas y de los responsables por las acciones delictivas (coyotes)²⁷⁰. Ligado a ello, hay el problema respecto al desplazamiento de las víctimas del tráfico dentro del territorio nacional, una vez que los estados federados que son “puerta de entrada” de la migración ilegal haitiana, a ejemplo del Estado federado Acre, procede a la redistribución de los mismos a otras partes del país sin un concierto previo con los otros estados o con la

²⁷⁰ Sobre el tema del tráfico de personas desde Haití, ver Félix Manuel ANGOMÁS, *Los efectos de la inmigración haitiana hacia la República Dominicana*, 1ª edic., Santo Domingo: Editora Universitaria, 2006.

Unión Federal, lo que a menudo está generando crisis políticas internas²⁷¹.

El perfil de la persona traficada es de hombres y mujeres, travestis y transgéneros, niños y adolescentes, en situación de vulnerabilidad, sea por condiciones socioeconómicas sea por conflictos familiares o por la violencia sufrida en la familia de origen. La encuesta también reveló una falta de conocimiento acerca de la trata de personas indígenas que viven en zonas remotas y que se trasladan de un Estado a otro y de un país a otro con mucha intensidad, a veces porque es parte de la cultura de algunos grupos.

Hombres, mujeres y transgéneros son reclutados, atraídos y convencidos de que tendrán una vida mejor. Pagos son exigidos por transporte, alimentación, alojamiento, y se transforman en deudas a pagar con el sufrimiento, la violencia, la explotación y el miedo a las represalias en el caso de intentar huir o reportar el abuso. Una revelación importante de la investigación fue que la cuestión de la trata de personas, por lo general, aún no está en las agendas políticas locales como una prioridad.

Referida investigación es el resultado de las acciones emprendidas en el marco de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública en la Fronteras (ENAFRON), que tiene como finalidad contribuir para la lucha contra la trata de personas en Brasil, y formular respuestas que permitan actuar con el rigor necesario para hacer cumplir la ley, aumentando la capacidad de las organizaciones públicas y de la sociedad civil, en los planos federal, estatal y municipal, para hacer cumplir la ley y aplicar políticas y programas de lucha contra la trata de personas.

Para alcanzar este objetivo, son buscadas las siguientes estrategias: 1) ampliar la base de conocimientos para ayudar a hacer cumplir la ley y aplicar las políticas y programas de lucha contra la trata de personas; 2) reforzar la capacidad nacional para hacer cumplir la legislación, juzgar los casos de trata de personas y revisar el marco normativo, de

²⁷¹ Véase <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/>.

conformidad con las normas internacionales del trabajo y la legislación nacional, así como otros convenios internacionales pertinentes ratificados por Brasil; 3) promover la cooperación técnica bilateral y multilateral y los acuerdos para luchar contra la trata de personas; 4) integrar las cuestiones relativas a la lucha contra la trata de personas en las políticas, programas y planes sociales existentes; y 5) aumentar las actividades de sensibilización y la movilización de los actores clave en las campañas para la prevención de la trata de personas y en las acciones para prestar cuidados a las víctimas de la trata.

Las intervenciones en materia de formación y aumento de la capacidad, basadas en normas de la OIT y en otros convenios internacionales, tales como el Protocolo de Palermo, buscan concentrarse, entre otras cosas, en el aumento del número de mujeres y hombres, niñas y niños a ser rescatados por la policía federal, la patrulla federal de carreteras, las policías estatales, la policía fronteriza, los funcionarios de inmigración y otros organismos que se ocupan de hacer cumplir la ley, así como en el aumento del número de víctimas de esta trata a ser rescatadas y apartadas de la explotación sexual con fines comerciales y del trabajo forzoso.

El objetivo que se busca, mediante la colaboración de fiscales y jueces, también consiste en aumentar el número de acciones judiciales contra la trata de personas y en identificar redes y mecanismos a los que puedan remitirse las mujeres y los hombres, las niñas y los niños que han sido víctimas de la trata, a fin de brindarles programas de protección y asistencia y refugios. Definitivamente, es necesario acabar con la impunidad y formular respuestas que permitan actuar con todo el rigor necesario en el momento de hacer cumplir la ley y de proceder a acciones judiciales para luchar contra la trata interna e internacional de personas en Brasil.

Otra investigación conducida por PESTRAF²⁷² esclarece que en Brasil distintas redes que favorecen la trata, en las cuales se encuentran involucrados distintos actores, que intervienen en ámbitos diversos para obtener algún tipo de lucro mediante la exploración.

²⁷² PESTRAF es en Brasil una de las acciones propuestas por la Sociedad Civil y Gobierno para garantizar los derechos de las personas violadas sexualmente.

Estas redes, identificadas por el referido estudio, operan tanto en el área internacional como en el escenario nacional. Algunas de ellas son redes de entretenimiento (centros comerciales, discotecas y bares); del mercado de la moda; de oficinas de empleo; de agencias matrimoniales; de tele sexo; de la industria del turismo; y para aliciamiento de proyectos de desarrollo de infraestructura.

Las rutas en Brasil pueden ser clasificadas en cuanto a su forma de transporte y también, en cuanto al origen y destino. En relación a la forma de transporte, suelen ser: el terrestre, que involucra los taxis, coches y camiones; en el transporte hidroviario se cuenta con las pequeñas embarcaciones y también navíos; y, por último, el transporte aéreo que se da tanto en rutas comerciales como en vuelos privados.

Conforme análisis hecho por el PESTRAF, España es el principal destino para las mujeres brasileñas, con 32 rutas. Según fuentes del Itamaraty, de la Policía española, y de la investigación del PESTRAF, el tráfico de mujeres a España casi siempre está basado en la organización criminal denominada “*Conexión Ibérica*”. Ésta utiliza Portugal como país de entrada, debido a una mayor facilidad para la entrada de brasileñas, en razón de la identidad idiomática, y de ahí envía a las mujeres a distintos destinos en España o Portugal. El PESTRAF reconoció cuatro de estas rutas.

II. Principales rutas de la conexión ibérica

RUTAS	ORIGEN	TRÁNSITO	DESTINO
NORTE	Brasil –Embarque en algún aeropuerto internacional. En general, el de Río de Janeiro o el San Paulo.	Portugal –Desembarco en Lisboa, desde donde son llevadas en trenes o coche a ciudades que hacen frontera con Galicia.	España –Vigo, La Coruña, Gijón, Porrillo, Oviedo y Pontevedra. La carretera de Vigo a Madrid cuenta con más de 80 casas de alterne.
RED MISSISSIPI	Brasil	Frontera Norte entre Portugal y España. –Se preparan pequeñas embarcaciones para la travesía de los ríos Minho e Douro, libres de la fiscalización de los dos países.	Madrid –La mafia posee cinco prostíbulos, donde se encuentran más de 100 brasileñas en un régimen de semi-esclavitud.
CENTRAL	Brasil	Parte de Lisboa y se encamina a través de la frontera de Portugal con Badajoz en Extremadura.	Casas de alterne en toda región de Extremadura.

DIRECTA	Brasil	Lisboa –Escala.	Madrid –Desembarco.
----------------	--------	-----------------	---------------------

No obstante los esfuerzos de investigación, prevención y de combate a la criminalidad organizada, las denuncias en Brasil contra portales electrónicos que fomentan la trata de personas aumentaron 192,93 por ciento en 2014 respecto al año de 2013. La pornografía infantil en Internet continuó a la cabeza de las quejas en el país sudamericano. En 2014, fueron denunciadas 1.821 páginas electrónicas pertenecientes a 329 plataformas que operaban desde 20 países²⁷³.

Al menos 3.350 portales de Internet se dedican, además, a promocionar el “turismo sexual” en Brasil, según un Informe de la empresa especializada en la red Axur²⁷⁴. La ciudad brasileña más citada en esos portales es Río de Janeiro. Mediante investigaciones realizadas por el Ministerio de Justicia brasileño para combatir el "turismo sexual", entre 2011 y 2012 se logró retirar de Internet 2.165 portales que operaban en distintos países. Sin embargo, resalta que el número de portales que existe en la actualidad supera la cantidad bloqueada durante esos dos años²⁷⁵. Datos del Ministerio de Turismo señalan que Brasil

²⁷³ Una de las peores consecuencias de la modernización de las comunicaciones y el auge de las nuevas tecnologías, ha sido sin duda, el fraude y los delitos electrónicos. A pesar de que no existe una categorización clara del término “ciberdelito”, los expertos en derecho penal, criminalistas, Jueces, fiscales y agentes policiales lo utilizan para designar todos aquellos delitos informáticos cometidos a través de Internet. Y es que el incremento de delitos en Internet se debe en gran medida a las características propias del ciberespacio, donde se garantiza el anonimato, se reportan altas ganancias y donde la presencia física no es totalmente necesaria para cometer un delito en red. Muchos de los problemas que se presentan devienen del profundo desconocimiento individual que se tiene de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones aunadas a las profundas desigualdades tecnológicas presentes en los países menos desarrollados, y a la falta de una normativa legal internacional que permita la regulación de este medio de comunicación. Véase <http://spanish.peopledaily.com.cn/n/2015/0211/c31617-8849169.html>.

²⁷⁴ Véase <http://www.clarin.com/mundo/turismo-sexual>.

²⁷⁵ El Gobierno ha decidido abordar el problema e intentar que no se produzca, y es por ello que el Ministerio de Justicia ha prohibido la entrada en Brasil de extranjeros condenados o involucrados en denuncias relacionadas con pornografía o explotación sexual de niños y adolescentes. Esta medida se suma a la adoptada en el la Ley n. 12.978, de 21 de mayo de 2014, según la cual se tipifica la explotación sexual

recibió cerca de seis millones de turistas extranjeros en 2014, pero las autoridades reconocen que no pueden determinar cuántos fueron atraídos por esas ofertas sexuales que circulan por Internet²⁷⁶.

III. La legislación penal brasileña

La legislación brasileña prohíbe la venta y la trata de niños con fines de explotación económica (arts. 206 y 207 del CP), la incitación a la prostitución (art. 228 del CP), y el proxenetismo (art. 230 del CP). La Ley n. 12.015, de 2009, que modificó el art. 231 del Código Penal, ha incorporado la prohibición y sanción de la trata internacional de personas con fines de prostitución. La Ley también incluyó el art. 231-A, que incrimina y sanciona la trata de seres humanos en el territorio nacional. La explotación sexual de niños y adolescentes constituye un fenómeno creciente.

Según estimaciones, aproximadamente 500.000 niños, de edades comprendidas entre los 9 y 17 años, son objeto de explotación con fines sexuales en el país²⁷⁷. Brasil es un país de tránsito, de origen y de destino de víctimas de la venta y el tráfico internacional con fines de prostitución. Son también víctimas de tráfico ilegal menores de edad que trabajan en la agricultura, en las minas y en la producción de carbón²⁷⁸.

infantil como “delito hediondo”. Con esta nueva calificación la pena máxima a la que se podrá condenar a los implicados en el delito de la explotación sexual será de 10 años. Para poder cumplir con la prohibición, los agentes de inmigración brasileños consultarán con las bases de datos de la Interpol, la Policía Federal y las denuncias hechas al servicio telefónico para denuncias de explotación sexual en Brasil. Véase <http://justica.gov.br/>.

²⁷⁶ Véase <http://www.turismo.gov.br/>.

²⁷⁷ Según informe de la OIT/IPEC. Véase *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, 2010, pág. 326.

²⁷⁸ Véase María Cristina SALAZAR, *Nuevas perspectivas para erradicar el trabajo infantil en América Latina*, 1ª edic., Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1999; Denise BONTEMPO, Enza BOSETTI y Otros, *Explotación sexual de niñas y adolescentes en Brasil*, 1ª edic., Brasilia: UNESCO/CECRIA, 1999; Benjamin DAVIS, *Alimentación, agricultura y desarrollo rural: temas actuales y emergentes para el análisis económico y la investigación de políticas*, 1ª edic., Roma: FAO, 2004); José AMAR AMAR y Camilo MADARRIAGA OROZCO, *Intervención psicosocial para la erradicación y prevención del trabajo infantil*, 1ª edic., Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2009; Betty ESPINOSA, Ana ESTEVES y Otros, *Mundos del trabajo y políticas públicas en América Latina*, 1ª edic., Ecuador: Flacso, 2008; Jaime PINSKY,

No obstante, el ordenamiento interno del país contradice la legislación internacional en el combate al tráfico de personas. Las leyes locales castigan más severamente el narcotráfico que los casos en que el tráfico de personas se considera delito. La venta de drogas, por ejemplo, tiene penas de cárcel de entre cinco y quince años, en régimen cerrado, mientras que la trata con fines de explotación sexual se castiga con un máximo de ocho años en régimen semiabierto.

El Código Penal brasileño contempla, en el art. 231, el delito de explotación sexual, y en el art. 149, el de sometimiento a condición de esclavitud. Ambos se castigan con penas leves, muy inferiores a delitos que no comercian con los seres humanos y su dignidad. No obstante el Estado haya establecido en 2013 un II Plan de Combate contra la Trata de Personas, con el reto de llevar a la práctica las políticas establecidas, el sistema de comunicación entre la policía y los fiscales es todavía lento e ineficiente.

IV. El delito de tráfico internacional de personas

El art. 231 del CP disciplina la conducta del tráfico internacional de personas, en los siguientes términos:

Art. 231: - Promover o facilitar la entrada, en territorio nacional, de alguien que en el venga a ejercer la prostitución u otra forma de exploración sexual, o la salida de alguien que va a ejercerla en el extranjero. Pena: reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años. §1° Incurrir en la misma pena el que agenciar, reclutar o comprar persona traficada, o teniendo conocimiento de esa condición, transportarla, trasladarla o alojarla. §2° La pena es aumentada por la mitad si: I - la víctima es menor de 18 (dieciocho) años; II - la víctima, por enfermedad o deficiencia mental, no tiene el necesario discernimiento para la práctica del acto; III - si el agente es ascendente, padrastro, madrastra, hermano, hijastro, cónyuge, compañero, tutor o curador, preceptor o empleador de la víctima, o se ha asumido, por ley u otra forma, obligación de cuidado, protección o vigilancia; IV - hay empleo de violencia, grave amenaza o fraude. §3°

Si el crimen es cometido con el fin de obtener ventaja económica, se aplica también la multa.

A. Acción típica

El tipo de delito de tráfico internacional de personas es previsto en el art. 231 del CP, con la redacción dada por la Ley 12.015/09. La acción típica consiste en “promover o facilitar la entrada, en territorio nacional, de alguien que venga a ejercer en él la prostitución u otra forma de explotación sexual, o la salida de alguien que va a ejercerla en el extranjero” (art. 231, *caput*, del CP). También comete tráfico delictivo de personas el sujeto que realiza la conducta de “agenciar, reclutar o comprar persona traficada, o teniendo conocimiento de esa condición, transportarla, trasladarla o alojarla” (art. 231, §1º, CP). La noción del tráfico de personas se limita al propósito de la explotación sexual; no concierne a otras formas de explotación personal, como, por ejemplo, la laboral.

B. Sujetos activo y pasivo

Al tratarse de un delito común, el mismo puede ser ejecutado por cualquier hombre o mujer, excepto las personas jurídicas, por ausencia de previsión legal incriminadora de las mismas en la legislación penal brasileña. En Brasil, el planteamiento de la problemática de la responsabilidad penal de la persona jurídica es relativamente nuevo. La responsabilidad penal de la persona jurídica fue por primera vez planteada por la Constitución brasileña de 1988, pero realmente instituida diez años después con el Derecho penal sobre el medio ambiente, a través de la Ley n. 9.605/1998. Pero, en el inicio de la aplicación de esta legislación, los tribunales brasileños no acordaron imponer responsabilidades penales a las empresas. Hasta principios del año de 2000, todavía, era posible encontrar decisiones judiciales por parte de tribunales superiores rechazando dicha aplicación, con base en la

tradicional teoría de que las personas jurídicas no pueden tener culpabilidad. A mediados de la década del 2000, la responsabilidad penal corporativa en conexión con delitos relacionados al medio ambiente adquirió mayor aceptación²⁷⁹.

La Ley n. 9.605/98 ha sido criticada principalmente por no establecer disposiciones de procedimiento específicas para las empresas. Y los tribunales han enfrentado dificultades para aplicar el procedimiento penal brasileño a las empresas, ya que el sistema normativo fue diseñado para ser aplicado a demandados individuales.

Por tanto, en Brasil, con la excepción de delitos relacionados con el medio ambiente, las empresas no pueden ser consideradas penalmente responsables por las acciones y omisiones de sus empleados y terceros. Sin embargo, podrían estar sujetas a responsabilidad civil y/o administrativa por dichas acciones. La Ley 12.846/2013 (la nueva Ley Anti Soborno) impone responsabilidad civil y administrativa a personas jurídicas por acciones cometidas en contra de administraciones públicas locales y extranjeras, especialmente aquellas relacionadas con prácticas corruptas.

Sujeto pasivo posible del presente delito de tráfico de persona es todo ser humano con vida propia, observando la doctrina que la vida comienza con el inicio del parto, con el rompimiento del saco amniótico. Así, basta que el sujeto pasivo esté vivo, sin dependencia de su menor o mayor vitalidad. Por tanto, el tráfico internacional de la mujer gestante no implica un delito contra el *nasciturus*.

²⁷⁹ Cfr. Sentencia del Superior Tribunal de Justicia REsp 1329837/MT, Ponente Sebastião Reis Júnior, fecha de la publicación DJe 29/09/2015. Véase también las Sentencias, todas del STJ: AREsp 782633, Ponente Regina Helena Costa, fecha de la publicación DJe 20/11/2015; HC 342246, Ponente Maria Thereza de Assis Moura, fecha de la publicación DJe 19/11/2015; AREsp 778589, Ponente Mauro Campbell Marques, fecha de la publicación 12/11/2015; REsp 1547738, Ponente Humberto Martins, fecha de la publicación 10/11/2015; RHC 064635, Ponente Maria Thereza de Assis Moura, fecha de la publicación 14/10/2015; Ag 1405883, Ponente Sérgio Kukina, fecha de la publicación 06/11/2015; y AREsp 150735, Ponente Marco Buzzi, fecha de la publicación 06/10/2015. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la literatura especializada brasileña, véase DE BARROS BELLO FILHO, Ney y Otros, *Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei n. 9.605/98*, 2ª edic. Brasília: Brasília Jurídica, 2001; y LARGENEGGER, Natália, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica. O ordenamento jurídico está preparado para reconhecê-la?*, San Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito, 2011.

C. Elementos del tipo legal

El tráfico de personas puede ser realizado a través de cualquier medio de ejecución criminal directo o indirecto, tanto por acción positiva como por comisión por omisión cuando competa al sujeto activo el deber jurídico de impedir el tráfico de la víctima (art. 13, § 2º, del CP).

La conducta descrita en el tipo legal puede consistir en “promover” o “facilitar” la entrada o la salida de personas del territorio nacional, para ejercer la prostitución u otra forma de explotación sexual; o bien en “agenciar”, “reclutar” o “comprar” persona traficada, o teniendo conocimiento de esa condición, “transportarla”, “trasladarla” o “alojarla”.

El tipo objetivo del delito de tráfico internacional de personas requiere la ejecución de la conducta de promover (ser la causa generadora de algo), o de facilitar (tornar accesible, sin gran esfuerzo) la entrada o la salida de hombre o mujer del territorio nacional para ejercer la prostitución u otra forma de explotación sexual.

Es irrelevante la comprobación de que la víctima efectivamente haya sido o no prostituida, pues el comportamiento típico también puede consistir en agenciar, reclutar o comprar persona traficada, o teniendo conocimiento de esa condición, transportarla, trasladarla o alojarla. La doctrina al respecto es unánime en afirmar que, para la configuración del delito del art. 231 del CP, el hecho de la víctima llegue a ser prostituida representaría sólo el agotamiento del crimen.

Se ha de señalar que la vulnerabilidad de las personas objeto del tráfico ilegal puede ser social, económica o educacional. A menudo, la situación de la vulnerabilidad social de las víctimas induce a las mismas a consentir con una de las formas de explotación, al ser atraídas por la posibilidad de una vida mejor de forma que abren la mano de su libertad en virtud del propósito de alcanzar tal objetivo²⁸⁰.

Como ha resaltado la jurisprudencia, el tipo objetivo del delito de tráfico internacional de personas exige la ejecución de la conducta de “promover (ser la causa generadora de algo) o facilitar (tornar accesible, sin grande esfuerzo) la entrada o la salida de hombre o mujer del territorio nacional para ejercer la prostitución u otra forma de exploración sexual”²⁸¹

Asimismo, el delito de tráfico de personas suelen también consistir en “agenciar, reclutar o comprar a una persona objeto de tráfico, o teniendo conocimiento de esa condición, transportarla, trasladarla o alojarla”²⁸².

Y se advierte que “comprobada bien la ayuda financiera, bien el direccionamiento de la víctima al local donde se dedicaría a la prostitución, tal circunstancia resta evidencia a la configuración de la conducta de “facilitar” del tipo penal objeto de referencia”²⁸³, siendo irrelevante “la comprobación de que la víctima efectivamente haya sido prostituida, pues reina unanimidad sobre el entendimiento de que, en la concreción del delito del art. 231 del CP, el hecho de que la víctima se prostituya representa sólo el agotamiento del crimen”²⁸⁴.

²⁸⁰ Cfr. TRF-5ª Región, ACR8336/RN, Ponente Cíntia Menezes Brunetta (conv.), 1ª Sección, fecha de la publicación 27/03/2014 e-DJF, pág. 79, fecha de la decisión 17/12/2013.

²⁸¹ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200550010020736, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 07/11/2008 e-DJF, fecha de la decisión 04/11/2008.

²⁸² Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2010.38.00.006173-0/MG, Ponente Mônica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 07/11/2014, e-DJF1, pág. 382, fecha de la decisión 28/10/2014.

²⁸³ Cfr. TRF-5ª Región, ACR6734/PE, Ponente Marcelo Navarro, 3ª Sección, fecha de la publicación 20/03/2012 e-DJF, pág. 119, fecha de la decisión 15/03/2012.

²⁸⁴ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 201050010005676, Ponente Messod Azulay Neto, 2ª Sección, fecha de la publicación 26/07/2011 e-DJF, fecha de la decisión 19/07/2011.

Asimismo se estima que “las conductas delictivas se molduran con perfección al tipo en la modalidad promover, una vez que el sujeto ha facilitado y organizado toda la dinámica criminal tras la llegada de la víctima en el extranjero²⁸⁵”.

D. La relación de causalidad

Para que el agente pueda ser responsabilizado por tráfico internacional de personas, debe quedar demostrado el nexo causal entre su comportamiento y el resultado de lesión a la dignidad humana, que en el caso del tráfico de personas es presumido al nivel del tipo penal (daño presumido), de manera que la efectiva sumisión a la prostitución u otra forma de explotación sexual configura mero agotamiento del delito.

La acción delictiva es promover o facilitar la entrada o la salida de personas en territorio nacional, para el ejercicio de la prostitución u otras formas de explotación sexual. La relación de causalidad en los crímenes omisivos impropios es normativa: no hay nexo de causalidad entre la omisión (abstención) y el resultado, pero, sí, entre el resultado y el comportamiento que el agente estaba jurídicamente obligado a hacerlo y se ha omitido. Esto es, no se penaliza el comportamiento físico negativo, sino la omisión ilegal, en tanto el sujeto activo incumple el deber jurídico positivo que legalmente le vincula.

Es necesaria, por tanto, la conjugación de dos factores: que aquél que se ha omitido hubiese el deber de actuar y pudiese de hecho actuar (deber legal y posibilidad real). Tanto la conciencia de la obligación de actuar como la posibilidad real de hacerlo, sin riesgo personal, deben estar presentes. Así, por no actuar para evitarse el resultado, podrá ser responsable por éste, que, en los supuestos de tráfico internacional de personas, circunscribiere a las conductas dolosas del sujeto activo.

²⁸⁵ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 201050010005676, Relator Messod Azulay Neto, 2ª Sección, fecha de la publicación 26/07/2011 e-DJF, fecha de la decisión 19/07/2011.

El art. 13, § 2º, del CP establece la equiparación normativa de la abstención a la acción, e indica a quien incumbe el deber jurídico de actuar para evitarse el resultado. De todas las figuras descritas, la que despierta más interés en materia de tráfico de personas, es aquella del “deber legal” de actuar. Son señaladas como obligadas a actuar las personas que tienen por ley el deber de cuidado, protección o vigilancia; quedan alcanzados todos los deberes que se originan de aquellas obligaciones, como, por ejemplo, las obligaciones del ascendente, padrastro, madrastra, hermano, hijastro, cónyuge, compañero, tutor o curador, y preceptor con relación a la víctima del tráfico de personas; de un modo general, de los agentes de la policía, y, especialmente, del agente de fronteras respecto al deber legal de combatir el fenómeno criminal.

Es importante señalarse que si la circunstancia ha sido valorada para se establecer la tipicidad de la conducta a través de la omisión relevante, no puede ella ser considerada una vez más a efectos de agravamiento del tipo penal fundamental de tráfico de personas, en virtud de la aplicación del principio *ne bis in idem*.

E. Objeto jurídico y consentimiento de la víctima

El objeto jurídico del art. 231 del CP es la protección a la dignidad humana. Según la jurisprudencia, con la intención de asegurar la dignidad de la persona y de cohibir las conductas que perpetúen la explotación sexual, el art. 231 del CP tipifica las conductas de promover o facilitar la salida de personas del Brasil al extranjero, destinadas a la prostitución²⁸⁶.

No excluye la tipicidad de la conducta delictiva, teniendo en consideración la indisponibilidad del interés involucrado, esto es, la salvaguardia de la dignidad humana. El consentimiento de la víctima en seguir viaje no excluye la culpabilidad del traficante o del explotador, una vez que el requisito central del tráfico es la presencia del engaño, de la coerción, de la deuda y del propósito de explotación.

²⁸⁶ Cfr. TRF-5ª Región, ACR6734/PE, Ponente Marcelo Navarro, 3ª Sección, fecha de la publicación 20/03/2012 e-DJF, pág. 119, fecha de la decisión 15/03/2012.

Es común que mujeres objeto del tráfico, en su desplazamiento, tengan conocimiento de que van a ejercer la prostitución, pero no tienen conciencia de las condiciones en que, generalmente, van a ser forzadas a actuar, tras la llegada en el lugar de destino. En eso estriba el fraude, es decir, las víctimas no tienen idea de las condiciones en que ejercerán la prostitución, y, aun menos, de la deuda que en general van a contraer antes de llegar al destino²⁸⁷.

Por el contrario, la víctima de tráfico de personas no puede alegar inexigibilidad de conducta diversa con relación a la comisión de eventual delito de tráfico internacional de drogas, principalmente cuando trasparece su voluntariedad en transportar la droga para el extranjero con el propósito de lograr ventaja económica ilícita²⁸⁸.

Como señala la jurisprudencia, “el consentimiento de la víctima en seguir viaje no excluye la culpabilidad del traficante o del explotador, una vez que el requisito central del tráfico es la presencia del engaño, de la coerción, de la deuda y del propósito de explotación²⁸⁹”.

F. Imputación subjetiva

El dolo consiste en la voluntad del agente de promover o facilitar el tráfico internacional de personas. La tipicidad del delito requiere también que el sujeto activo haya la conciencia de que el traficado va a “ejercer la prostitución u otra forma de explotación sexual” en el extranjero (art. 231, *caput*, CP).

La prueba ha de demostrar que el acusado tiene conciencia de la situación de

²⁸⁷ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200850010007540, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 23/09/2011 e-DJF, fecha de la decisión 02/08/2011.

²⁸⁸ Cfr. TRF-5ª Región, ACR8364/CE, Ponente Cíntia Menezes Brunetta (conv.), 1ª Sección, fecha de la publicación 22/09/2011 e-DJF, pág. 172, fecha de la decisión 15/09/2011.

²⁸⁹ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 0001188-98.2011.4.01.3000/AC, Ponente Tourinho Neto, 3ª Sección, fecha de la publicación 05/04/2013 e-DJF1, p. 291, fecha de la decisión 26/03/2013.

prostitución a que va a ser sometida la víctima²⁹⁰. Cuando se trate de actividades realizadas por organización o bandas criminales, debe estar evidenciado que el acusado ha tenido plena conciencia de la naturaleza criminal de las actividades, bien así de su rol dentro del esquema delictivo, siendo indudable su concurrencia para la comisión de los crímenes²⁹¹.

No se admite el dolo eventual o la modalidad culposa delictiva. La tipicidad del delito requiere que el sujeto activo haya la conciencia de la finalidad del tráfico de personas, y, en el caso de la formación de organización o banda criminales, la conciencia de la naturaleza criminal de las actividades, y de su rol dentro del esquema delictivo. En efecto, el eventual error de tipo, que tiene lugar sobre alguno de los elementos configuradores del tipo penal (principalmente, el dolo), puede afectar tanto a la acción como al resultado o al curso causal del ilícito. Acostumbra a situarse en la tipicidad o en la antijuricidad, para algún sector jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, del transportador que desconocía la víctima que se ocultado entre las mercancías de un camión, o el que ha ayudado financieramente una persona, ofreciéndole los billetes aéreos, sin saber de la finalidad del desplazamiento al extranjero. No hay tipicidad en esa conducta.

La conducta es elemento del tipo penal, mientras que el dolo es elemento de la conducta, y la voluntad, elemento del dolo. Cuando falta el dolo, la conducta típica está ausente y esto se presenta cuando no se configura el elemento intelectual (conocer), o el elemento volitivo (querer). El elemento intelectual va orientado a conocer la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal, el sujeto sabe qué es lo que hace, y, su aspecto negativo está dado por el error.

El punto esencial de este análisis está en el elemento volitivo (querer típico). Esto supone una voluntad incondicionada de realizar algo típico, algo que el autor sabe que puede realizar, sabe que la realización está dentro de sus posibilidades. El querer implica

²⁹⁰ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2005.35.00.004504-9/GO, Ponente Mónica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 10/01/2014 e-DJF1, pág. 258, fecha de la decisión 10/12/2013.

²⁹¹ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 201050010005676, Ponente Messod Azulay Neto, 2ª Sección, fecha de la publicación 26/07/2011 e-DJF, fecha de la decisión 19/07/2011.

saber. El sujeto puede querer realizar algo que conoce. Quiere todos y cada uno de los presupuestos, y elementos del delito, adecuados a la parte objetiva no valorativa del tipo penal, porque va incluida en su voluntad la realización total del hecho. La voluntad consiste en la resolución de ejecutar el tipo legal y se extiende a la parte objetiva no valorativa conocida por el autor que sirve de base a la decisión de la acción.

Lo que sucede es que una acción es conducida siempre por la conciencia de lo que se quiere, esto es, el momento intelectual, y por la decisión de querer realizarlo, que no es otra cosa que el momento volitivo. Conocer y querer son así dos momentos que configuran acción real que existen formando el dolo.

Por otro lado, no es así cuando la voluntad resulta anulada, cuando el sujeto pierde espontaneidad y motivación. Si se elimina el querer, no hay voluntad típica dolosa y esto ocurre con la *vis absoluta*, la *vis maior* y los movimientos reflejos. Consecuentemente, no hay conducta típica. Obsérvese que éstos constituyen aspectos negativos del dolo, a diferencia de las teorías tradicionales que las estudian exclusivamente en los aspectos negativos de la acción a pesar de que en el dolo se encuentra el elemento volitivo.

En los casos concretos, tanto la *vis absoluta* como la *vis maior* impiden el querer típico²⁹², a ejemplo de la persona que ha sido amenazada gravemente para que proceda al transporte o acogida de una víctima del tráfico ilegal de personas. No hay tipicidad de la conducta con relación al amenazado. Pero, se puede observar claramente que en esos supuestos está presente el elemento cognoscitivo; el sujeto sabe lo que hace, se da cuenta,

²⁹² Son físicas porque se ejercen materialmente sobre el sujeto pasivo, en un despliegue directo de fuerza sobre su cuerpo. Externas porque no provienen del propio sujeto. La *vis absoluta* y la *vis maior* (fuerza mayor) se distinguen en razón de su procedencia. La primera deriva del hombre, es decir, de la presión de un tercero; la segunda, de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Irresistibles porque son fuerzas de tal magnitud que suprimen la posibilidad de reacción voluntaria. Son físicas porque se ejercen materialmente sobre el sujeto pasivo, en un despliegue directo de fuerza sobre su cuerpo. Externas porque no provienen del propio sujeto. La *vis absoluta* y la *vis maior* (fuerza mayor) se distinguen en razón de su procedencia. La primera deriva del hombre, es decir, de la presión de un tercero; la segunda, de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Irresistibles porque son fuerzas de tal magnitud que suprimen la posibilidad de reacción voluntaria. Así, no hay ausencia del elemento cognoscitivo, el sujeto sabe lo que hace, se da cuenta, tiene un conocimiento pleno de la realidad típica (objetiva no valorativa); lo que pasa es que su voluntad se encuentra anulada.

tiene un conocimiento pleno de la realidad típica (objetiva no valorativa); lo que pasa es que su voluntad se encuentra anulada el querer típico.

G. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la entrada o la salida de la persona del territorio nacional, hombre o mujer, independientemente del hecho de tener la víctima ciencia o no del propósito de ejercer la prostitución en el extranjero, una vez que tal circunstancia no constituye elemento del tipo²⁹³.

También se alcanza la consumación del comportamiento delictivo descrito en el tipo legal, como oportunamente ha estima la jurisprudencia, “promoviendo, intermediando y facilitando la salida de personas del territorio nacional para ejercer la prostitución”²⁹⁴.

La tentativa es admisible en los supuestos de salida de la persona, cuando el sujeto pasivo es impedido de proseguir viaje por agentes de la policía, antes de dejar el territorio nacional. Así, cuando el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo (art. 14, II, del CP).

Es importante para la configuración de la tentativa que se haya ya iniciado un “traslado” o “desplazamiento” (núcleo rector) del sujeto pasivo en territorio nacional, incluso a efectos de valoración de los demás núcleos subyacentes “reclutar” y “agenciar”; caso contrario, éstos configurarían meramente un acto preparatorio (no punible).

²⁹³ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 0000451-35.2011.4.01.3311/BA, Ponente Tourinho Neto, 3ª Sección, fecha de la publicación 05/04/2013 e-DJF1, p. 293, fecha de la decisión 26/03/2013.

²⁹⁴ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2009.35.00.012802-9/GO, Ponente Mônica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 05/12/2014, e-DJF1, pág. 2751, fecha de la decisión 25/11/2014).

Salvo disposición contraria, se penaliza la tentativa con la pena correspondiente al crimen consumado, reducida de uno a dos tercios (art. 14, II, párrafo único, CP). Eso porque para que se consuma el delito del art. 231 del CP son necesarios otros elementos indicados en doctrina como acciones que resulten en facilitación, no sólo en reclutar las personas, pero organizar el que es necesario para que el tráfico internacional sea concretizado.

Ya se ha admitido en la jurisprudencia la reducción de 1/3 de la pena, en razón del crimen no haber sido consumado en virtud de la pronta actuación de la policía, que ha efectuado la prisión de los reos cuando todavía las víctimas se encontraban en el área de *check in* del aeropuerto²⁹⁵. No obstante, la reducción prevista en el art. 14, II, del CP debe relacionarse con el *iter criminis* cumplido por el reo, de esa manera, si su desarrollo ha sido impedido al inicio, la disminución será mayor, debiéndose consecuentemente considerar el inverso, por tanto, si ya se ha recorrido un camino mayor, la reducción será menor²⁹⁶.

La jurisprudencia ha señalado que “para que se consuma el delito de tráfico de personas, del art. 231 del CP, son necesarios otros elementos indicados en la doctrina como la ejecución de las acciones que resulten en una facilitación, no sólo de reclutar a personas, sino de organizar lo que sea necesario para que el tráfico internacional efectivamente se realice”²⁹⁷.

H. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz

Como dispone el art. 14, II, del CP, hay la tentativa cuando el crimen no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Por tanto, si el agente, de forma voluntaria, desiste de la conducta que podría completar, o se arrepiente eficazmente y actúa, impidiendo que el resultado se produzca, hay la exclusión de la punibilidad, respondiendo el

²⁹⁵ Cfr. TRF-2ª Región, 200650010081638, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 12/05/2008 e-DJF, fecha de la decisión 06/05/2008.

²⁹⁶ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200650010109387, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 29/06/2009 e-DJF, fecha de la decisión 24/06/2009.

²⁹⁷ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200850010007540, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 23/09/2011 e-DJF, fecha de la decisión 02/08/2011.

agente sólo por los actos que practicara antes.

En el desistimiento voluntario, el agente cesa el proceso de ejecución que iniciara; él interrumpe la ejecución, porque a querido interromper (aunque haya sido por miedo, remozo o decepción) y no porque haya sido impedido por factor externo a su voluntad. En el arrepentimiento eficaz, no obstante ya hubiese realizado todo el proceso de ejecución, el agente impide que el resulta ocurra. En ambos los casos, siempre de forma voluntaria.

Tanto el desistimiento voluntario como el arrepentimiento eficaz deben ser voluntarios, no obstante no necesitan ser espontáneos. Esto es, deben acontecer por voluntad del agente, aunque este su querer no sea espontáneo, pero provocado por recelo, vergüenza etc. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz son causas de exclusión de la punibilidad, establecidas por motivos de política criminal.

I. Tráfico de personas agravado (art. 231, § 2º, CP)

La pena es aumentada en su mitad si: 1) la víctima es menor de 18 (dieciocho) años; 2) la víctima, por enfermedad o deficiencia mental, no tiene el necesario discernimiento para la práctica del acto; 3) si el agente es ascendente, padrastro, madrastra, hermano, hijastro, cónyuge, compañero, tutor o curador, preceptor o empleador de la víctima, o se ha asumido, por ley u otra forma, obligación de cuidado, protección o vigilancia; o 4) hay empleo de violencia, grave amenaza o fraude.

Cabe observar que las circunstancias o condiciones subjetivas, de carácter personal, que agravan especialmente la pena (ej. se tratar de ascendente, padrastro, madrastra, hermano, hijastro, cónyuge, compañero, tutor o curador, preceptor o empleador de la víctima), no se comunican a los coautores o partícipes, porque en el delito de tráfico de personas no son elementares del crimen, es decir, pertenecientes al propio tipo base.

Las circunstancias y condiciones objetivas, de carácter material (ej. la minoridad de la víctima, la enfermedad o deficiencia mental del mismo), pueden se comunicar a los

coautores y partícipes, desde que ellos conozcan tales circunstancias o condiciones (para ambas hipótesis, ver art. 30 del CP).

Con todo, en razón del empleo de violencia, grave amenaza o fraude contra la persona, que agravan especialmente la pena del tráfico, todos son responsables por el resultado más gravoso, no obstante la disposición del art. 29, §2º, del CP, que disciplina la participación de menor importancia.

Se ha de señalado por la jurisprudencia, con relación a la violencia contra la persona, que todos los coautores intervinientes en la ejecución delictiva son responsables por el resultado más gravoso, no importando que la actuación de un agente haya sido menos intensa²⁹⁸.

Es admisible la coautoría y la participación en el delito de tráfico internacional de personas. En la coautoría varias personas realizan las características del tipo, mientras que en la participación ellos no practican los actos ejecutorios, pero concurren, de cualquier modo, para la realización del crimen. Hay coautoría cuando más de una persona practica el comportamiento prohibido; hay participación cuando no practica tal conducta, pero concurre, de alguna forma, para la realización del crimen, de manera que el conocimiento y la voluntad deben siempre coexistir²⁹⁹.

²⁹⁸ Cfr. STF, RT633/380: “con relación a la violencia contra la persona, todos son responsables por el resultado más gravoso, no importando que la actuación de un agente haya sido menos intensa”.

²⁹⁹ “En la coautoría varias personas realizan las características del tipo, mientras que en la participación ellos no practican los actos ejecutorios, pero concurren, de cualquier modo, para la realización del crimen” (TJRJ, RT 597/344). “Hay coautoría cuando más de una persona practica el comportamiento prohibido; hay participación cuando no practica tal conducta, pero concurre, de alguna forma, para la realización del crimen” (STF, RTJ106/544). “El conocimiento y la voluntad deben siempre coexistir” (TARJ, RF266/317). “No hay participación sin adhesión subjetiva de una persona en la conducta de otra” (TACrSP 82/155; TJRJ, RT 597/344). “Sin la voluntad consciente y libre de concurrir con la propia conducta en la acción ajena, inexistente participación criminal” (TER, Ap. 3.441, DJU 11.6.81, pág. 5650). “La coautoría exige vínculo psicológico ligando los agentes con propósitos idénticos” (TJSP, RT524/346). “Más allá del vínculo psicológico, es esencial que el comportamiento del coautor sea relevante y eficaz” (TJPR, RT647/322). “Cooperación póstuma. Hay coautoría si los agentes de la conducta posterior a la consumación del crimen, antes de ella, ya habían acertado con los autores del hecho típico la cooperación póstuma, esencial a la obtención del provecho por todos pretendidos” (STF, HC 72.315, DJU 26.5.95, pág. 15159). “El mero conocimiento de que alguien va a cometer un crimen, y no informa las autoridades, no configura participación (STF, RT603/447; TJMS, RT686/360), salvo si tenía el deber jurídico de impedir el crimen” (TACrSP, Juzgados 88/400, 87/317). “El simple conocimiento, o concordancia, es diferente de la instigación

La coautoría exige vínculo psicológico ligando los agentes con propósitos idénticos, y, más allá del vínculo psicológico, es esencial que el comportamiento del coautor sea relevante y eficaz. También hay coautoría si los agentes de la conducta posterior a la consumación del crimen, antes de ella, ya habían acertado con los autores del hecho típico la cooperación póstuma, esencial a la obtención del provecho por todos pretendidos.

A su vez, no hay participación sin adhesión subjetiva de una persona en la conducta de otra, sin la voluntad consciente y libre de concurrir con la propia conducta en la acción ajena, inexistente participación criminal. También el mero conocimiento de que alguien va a cometer un crimen, y no informa las autoridades, no configura participación, salvo si tenía el deber jurídico de impedir el crimen. Por tanto, el simple conocimiento, o concordancia, es diferente de la instigación punible; además, el acompañamiento no es punible, inexistente coautoría por omisión sin que haya el deber jurídico de impedir el resultado.

J. Intervención y concursos

Se admite el concurso material del delito de tráfico de personas y proxenetismo, no siendo aplicable, en esos casos, el principio de consunción. El tráfico de personas y el proxenetismo son crímenes autónomos practicados bajo circunstancias que denotan proyectos con finalidades distintas que se amoldan, con mayor sentido de justicia, a la previsión del concurso material y no de crimen continuado, una vez que la ficción jurídica no ha sido establecida con el objetivo de unificar propósitos tan diversos de violar el ordenamiento³⁰⁰.

punible” (TACrSP, Juzgados 87/317; TJSP, RT425/284). “El acompañamiento no es punible, inexistente coautoría por omisión sin que haya el deber jurídico de impedir el resultado” (TACrSP, RT 620/317).

³⁰⁰ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200850010007540, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 23/09/2011 e-DJF, fecha de la decisión 02/08/2011: “El tráfico de personas y el proxenetismo son crímenes autónomos practicados bajo circunstancias que denotan proyectos con finalidades distintas que se amoldan, con mayor sentido de justicia, a la previsión del concurso material y no de crimen continuado, una vez que la ficción jurídica no ha sido establecida con el objetivo de unificar propósitos tan diversos de violar el ordenamiento”.

También el concurso material del delito de tráfico de personas y formación de “banda criminal” suele ocurrir. El delito de formación de banda criminal se caracteriza por la simple reunión estable y permanente de cuatro o más personas para la práctica de crímenes, aunque sus integrantes no se conozcan o no hayan sido identificados y que el proceso haya sido desmembrado con relación a algún de ellos. Al sumarse el número de integrantes para la configuración del crimen de formación de banda criminal no importa que sus componentes se conozcan recíprocamente o hayan sabido con exactitud el número de integrantes del grupo, lo que importa es el propósito deliberado de participación o contribución, de forma estable y permanente, para el éxito de las acciones delictivas; ahí bastando la asunción del riesgo. El delito de formación de banda criminal se caracteriza con la simple reunión estable y permanente de cuatro o más personas para la práctica de crímenes, aunque sus integrantes no se conozcan o no hayan sido identificados, que el proceso haya sido desmembrado con relación a algún de ellos, o que los delitos pretendidos por la banda siquiera vengan a ser practicados³⁰¹.

También puede ocurrir el concurso material de delito de tráfico internacional de personas con el de organización criminal. La Ley n. 12.850/2013 ha dispuesto sobre la organización criminal, la investigación criminal, los medios de obtención de prueba, las infracciones conexas y sobre el proceso criminal correspondiente. La referida Ley pasó a definir el delito de organización criminal en los siguientes términos: “Ha de considerarse organización criminal la asociación de 4 (cuatro) o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventaja de cualquiera naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a 4 (cuatro) años, o que sean de carácter transnacional” (art. 1º). El art. 2º de la Ley castiga a aquel que “promueva,

³⁰¹ “Posibilidad de concurso material de tráfico de personas y delito de formación de “banda criminal” (art. 288 del CP). El delito de formación de banda criminal se caracteriza por la simple reunión estable y permanente de cuatro o más personas para la práctica de crímenes, aunque sus integrantes no se conozcan o no hayan sido identificados y que el proceso haya sido desmembrado con relación a algún de ellos. Al sumarse el número de integrantes para la configuración del crimen de formación de banda criminal no importa que sus componentes se conozcan recíprocamente o hayan sabido con exactitud el número de integrantes del grupo, lo que importa es el propósito deliberado de participación o contribución, de forma estable y permanente, para el éxito de las acciones delictivas; ahí bastando la asunción del riesgo” Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200351015080303, Ponente Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 1ª Sección, fecha de la publicación 18/06/2010 e-DJF, fecha de la decisión 26/05/2010:

constituya, financie o integre, personalmente o por interpuesta persona, organización criminal”, con la pena de “reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años, y multa, sin perjuicio de las penas correspondientes a las demás infracciones penales practicadas³⁰²”.

K. Continuidad delictiva

Se admite la continuidad delictiva cuando el mismo modo de ejecución y las mismas condiciones de tiempo y lugar en la promoción de la salida de personas restan configurados, aunque se admita conjuntamente el aumento de la pena en virtud del concurso material de delitos.

La jurisprudencia ha señalado que “hay continuidad delictiva cuando el mismo modo de ejecución y las mismas condiciones de tiempo y lugar en la promoción de la salida de personas resta configurada”³⁰³. “En lo que se refiere al proxenetismo, la concurrencia de la continuidad delictiva está comprobada en el proceso por cinco veces, en las mismas condiciones de tiempo, lugar y modo de ejecución. A través de más de una acción, el recurrente ha practicado dos crímenes diversos y autónomos, consistentes en el tráfico internacional de personas para fines de explotación sexual (art. 231 del CP) y proxenetismo, aprovechándose de la prostitución ajena (art. 230 del CP), siendo de rigor la suma de las penas, en concurso material”³⁰⁴.

L. Confrontación de delitos

Se trata de tráfico interno de personas para fines de explotación sexual, y no de

³⁰² “El delito de formación de banda criminal se caracteriza con la simple reunión estable y permanente de cuatro o más personas para la práctica de crímenes, aunque sus integrantes no se conozcan o no hayan sido identificados, que el proceso haya sido desmembrado con relación a algún de ellos, o que los delitos pretendidos por la banda siquiera vengan a ser practicados”. Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200650010081640, Ponente Liliane Roriz, 2ª Sección, fecha de la publicación 14/05/2008 e-DJF, fecha de la decisión 06/05/2008.

³⁰³ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2010.38.00.006173-0/MG, Ponente Mônica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 07/11/2014, e-DJF1, pág. 382, fecha de la decisión 28/10/2014.

³⁰⁴ Cfr. TRF-3ª Región, ACR 48972, Ponente Raquel Perrini (conv.), 1ª Sección, fecha de la publicación 06/08/2012 e-DJF3, fecha de la decisión 31/07/2012.

tráfico internacional de personas, si la conducta consistir en “promover o facilitar el desplazamiento de alguien dentro del territorio nacional para o ejercicio de la prostitución u otra forma de exploración sexual” (art. 231-A, con la redacción dada por la Ley n. 12.015, de 2009). La pena para el delito de tráfico interno de personas es la de reclusión, de 2 (dos) a 6 (seis) años. Incurrir en la misma pena el que, dentro del territorio nacional, agenciar, reclutar, vender o comprar la persona traficada, bien así, teniendo conocimiento de esa condición, transportarla, transferirla o alojarla (art. 231-A, §1º, del CP).

Se aplica igualmente al delito de tráfico interno de personas las circunstancias de aumento de pena previstas para el tráfico internacional de personas (art. 231-A, §2º, del CP), y la pena de multa cuando el delito es cometido con el fin de obtener ventaja económica (art. 231-A, §3º, del CP).

Por otro lado, cuando se promueve o auxilia la realización de acto destinado al “envío” de niño o adolescente para el extranjero, con inobservancia de las formalidades legales o con el fin de obtener lucro, incide la figura típica del art. 239 del ECA, con la previsión de aplicación de la pena resultante de la violencia contra el menor (art. 239, párrafo único, del ECA)³⁰⁵.

Cabe resaltarse que el art. 239 del ECA no ha previsto la conducta típica de “entrar” con el niño o adolescente en territorio nacional en las mismas circunstancias de la incriminación de salida del niño o adolescente para el extranjero. En esos supuestos, si la finalidad de la entrada es aquella definida en el art. 231 del CP, es decir, para ejercer la prostitución u otra forma de exploración sexual, será tipificada la conducta como tráfico internacional de personas agravado (art. 231, §2º, I, del CP).

M. Las declaraciones de la víctima

Son importantes elementos de prueba, pero deben estar en armonía con las demás

³⁰⁵ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 0001188-98.2011.4.01.3000/AC, Ponente Tourinho Neto, 3ª Sección, fecha de la publicación 05/04/2013 e-DJF1, pág. 291, fecha de la decisión 26/03/2013.

existentes en el proceso penal. En esa clase de delito, las declaraciones de la víctima poseen valor probatorio fundamental, una vez que son fuente directa de la información de como los hechos han ocurrido.

Conforme señala la jurisprudencia, en esta clase de delitos “las declaraciones de la víctima poseen valor probatorio fundamental, una vez que son fuente directa de la información de como los hechos han ocurrido”³⁰⁶.

N. La prisión preventiva

Se admite la prisión preventiva, siendo medida excepcional que demanda la explicitación de fundamentos consistentes e individualizados con relación a cada uno de los investigados. La prisión preventiva, por poseer naturaleza cautelar, está sujeta a la presencia del *fumus delicti* y del *periculum libertatis*. La prisión preventiva es medida excepcional que demanda la explicitación de fundamentos consistentes e individualizados con relación a cada uno de los ciudadanos investigados (CF, arts. 93, IX y 5º, XLVI).

El recelo de que los acusados vengán a reincidir en la práctica de la actividad delictiva a ellos imputada, ante la propia naturaleza del crimen, no se presta a fundamentar la manutención de la medida excepcional. También los elementos propios a la tipología en cuanto circunstancias de la práctica delictiva no son suficientes a respaldar la prisión preventiva, bajo pena de, en último análisis, anticiparse el cumplimiento de la pena aún no imposta.

Según la jurisprudencia, “la facilidad con que el autor se desplaza al extranjero puede indicar la necesidad de manutención de la prisión preventiva para asegurar la aplicación de la ley penal³⁰⁷”. “La prisión preventiva, por poseer naturaleza cautelar, está sujeta a la

³⁰⁶ Cfr. TRF-5ª Región, ACR6734/PE, Ponente Marcelo Navarro, 3ª Sección, fecha de la publicación 20/03/2012 e-DJF, pág. 119, fecha de la decisión 15/03/2012.

³⁰⁷ Cfr. TRF-1ª Región, HC 0011808-80.2013.4.01.0000/RO, Ponente Renato Martins Prates (conv.), 3ª Sección, fecha de la publicación 19/04/2013 e-DJF1, p. 300, fecha de la decisión 08/04/2013.

presencia del *fumus delicti* y del *periculum libertatis*. La prisión preventiva es medida excepcional que demanda la explicitación de fundamentos consistentes e individualizados con relación a cada uno de los ciudadanos investigados (CF, arts. 93, IX y 5º, XLVI). No obstante las pruebas colegidas en el proceso atestar la materialidad del delito y revelar indicios suficientes de autoría, que deben ser tratados en la instrucción cognoscitiva penal, no han permanecido perennes, tras el interrogatorio de los acusados y olvida de los testigos, los otros requisitos autorizadores de la prisión preventiva, a tenor del art. 312 del CPP, sobre todo el resguardo al orden público y garantía de aplicación de la ley penal. El recelo de que los acusados vengán a reincidir en la práctica de la actividad delictiva a ellos imputada, ante la propia naturaleza del crimen, no se presta a fundamentar la manutención de la medida excepcional. Los elementos propios a la tipología en cuanto circunstancias de la práctica delictiva no son suficientes a respaldar la prisión preventiva, bajo pena de, en último análisis, anticiparse el cumplimiento de la pena aún no imposta. En virtud de su característica *rebus sic stantibus*, si en el transcurrir del proceso sobrevienen las razones de la preventiva, es deber del juez decretarla³⁰⁸.

O. La penalidad

Según dispone el art. 231 del CP, la pena es de reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años. Cuando se tratar de tráfico de personas agravado, la pena es de aumentada por la mitad (art. 231, § 2º, CP). Si el crimen es cometido con el fin de obtener ventaja económica, se aplica también la multa (art. 231, § 3º, CP). Pero, la penalidad de multa sólo debe ser aplicada si identificada que la conducta prevista en el art. 231 del CP tenía por objetivo la obtención de ventaja económica.

“La penalidad de multa sólo debe ser aplicada si identificada que la conducta prevista en el art. 231 del CP tenía por objetivo la obtención de ventaja económica”³⁰⁹. “Habiendo

³⁰⁸ Cfr. TRF-5ª Región, RSE1483/RN, Ponente Rogério Fialho Moreira, 1ª Sección, fecha de la publicación 18/11/2010 e-DJF, pág. 79, fecha de la decisión 11/11/2010.

³⁰⁹ Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2010.38.00.006173-0/MG, Ponente Mônica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 07/11/2014, e-DJF1, pág. 382, fecha de la decisión 28/10/2014.

previsión específica en el tipo penal acerca del hipótesis en que el delito es practicado con la finalidad de obtención de lucro -caso en que debe ser aplicada, también, la pena de multa-incurriría en *non bis in idem* la valoración del intuito de lucro también como circunstancia judicial desfavorable para fines de aumento de la pena-base por encima del mínimo legal”³¹⁰. “Afirmar que el tráfico internacional humano para fines de prostitución es conducta altamente reprochable no constituye embasamiento suficiente para aumentar la pena-base, pues caracteriza elemento propio del tipo penal y no circunstancia judicial evaluable en el análisis casuístico”³¹¹.

Una vez que la pena de privación de libertad aplicada no exceda 4 años, no siendo el acusado reincidente en crimen doloso, y siendo favorables los requisitos subjetivos (art. 44 del CP), es admisible la sustitución de la pena de privación de libertad por dos penas restrictivas de derecho. Incluso es admisible la sustitución de la pena de privación de libertad por dos penalidades restrictivas de derecho. Por otro lado, el hecho de que el condenado sea extranjero no obsta, en principio, la concesión del beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad por penas restrictas de derechos. Pero no es recomendable la sustitución de la pena del extranjero que no se encuentra en territorio nacional o reside en el extranjero. Las circunstancias exigirían su permanencia regular en el país durante todo el período de la condenación³¹².

³¹⁰ Cfr. TRF-2ª Región, ACR 200351015080303, Ponente Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, 1ª Sección, fecha de la publicación 18/06/2010 e-DJF, fecha de la decisión 26/05/2010.

³¹¹ Cfr. TRF-3ª Región, ACR 48972, Ponente Raquel Perrini (conv.), 1ª Sección, fecha de la publicación 06/08/2012 e-DJF3, fecha de la decisión 31/07/2012.

³¹² “El hecho de que el condenado sea extranjero no obsta, en principio, la concesión del beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad por penas restrictas de derechos. Pero no es recomendable la sustitución de la pena del extranjero que no se encuentra en territorio nacional y reside en el extranjero. Las circunstancias exigirían su permanencia regular en el país durante todo el período de la condenación” (Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2005.35.00.005630-5/GO, Ponente Mônica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 06/06/2014, e-DJF1, p. 55, fecha de la decisión 21/05/2014). “Si la pena de privación de libertad aplicada no excede 4 (cuatro) años, no habiendo reincidencia en crimen doloso, y siendo favorables los requisitos subjetivos (art. 44 del CP), es admisible la sustitución de la pena de privación de libertad por dos penalidades restrictivas de derecho” (art. 44, § 2º, del CP)” (Cfr. TRF-1ª Región, ACR 2005.35.00.004504-9/GO, Ponente Mônica Sifuentes, 3ª Sección, fecha de la publicación 10/01/2014 e-DJF1, pág. 258, fecha de la decisión 10/12/2013).

CAPÍTULO VI

EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN PORTUGAL

I. El fenómeno portugués del tráfico ilegal de personas

Portugal es un país de destino, tránsito y origen para mujeres, hombres y niños víctimas del tráfico de personas, específicamente para la prostitución forzada y el trabajo esclavo. Las víctimas de tráfico en Portugal son provenientes principalmente de Brasil, Europa del Este y África. Los hombres son submetidos generalmente al trabajo forzado en la agricultura, construcción civil, hotelería y restaurantes. Muchos menores de edad de origen gitano son submetidos a la mendicidad forzada por sus familiares. También hombres, mujeres y niños portugueses son submetidos a trabajo forzado y a la prostitución tras migrar para otros destinos en Europa³¹³.

La Unidad Antitráfico de Personas, que hace parte del SEF - Servicio de Extranjeros y Fronteras, no obstante sus esfuerzos y del aumento del número de casos identificados por las autoridades, no viene realizando un trabajo eficiente en la protección de las víctimas y en la recoja y tratamiento proactivo de las informaciones, para contribuir decisivamente a la erradicación del tráfico de personas. Tal constatación se revela en el escaso número de procesos criminales iniciados en el país. En definitivo, no es un delito con tradición jurisprudencial³¹⁴, y que ha crecido mayormente desde 2007, en razón de la actividad de las organizaciones criminales³¹⁵.

³¹³ Véase Seminario Final sobre el Tráfico de Seres Humanos y Mendicidad Forzada del Observatorio del Tráfico de Seres Humanos, publicado el 02/07/2015 (<http://www.otsh.mai.gov.pt>). Según datos estadísticos del Observatorio, en 2013 han sido identificadas 308 víctimas de tráfico de personas, siendo 299 personas identificadas en Portugal (49 menores y 250 adultos), y 9 ciudadanos nacionales adultos en el extranjero. En comparación con 2012, se observa un aumento en el total de identificaciones de traficados en el Estado de un 269%.

³¹⁴ La Jefe de la Procuraduría-General de Portugal, Dra. Maria José Morgado, ha afirmado en el Seminario sobre el Combate al Tráfico de Personas, promovido por el Servicio de Extranjeros y Fronteras, que la jurisprudencia nacional no estaría ajustada a la realidad. Según la magistrada, hasta mayo de 2014 solo constaban 2 condenaciones por el delito de tráfico de personas (<http://observador.pt>).

³¹⁵ Sobre el tema de tráfico de personas en Portugal, véase Filipa PINHO, *Transformações na emigração brasileira para Portugal: de profissionais a trabalhadores*, 1ª edic., Lisboa: ACM-Alto

En Portugal se está aplicando el Tercer Plan Nacional contra la Trata de Seres Humanos (2014-2017), que tiene por objetivo central aumentar el número de equipos multidisciplinarios y brindar formación a las fuerzas de seguridad, los inspectores del trabajo y el poder judicial, así como intentar mejorar los mecanismos de detección de las posibles víctimas. Además, Portugal ha adherido en 2012 a la Campaña Corazón Azul contra la trata de seres humanos. Principalmente las víctimas de Sudamérica tienden a concentrarse en Portugal y España. La campaña tiene como objetivo sensibilizar a formuladores de políticas y tomadores de decisión, la sociedad civil, los medios y el público en general sobre la trata de personas, con el fin de reunir apoyo para la lucha contra ese delito³¹⁶.

El bajo número de procesamientos y condenas por ese delito obedece también a la dificultad de probar los delitos de gran complejidad, a menudo cometidos por actores transnacionales organizados. Para buscar la resolución de tal problema se ha intensificado la formación impartida a todas las personas que participaban en las investigaciones y a los funcionarios del Poder judicial. En 2013, el número de refugios para las víctimas de la trata de personas había aumentado de uno a tres. Todos ellos son manejados por ONG's financiadas por el Estado.

De conformidad con el Derecho de la Unión Europea, Portugal ha ampliado la definición del delito de trata de personas de forma que quedó incluida en ella muchas formas de explotación. La legislación sobre la lucha contra la delincuencia organizada y

Comissariado para as Migrações, 2014; Renata DE FARIAS FALANGOLA, *Tráfico internacional de pessoas sob a ótica do direito internacional*, 1ª edic., Fortaleza: Faculdades Faria de Brito, 2013; Thaís DE CAMARGO RODRIGUES, *Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*, 1ª edic., San Paulo: Editora Saraiva, 2013; y Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Direitos humanos das mulheres*, 1ª edic., Coimbra: Editora Coimbra, 2005).

³¹⁶ La finalidad de la campaña “Corazón Azul” es movilizar apoyo y servir de inspiración a las personas que luchan contra la trata de personas. Es promovida por UNODC, una oficina especializada del sistema de las Naciones Unidas con mandato de custodiar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Ayuda a los Estados Miembros en sus esfuerzos por implementar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (Protocolo contra la trata de personas). Véase <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/>.

sobre las operaciones encubiertas también se ha modificado a fin de que se aplicara al tráfico de personas.

La legislación en vigor respeta el principio de no devolución de los refugiados y solicitantes de asilo. En la práctica, eso significa que nadie puede ser obligado a abandonar el territorio portugués antes de que se haya dictado una sentencia judicial firme en el caso. Las solicitudes de asilo de niños deben ser remitidas inmediatamente a los tribunales de familia, y los niños disponen de alojamiento en centros para niños refugiados.

II. Las acciones conjuntas de Portugal y España de combate al tráfico de personas

España y Portugal constantemente refuerzan su cooperación fronteriza en materia policial, que abarca la lucha contra el tráfico de personas, la delincuencia internacional y el desarrollo de sus comisarías conjuntas.

Responsables policiales de los dos países se reúnen periódicamente para impulsar la colaboración en esas áreas y en las operaciones contra las redes de inmigración ilegal y explotación laboral y sexual de las personas, y abordan posibilidades de establecer canales directos para intercambiar información sobre las nuevas tendencias de la inmigración ilegal, la criminalidad transfronteriza y sus rutas y formas de operar, y para impulsar la aplicación de técnicas para detectar documentos falsos y compartir la información en tiempo real.

Entre tales operaciones figuran las relacionadas con matrimonios de conveniencia, trata de personas, documentos falsificados, repatriaciones y operaciones coordinadas con la Agencia Europea para las Fronteras Exteriores (FRONTEX).

III. Sistema normativo del Código penal portugués

El art. 160 del CP configura el tipo de delito de tráfico de personas en los siguientes términos:

“Artigo 160 (Tráfico de personas) 1 - Quien ofrezca, entregue, reclute, levante, acepte, transporte, aloje o acoja a personas con fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades criminales: a) Por medio de violencia, rapto o amenaza grave; b) A través de ardid o maniobra fraudulenta; c) Con abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, de trabajo o familiar; d) Aprovechándose de incapacidad psíquica o de situación de especial vulnerabilidad de la víctima; o e) Mediante la obtención del consentimiento de la persona que tiene el control sobre la víctima; será castigado con pena de prisión de tres a diez años. 2 - La misma pena se impondrá a quien, por cualquier medio, reclute, levante, transporte, proceda al alojamiento o acogida de menor, o a entregarle, ofrecerle o aceptarle, con fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos, la adopción o la explotación de otras actividades criminales. 3 - En el caso previsto en el número anterior, si el agente utilizare cualquier de los medios previstos en las letras del n. 1 o actuar profesionalmente o con intención lucrativa, es punido con pena de prisión de tres a doce años. 4 - Las penas previstas en los números anteriores son agravadas de un tercio, en sus límites mínimo y máximo, si la conducta en ellos referida: a) Hubiera puesto en peligro la vida de la víctima; b) Hubiera sido cometida con especial violencia o haya causado a la víctima daños particularmente graves; c) Hubiera sido cometida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones; d) Hubiera sido cometida en el cuadro de una asociación criminal; o e) Hubiera tenido como resultado el suicidio de la víctima. 5 - Quien, mediante pagamiento u otra contraprestación, ofreciere, entregue, solicitare o aceptare a un menor, u obtuviera o prestara su consentimiento para la adopción, será castigado con la pena de prisión de un a cinco años. 6 - Quien, teniendo conocimiento de la práctica del crimen previsto en los ns. 1 y 2, utilizare los servicios u órganos de la víctima será castigado con la pena de prisión de un a cinco años, si no fuera de aplicación

pena más grave por otra disposición legal. 7 - Quien retuviere, ocultare, dañare o destruyere documentos de identificación o de viaje de persona víctima de crimen previsto en los ns. 1 y 2, será castigado con la pena de prisión hasta tres años, si no fuera aplicable pena más grave por fuerza de otra disposición legal. 8 - El consentimiento de la víctima de los delitos previstos en los números anteriores no excluye en ningún caso la ilicitud del hecho”.

A. Acción típica

El delito de tráfico de personas está previsto en el art. 160 del CP, y consiste en “ofrecer, entregar, reclutar, levantar, aceptar, transportar, alojar o acoger persona para fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades criminosas: a) por medio de violencia, raptó o amenaza grave; b) a través de ardid o maniobra fraudulenta; c) con abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, de trabajo o familiar; d) aprovechándose de incapacidad psíquica o de situación de especial vulnerabilidad de la víctima; o e) mediante la obtención del consentimiento de la persona que tiene el control sobre la víctima” (art. 160, n. 1, letras a-e, del CP).

Esta figura delictiva se refiere exclusivamente al “tráfico de adultos”, mientras que el “tráfico de menores” está descrito en el n. 2 del art. 160, del CP, en los siguientes términos: “La misma pena es aplicada a quien, por cualquier medio, reclutar, levantar, transportar, proceder al alojamiento o acogida de menor, o entregarle, ofrecerle o aceptarle, para fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos, la adopción o la explotación de otras actividades criminosas”. El tráfico de personas con el propósito de “utilizar los servicios o órganos de la víctima es punido con pena de prisión de un a cinco años, si pena más grave no aplicarle por fuerza de otra disposición legal” (art. 160, n. 6, del CP).

Es de señalar que en los supuestos de tráfico de menores de edad la violencia o el fraude se presumen por el tipo penal, mientras que en el caso del tráfico de adultos su existencia ha de ser acreditada judicialmente en el proceso criminal. Otra observación importante respecto a las características conceptuales es relativa a que en el tipo penal de

tráfico no se ha hecho la distinción entre tráfico internacional y tráfico nacional de personas, siendo por ello indiferente para la tipificación de la conducta la peculiaridad de que se trate o no de un supuesto de criminalidad transnacional.

Por fin, el n. 7, del art. 160, del CP regula una figura criminal especial, una clase de supresión o destrucción de documento público, que, no obstante estar disciplinada en el tipo penal de tráfico, materialmente consiste en un delito autónomo, realizado en concurso material con el de tráfico de personas, consistente en “retener, ocultar, dañar o destruir documentos de identificación o de viaje” de persona víctima de tráfico, con la prisión de hasta tres años, si pena más grave no aplicarle por fuerza de otra disposición legal.

Es un crimen de ejecución vinculada, estando los medios de ejecución del crimen tipificados, y ha sido configurado el tipo legal como un delito de intención (“para fines de”) pues tiene por finalidad la realización de un resultado que no se requiere que objetivamente se produzca (“la explotación sexual, la explotación del trabajo y la extracción de órganos”), y que hace referencia intencional a una acción ulterior del propio autor o de tercera persona, no siendo necesaria la verificación de la explotación efectiva de la víctima ni la extracción efectiva de su órgano.

La jurisprudencia ha señalado que la acción típica del “tráfico de adultos” consiste en la “oferta, entrega, levantamiento, aceptación, transporte (por medio propio del agente o de tercero, pero costado por el agente), alojamiento o acogida de una persona con la finalidad de su explotación sexual, a la explotación de su mano de obra o a la extracción de sus órganos”³¹⁷.

Destaca asimismo que estamos a presencia de un delito con determinación de medios específicos de ejecución, configurado subjetivamente como un delito de intención (“para fines de”), en cuanto tiene por finalidad la realización de un resultado que no hace falta ocurrir (“la explotación sexual, la explotación del trabajo y la extracción de órganos”), que

³¹⁷ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

puede ser provocado por una acción ulterior a ser realizada por el mismo agente o por persona ajena, no siendo necesaria la verificación de la explotación efectiva de la víctima ni la extracción efectiva de su órgano”³¹⁸.

B. Sujetos activo y pasivo

El tráfico de personas en el ordenamiento penal portugués constituye un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona normativamente indeterminada, hombre o mujer, incluso por personas jurídicas, por expresa previsión legal³¹⁹.

El principio de responsabilidad criminal de las personas jurídicas ha sido admitido con base en un criterio de imputación consistente en una actuación en nombre y en el interés de la persona jurídica y que no excluye la responsabilidad individual de los respectivos agentes (art. 11 del CP), e incluye la responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos de tráfico ilegal de personas.

Durante siglos, en Portugal, como en las diversas jurisdicciones en Europa, sólo se aceptaba la responsabilidad penal de las personas físicas, partiendo del aforismo *societas delinquere non potest*. Desde los años 80, sin embargo, se ha ido produciendo el abandono de ese principio en el sistema penal portugués, con una considerable apertura hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este ajuste político-criminal surgió en una lógica de evolución y cambio, estimulada por la ingente cantidad de textos e instrumentos existentes en el ámbito de la Unión Europea, que, sin imponer a los Estados miembros la obligación de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la adopción de medidas de sanción de esa naturaleza, inducirían a optar por esta solución, al mismo tiempo o, de forma alternativa, a

³¹⁸ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³¹⁹ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en casos específicos, ver PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário ao Código Penal*, 1ª edic., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, pág. 81.

otros modelos que parecían inadecuados para las nuevas exigencias de la política criminal e insuficientes en la lucha contra los nuevos fenómenos criminológicos.

Fue justo en 1982, con la promulgación del nuevo Código penal, cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas legalmente especificada: el art. 11 del CP declara que “a menos que se especifique lo contrario, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal”.

La regla general establecía, en principio, que sólo las personas físicas podían cometer delitos, fijando, en todo caso, la posibilidad de crear regímenes jurídicos específicos, previstos en distintas disposiciones, que permitían la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tras esta implícita autorización, en 1984, un importante régimen legal de Derecho penal de naturaleza secundaria, relativa a los delitos antieconómicos y los delitos contra la salud pública (Decreto-Ley n. 28/84), estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos tipificados en la misma (art. 3º). Este ejemplo fue seguido en otras muchas materias, en 2007, se produjo una profunda reforma del Código Penal (Ley n. 59/2007, a través de la que se modificó significativamente el art. 11, precisamente, en lo relativo a la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, respecto de una amplia gama de delitos del Derecho penal clásico.

La reforma del Código penal por la Ley n. 59/2007 tuvo como principal y llamativa novedad la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta vez, en la redacción del Código penal. Se ha tratado, en definitiva, de un paso natural en un sistema que, a diferencia de otros, había adquirido, desde hacía mucho tiempo, la capacidad de actuar sobre el hecho, la culpa y el castigo de las personas jurídicas, el cual adoptó plena conciencia de las necesidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la sociedad.

Entretanto, en el Derecho penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas se

limita a delitos específicos, cuyo catálogo, expresamente recogido por el legislador en el art. 11, n. 2 del CP, integra los siguientes delitos: malos tratos (art. 152-a); violación de las normas de seguridad (art. 152-B); esclavitud (art. 159); la trata de personas (art. 160); algunos delitos contra la libertad sexual (arts. 163-a, 166, siendo víctima menor, y los arts. 168, 169, y 171 a 176); delitos de fraude (art. 217 a 222), discriminación racial, religiosa o sexual (art. 240); falsificación de documentos (art. 256); falsificación de informes técnicos (art. 258); delitos de falsificación de dinero y algunos delitos de peligro común (art. 262 a 283 y 285), asociación criminal (art. 299); tráfico de influencias (art. 335); desobediencia (art. 348); violación de imposiciones, prohibiciones o interdicciones (art. 353); soborno (art. 363); favorecimiento personal (art. 367); blanqueo de dinero (art. 368-a) y la corrupción (art. 372 a 374).

Sin embargo, aunque aparentemente se trate de un catálogo amplio, ha sido objeto de numerosas críticas por la doctrina portuguesa, no tanto debido a su extensión, sino sobre todo a causa de los criterios que rigen la elección de los delitos que lo componen: es demasiado heterogénea, difícilmente se comprende la inclusión de ciertos delitos y la exclusión de otros³²⁰.

Como señala la jurisprudencia, el “principio de responsabilidad criminal de las personas jurídicas ha sido admitido en algunas áreas delimitadas de la criminalidad (derecho criminal de la economía, de la sanidad, de la informática o de las infracciones tributarias), a través de la Ley n. 59, de 2007, con base en un criterio de imputación consistente en una actuación en nombre y en el interés de la persona jurídica y que no excluye la responsabilidad individual de los respectivos agentes (art. 11, n. 2 y 7, del CP). No se trata, por eso, de una responsabilidad por acto cometido por una persona ajena, sino de una verdadera responsabilidad autónoma y distinta de la responsabilidad que pueda ser imputada a las personas físicas que componen la persona colectiva y que presupone que estas entidades puedan constituir objeto de reprochabilidad ético-penal”³²¹.

³²⁰ Cfr. BRANDÃO, Nuno y JESUS, Solange, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués*, San Sebastián: EGUZKILORE, 2014, pág. 80.

³²¹ Cfr. STJ, Proc. 331/04.0TAFIG-B. C1-A.S1, Ponente Maia Costa, 3ª Sección, fecha de la decisión 28/05/2014.

Sujeto pasivo del presente delito de tráfico de personas es constituido por el ser humano con vida autónoma personal, determinado por el propio nacimiento de la persona viva, con independencia de su menor o mayor vitalidad. Por lo que el tráfico internacional de la mujer gestante no implica la comisión asimismo del delito contra el *nasciturus*.

Como indica la jurisprudencia, el hecho de la “la ley civil disponga que los derechos que son reconocibles a los niños a nacer dependen de su nacimiento completo y con vida (n. 2, del art. 66, del CC) señala, por un lado, la idea de excepcionalidad de las respectivas previsiones, y por otro que los derechos atribuidos son en función de la persona, entendida ésta como el ser humano tras el nacimiento completo y con vida. Además, al se buscar normas más genéricas se depara con previsiones normativas donde claramente se distingue “persona” y “vida humana”. Así, el art. 2º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que, al prever “el derecho de toda la persona a la vida”, ha considerado el término “persona” como no incluso el ser humano ya concebido, pero no nacido. La personalidad jurídica es la susceptibilidad de ser sujeto de deberes y obligaciones; el art. 66, n. 1, del CC, sitúa su comienzo “en el momento del nacimiento completo y con vida”. A su vez, el art. 24, n. 1, de la CRP, al disponer sobre el derecho fundamental a la vida, declarando inviolable la vida humana, parte de un concepto normativo de vida tras el nacimiento, y cuando contempla la protección de la vida prenatal lo hace como valor o bien objetivo”³²².

C. Elementos del tipo legal

La conducta descrita en el tipo legal consiste en “ofrecer, entregar, reclutar, levantar, aceptar, transportar, alojar o acoger persona para fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades criminosas”.

En el delito de tráfico de adultos será necesario la comprobación judicial en el

³²² Cfr. STJ, Proc. 331/436/07.6TBVRL.P1.S1, Ponente Álvaro Rodrigues, 2ª Sección, fecha de la decisión 03/04/2014.

proceso penal de algunas de las circunstancias previstas en las letras a-e, del n. 1, del art. 160, del CP, esto es, la violencia; el rapto o amenaza grave; el ardil o maniobra fraudulenta; el abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, de trabajo o familiar; la incapacidad psíquica o de situación de especial vulnerabilidad de la víctima; o la obtención del consentimiento de la persona que tiene el control sobre la víctima.

El núcleo objetivo del comportamiento descrito se substancia en las conductas típicas alternativas de la oferta, entrega, levantamiento, aceptación, transporte (por medio propio del agente o de tercero, pero costado por el agente), alojamiento o acogida de una persona con el propósito de explotación sexual, explotación de la mano de obra o la extracción de los órganos de la víctima.

El “ardil o maniobra fraudulenta” representa actitud a través de la cual el agente engaña persona ajena sobre el significado, el propósito y las consecuencias de su acción; así, no configura la conducta típica la ventaja pasiva obtenida por medio del engaño de una persona ajena que no sea provocado por el agente.

A su vez, la “especial vulnerabilidad de la víctima” incluye la vulnerabilidad en razón de la edad, deficiencia, enfermedad o gravidez, e indica la explotación de una situación de fragilidad de la víctima, que no tiene una opción sino conformarse con la acción. El concepto encierra situaciones como la migración ilegal, enfermedad, gravidez o deficiencia física o mental.

Con relación al tráfico de menores de edad la violencia o el fraude son presumidos al nivel del tipo penal, pero, una vez constatados efectivamente la pena será agravada. Hay también el tráfico de menores con el propósito de adopción ilegal y el tráfico de personas con la intención de explotación de servicios y retirada de órganos (respectivamente, ns. 5 y 6, del art. 160, del CP).

El tráfico de personas puede ser cometido a través de cualquier medio de ejecución,

directo o indirecto, tanto por acción como por una conducta negativa (omisión), recordándose, cuanto a ésta, ser necesario que el agente tenga el deber jurídico de impedir el tráfico de la víctima.

La jurisprudencia criminal estima que el comportamiento típico objetivo consiste en la oferta, entrega, levantamiento, aceptación, transporte (por medio propio del agente o de tercero, pero costado por el agente), alojamiento o acogida de una persona con el propósito de explotación sexual, explotación de la mano de obra o la extracción de los órganos de la víctima”³²³.

Asimismo se ha señalado³²⁴ que el “ardil o maniobra fraudulenta” implica el ejercicio de una acción a través de la cual el agente engaña persona ajena sobre el significado, el propósito y las consecuencias de su acción. No configura la conducta típica la ventaja pasiva obtenida del engaño de persona ajena que no sea no provocado por el agente”³²⁵.

Se resalta de modo singular³²⁶ que la “especial vulnerabilidad de la víctima” incluye la vulnerabilidad en razón de la edad, deficiencia, enfermedad o gravidez, e indica la explotación de una situación de fragilidad de la víctima, que no tiene otra opción que la de conformarse con la acción. El concepto encierra situaciones como la migración ilegal, enfermedad, gravidez o deficiencia física o mental³²⁷.

³²³ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³²⁴

Ver Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código penal*, 2ª edic., págs. 493-494.

³²⁵ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³²⁶ [Américo TAIPA DE CARVALHO](#) se refiere a una falta de humanidad absurda de las condiciones de explotación sexual o laboral a que el traficante pretende sujetar, o sabe a cuales la víctima será sujeta por tercero, *in Comentário Conimbricense do Código penal, Parte especial*, 2ª edic, Coimbra: Editora Coimbra, vol. I, 2012, pág. 668.

³²⁷ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014).

D. La relación de causalidad

El tráfico de personas constituye un delito de acción y de resultado material. Es admisible la omisión impropia, cuando se requiere una evaluación normativa de la conducta del agente. Determinados sujetos adoptan con respecto a otros la posición de garante, tienen por tanto un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado. Habrán cometido un delito en comisión por omisión aquellos garantes que se abstengan de cumplir con el deber específico que tengan.

La estructura de la tipicidad objetiva de la comisión por omisión se corresponde con las omisiones propias, salvo que a cada uno de los elementos del tipo objetivo se debe añadir un nuevo componente: 1) a la situación típica debe añadirse la posición de garante del sujeto activo; 2) a la ausencia de la acción determinada se añade la aparición de un resultado; y 3) a la capacidad de realizar la acción debida debe añadirse la capacidad de evitar la aparición del resultado.

En los supuestos de omisión impropia, la menor densidad de la omisión significa que la comisión, en cuanto modelo de equiparación a la acción, se traduce siempre en una tipicidad disminuida, con la consecuente fragilidad del principio de la tipicidad. El reequilibrio en la densificación de la garantía de la tipicidad en la equiparación de la acción a la omisión se centra en la construcción referencial de la categoría típica, que la ley expresamente refiere como presupuesto y fundamento de la equiparación; la equiparación sólo existe y el resultado sólo es punible “cuando sobre el omitente recaer un deber jurídico que personalmente lo obligue a evitar el resultado”, como prevé el n. 2, art. 10 del Código penal.

A su vez, en el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad penal de las

personas jurídicas se encuentra regulada en el art. 11 del Código penal portugués, y es claro que, a pesar de la polémica redacción del art. 11, n. 1 (“salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en los casos previstos por la ley, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal”), se debe entender que la Ley n. 59/2007 definitivamente rechaza la regla de la responsabilidad penal física, introduciendo un nuevo “paradigma de la doble responsabilidad penal de las personas físicas y los entes colectivos”, aunque con aspectos especiales, basados en la redacción de la norma.

El primer modo de imputación definido por el art. 11, n. 2, *a*), del CP refleja la elección del legislador por un modelo de hetero-responsabilidad o vicarial: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: a) en su nombre y en interés colectivo por personas que ocupan una posición de liderazgo en la misma”.

Así pues, se imputarán a la persona jurídica todos los actos delictivos cometidos por una cierta categoría de personas, vinculadas a la misma (según la normativa, los que ocupan una “posición de liderazgo” en la misma), que intervengan en su nombre e interés, así como en el ejercicio de sus funciones. Teniendo en cuenta la particular definición prevista el n. 4 del art. 11 del CP, tendrán relevancia, a efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo los actos cometidos por sus órganos y representantes, sino también todos aquellos que son practicados por aquellos sujetos que, aunque sin poder de representación externo, tengan la autoridad para ejercer el control de la actividad. En este segmento se incluye, en particular, los llamados administradores de hecho y todas las personas a las que se les confían poderes de las estructuras de gestión con autonomía organizativa, en relación al cuerpo principal de la persona jurídica (por ejemplo, agencias confiadas, sucursales u oficinas).

La comisión del hecho por parte de la persona física vinculada a la persona jurídica puede adoptar la forma de acción o de omisión, y concretarse en cualquier tipo de modalidad de contribución -ya sea en forma de autoría (en cuyo caso la empresa puede responder como autor), ya sea en forma de complicidad, que puede causar responsabilidad de la empresa a título de complicidad. Respecto a la autoría, será válida también cualquiera

de sus formas: la autoría inmediata, coautoría, autoría mediada y la inducción.

La letra *b*), n. 2, art. 11 del CP incluso contempla una solución de hetero-responsabilidad, pero con una gran aproximación a las teorías de la auto-responsabilidad: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: *b*) por quien actúa bajo la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior, debido a una omisión de los deberes de vigilancia o control que se les impone”.

También, en este caso, la responsabilidad de las personas jurídicas depende de la comisión de un hecho ilícito-típico por parte de una persona física que actúa en su ámbito y en su interés, eliminándose, sin embargo, los poderes de liderazgo -a los que se refiere el anterior precepto mencionado- paradigmáticamente, los trabajadores de los niveles más bajos de la jerarquía corporativa.

Por tanto, no es suficiente para responsabilizar penalmente a una persona jurídica con la concurrencia de un hecho típico dentro del ámbito de actuación empresarial (contra lo que, en general, defienden de los promotores del modelo de auto-responsabilidad, basándose en la concepción del riesgo potencial de la actividad empresarial), siendo siempre imprescindible que este resultado pueda ser imputado personalmente, en forma de acción u omisión, a una persona física que actúe en su nombre y en su interés. Así, la solución de la letra *b*), n. 2, art. 11 del CP es una alternativa de hetero-responsabilidad.

Desde la perspectiva del modelo de autorresponsabilidad, para que el acto cometido por el mero agente de la persona jurídica (distinto del órgano o representante o persona que ejerce poderes de liderazgo en la misma) se pueda imputar a ésta es necesario que concurren estas condiciones, esto es, que el motivo fundamental de la comisión del hecho sea debido al incumplimiento de las funciones de supervisión o control que se requieren, en vista de los riesgos empresariales inherentes en el desarrollo de sus actividades³²⁸.

³²⁸ Véase LOPES, Manuel António, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1998; DE FARIA COSTA, José, *La responsabilidad jurídica y penal de la empresa y de sus órganos (una reflexión sobre la alteridad en las personas jurídicas, a la luz del Derecho penal)*, Lisboa: Revista Portuguesa de Ciencias Penales, 1992; el mismo autor en *Derecho penal económico*, Madrid: Cuarteto, 2003; TORRÃO, Fernando, *Los nuevos campos de aplicación de la ley penal y el paradigma de*

La jurisprudencia ha estimado que “se trata de delito de daño, con relación a la lesión al bien jurídico, y de resultado, relativo al objeto de la acción”³²⁹. “La menor densidad de la omisión significa que la comisión, en cuanto modelo de equiparación a la acción, se traduce siempre en una tipicidad disminuida, con la consecuente fragilidad del principio de la tipicidad. El reequilibrio en la densificación de la garantía de la tipicidad en la equiparación de la acción a la omisión se centra en la construcción referencial de la categoría típica, que la ley expresamente refiere como presupuesto y fundamento de la equiparación; la equiparación sólo existe y el resultado sólo es punible “cuando sobre el omitente recaer un deber jurídico que personalmente lo obligue a evitar el resultado”, como prevé el n. 2, art. 10 del Código penal. Este deber jurídico, como elemento integrante de la tipicidad, determina el círculo de los garantes susceptibles de aparecer como autores del hecho. El deber jurídico que integra y determina la posición de garante tiene, pues, de ser interpretado e integrado como otro cualquiera elemento de la tipicidad, no bastando, por ello, una situación formal resultante de la ley, del contrato o de una situación de ingerencia (para aludir a los tradicionales planes referenciales de la doctrina). Tales fuentes genéricas, como es hoy en día pacíficamente admitido, no pueden, sólo por sí mismas, ser fuente de un elemento del tipo penal: no pueden ex abrupto crear, por sí, el deber jurídico de garante y generar un elemento del tipo. La indeterminación y la inseguridad que de ahí resulta, constituiría una violación del principio de tipicidad”³³⁰.

intervención mínima (enfoque multidisciplinario), Coimbra: Ed. Coimbra, 2003; DOS REIS, Jorge, *Criterios de imputación jurídico-penal de las entidades colectivas (elementos para una alternativa a la responsabilidad penal dogmática de entidades colectivas)*, Madrid: Revista Internacional de Ciencias Penales, 2003; y SEIXAS MEIRELES, Mario Pedro, *Las personas jurídicas y las sanciones penales: Sentencias de Adecuación*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

³²⁹ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³³⁰ Cfr. STJ, Proc. 6/08.1ZRPT.P1, Ponente Leal Henriques, fecha de la decisión 09/07/2003.

E. Objeto jurídico y consentimiento de la víctima

El objeto jurídico de protección del tipo legal del tráfico de personas es constituido por la dignidad humana³³¹. El delito de tráfico de personas, según dispone el art. 160 del CP, tiene como objeto de tutela, más allá de la libertad personal, la dignidad de la persona humana.

La jurisprudencia penal estima que el tipo de delito de tráfico de personas, según dispone el art. 160 del CP, provee la protección, más allá de la libertad personal, de la propia dignidad de la persona humana³³².

El consentimiento de la víctima no excluye la tipicidad de la conducta delictiva, teniendo en consideración la indisponibilidad del interés involucrado, es decir, la salvaguardia de la dignidad humana. Incluso el art. 160, n. 8, del CP dispone textualmente: “El consentimiento de la víctima de los crímenes previstos en los números anteriores no excluye en ningún caso la ilicitud del hecho”.

F. Imputación subjetiva

Exige el dolo. No es necesaria la verificación de la explotación efectiva de la víctima ni la extracción de su órgano; basta que el agente tenga esa intención. Así, para la consumación del delito de tráfico de personas no se exige que la víctima haya, de hecho, sido explotada sexual o laboralmente, siendo suficiente que las acciones referidas en el n. 1

³³¹ Según Pedro VAZ DE PATTO, “se está en causa, en el tráfico de personas, más allá de la libertad personal, la dignidad de la persona humana, siendo eso que confiere particular gravedad a ese delito” (cfr. VAZ PATTO, Pedro, *O crime de tráfico de pessoas no Código penal revisto. Análise de algumas questões*, Lisboa: Revista CEJ n. 8, 2008).

³³² Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

del art. 160, del CP, hayan sido realizadas con una de las intenciones dispuestas en la ley.

Según dispone el art. 16, n. 1, del CP, “1 - El error sobre elementos de hecho o de derecho de un tipo de delito, o sobre prohibiciones cuyo conocimiento ha sido razonablemente indispensable para que el agente pueda tener consciencia de la ilicitud del hecho, excluye el dolo”. Por tanto, en los supuestos en que el agente desconozca estar transportando una víctima de tráfico de personas sea porque esté escondida en el medio de transporte (camión, coche, embarcación o navío) sea porque no tenga consciencia de estar ella siendo utilizada como objeto de trata, no hay conducta típica del agente. El error sobre la ilicitud excluye el dolo del tipo siempre que determine una falta de conocimiento necesario a una correcta orientación de la consciencia ética del agente para el desvalor del ilícito.

Pero, el error sobre la ilicitud o sobre la punibilidad que excluye el dolo (art. 16, n. 1, del CP) sólo se debe y puede hacer referencia a los crímenes cuya punibilidad no se puede presumir conocida de todos los ciudadanos, de manera que es reprochable o no consonante el pueda revelar y concretizar una personalidad indiferente ante un bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del agente.

La jurisprudencia penal ha estimado que “el tipo subjetivo exige el dolo en los delitos de tráfico de personas”³³³. “Respecto a los elementos subjetivos del tipo, tenemos por cierto que el dolo, o el nivel de representación o de reconocimiento que su afirmación supone bajo un punto de vista fáctico, pertenece, por naturaleza, al mundo interior del agente; por eso o es demostrado por el acusado, bajo la forma de confesión, o tiene de ser extraído de los hechos objetivos, esto es, infiriéndose a través de la consideración de determinado contexto objetivo con idoneidad suficiente para revelarlo”³³⁴.

Respecto del error, la jurisprudencia ha estimado que “el error sobre la ilicitud o

³³³ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³³⁴ Cfr. Ac. TRC de 4-03-2015.

sobre la punibilidad que excluye el dolo (art. 16, n. 1, del CP) sólo se debe y puede hacer referencia a los crímenes cuya punibilidad no se puede presumir conocida de todos los ciudadanos. A los crímenes cuya punibilidad se puede presumir sea conocida por todos los ciudadanos, el eventual error sobre la ilicitud es disciplinado por el art. 17 del CP, en el caso en que la culpabilidad es alejada si la falta de consciencia de la ilicitud del hecho resulta de error no reprochable. La reprochabilidad puede ser excluida si y cuando se trate de prohibiciones de conductas cuya ilicitud material no esté debidamente sedimentada en la consciencia ético-social³³⁵. “El error sobre la ilicitud excluye el dolo del tipo siempre que determine una falta de conocimiento necesario a una correcta orientación de la consciencia ética del agente para el desvalor del ilícito. El error es reprochable o no consonante el pueda revelar y concretizar una personalidad indiferente ante un bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del agente”³³⁶.

G. Consumación y tentativa

El tipo delictivo de tráfico de personas es constitutivo de un delito de intención. Puede ser realizado por una acción ulterior a ser ejecutada por el sujeto activo o por persona ajena, no siendo necesaria la verificación de la explotación efectiva de la víctima ni la extracción efectiva de su órgano. Integra un delito de intención (“para fines de”), puesto que descripción legal menciona la realización de un resultado (la explotación sexual, la explotación laboral y la extracción de órganos), que puede ser realizado por una acción ulterior a ser ejecutada por el sujeto activo o por persona ajena, no siendo necesaria la verificación de la explotación efectiva de la víctima ni la extracción efectiva de su órgano.

La jurisprudencia destaca la naturaleza de la configuración típica peculiar del delito de intención (“para fines de”), pues requiere la intención subjetiva de la realización de un resultado (la explotación sexual, la explotación laboral y la extracción de órganos), que podría consistir en una acción ulterior a ser ejecutada por el sujeto activo o por persona ajena, no siendo necesaria la verificación de la explotación efectiva de la víctima ni la

³³⁵ Ac. TRP de 25-02-2015.

³³⁶ Ac. TRG de 5-11-2012.

extracción efectiva de su órgano”³³⁷.

La tentativa en esta figura delictiva es plenamente admisible, siendo necesario que la conducta del delincuente sea propia y espontánea, aunque haya la colaboración de terceros.

H. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz

El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz son admisibles, previendo el art. 24 del CP la no punibilidad de la tentativa, por desistencia activa del agente. Sólo el impedimento de la consumación por parte del agente lo exenta de la punición. Para que ello suceda es, entretanto, necesario que él desenvuelva una conducta propia y espontánea, aunque eventualmente haya la colaboración de terceros, a su pedido, que sea idónea a evitarse la consumación, y que ella efectivamente ocurra. El agente debe, para que pueda ser apreciado el desistimiento y estimarse la procedente impunidad, dominar o al menos participar del proceso de salvamento del bien jurídico amenazado por su conducta.

El art. 24 del CP exige que el agente tenga se reforzado seriamente para evitar la consumación. “Esfuerzos serios” significan una actitud activa por parte del agente, pero más bien es un comportamiento idóneo para evitarse la consumación, no siendo suficiente la mejor contribución posible según la convicción del agente. Sólo así se observará las razones político-criminales que fundamentan el instituto de la desistencia, radicadas no sólo en la voluntariedad de la actitud del agente, como también en la inversión del peligro para el bien jurídico que la desistencia de la tentativa representa. De otra manera, la adopción de un criterio puramente subjetivo en la valoración de la “seriedad de los esfuerzos” podría fácilmente implicar en la recompensa, inadmisibles, de “esfuerzos” inútiles, maléficis o temerarios para la salvaguardia del bien jurídico, que, no obstante el punto de vista del agente, no serian adecuados para ese fin.

En concordancia con la consideración doctrinal³³⁸, la jurisprudencia penal ha

³³⁷ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

estimado que “el art. 24 del CP prevé la no punibilidad de la tentativa, por desistencia activa del agente. En el caso de la tentativa acabada (2ª hipótesis previsto en el n. 1), sólo el impedimento de la consumación por parte del agente lo exenta de la punición. Para que eso suceda es, entretanto, necesario que él desenvuelva una conducta propia y espontánea, aunque eventualmente haya la colaboración de terceros, a su pedido, que sea idónea a evitarse la consumación, y que ella efectivamente ocurra. El agente debe, pues, para ser considerado una desistencia y beneficiarse de la impunidad, dominar, o, en el mínimo, participar del proceso de salvamento del bien jurídico amenazado por su conducta. A su vez, el n. 2 del mismo artículo admite además la no punibilidad de la tentativa cuando la no consumación del delito tuviera resultado que no sea imputable al agente, o sea, cuando la conducta no haya sido la causa del impedimento de la consumación. Todavía, en ese caso, la ley exige que el agente tenga se reforzado seriamente para evitar la consumación. “Esfuerzos serios” significan una actitud activa por parte del agente, pero más bien es un comportamiento idóneo para evitarse la consumación, no siendo suficiente la “mejor contribución posible según la convicción del agente”. Sólo así se observará las razones político-criminales que fundamentan el instituto de la desistencia, radicadas no sólo en la voluntariedad de la actitud del agente, como también en la inversión del peligro para el bien jurídico que la desistencia de la tentativa representa. De otra manera, la adopción de un criterio puramente subjetivo en la valoración de la “seriedad de los esfuerzos” podría fácilmente implicar en la recompensa, inadmisibles, de “esfuerzos” inútiles, maléficos o temerarios para la salvaguardia del bien jurídico, que, no obstante el punto de vista del agente, no serian adecuados para ese fin”³³⁹.

I. Tráfico de personas agravado (art. 160, n. 4, del CP)

Tanto en el caso del tráfico de adultos como en el tráfico de menores de edad, las respectivas penas serán agravadas de un tercio, en sus límites mínimo y máximo, si la conducta en ellos referida: 1) hubiera colocado en peligro la vida de la víctima; 2) hubiera

³³⁸ Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito penal*, tomo I, 2ª edición, pp. 740-741.

³³⁹ Ac. STJ de 18-04-2012.

sido cometida con especial violencia o haya causado a la víctima daños particularmente graves; 3) hubiera sido cometida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones; 4) hubiera sido cometida en el cuadro de una asociación criminal; o 5) hubiera resultado en el suicidio de la víctima.

Cabe resaltar que, no obstante la presunción al nivel del tipo penal de la violencia o del fraude en los delitos ejecutados contra menores de edad, a efecto de caracterización del tipo penal básico de tráfico, habrá un añadido agravamiento de la punición si comprobado al juez que efectivamente esa violencia o fraude hayan ocurrido en la consumación del delito, conforme dispone el n. 3, del art. 160, del CP: “En el caso previsto en el número anterior, si el agente utilizar cualquier de los medios previstos en las letras del n. 1 o actuar profesionalmente o con intención lucrativa, es punido con pena de prisión de tres a doce años”. La jurisprudencia y la doctrina no han todavía ponderado sobre una posible infracción al principio constitucional *ne bis in idem*, cuanto a la cuestión de la doble valoración de las circunstancias, primero al se establecer una tipicidad por presunción *iuris et de iure* basada en la minoridad de la víctima, y, en un según momento, legitimar el agravamiento de la pena por las mismas circunstancias, una vez que comprobadas en el proceso criminal, respecto a la violencia o al fraude.

J. Intervención y concursos

Son admisibles la coautoría y participación en el delito de tráfico de personas³⁴⁰. Es

³⁴⁰ Sobre autoría y participación en el Derecho penal portugués, ver Germano MARQUES DA SILVA, *Direito penal português, Parte geral*, Lisboa: Editora Verbo, vol. II, 1998, pág. 280; Teresa PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, vol. II, págs. 425-501; Miguel PEDROSA MACHADO, *Ab uno ad omnes*, 1ª edic., Coimbra: Editora Coimbra, 1998, págs. 763-772; *O dolo e a penalidade do cúmplice. Formas do Crime*, 1ª edic., Lisboa: Principia; Eduardo CORREIA, *Problemas fundamentais da comparticipação criminosa*, 1ª edic., 1951; Cavaleiro FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 1987, págs. 352-353; FARIA COSTA, José, *in Jornadas de Direito Criminal. As formas do crime*, 1ª edic., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, págs. 153-184. Hay también una extensa jurisprudencia sobre el tema, véase Acs. del STJ, de 17/08/81, Proc. n. 38264, de 16/01/90, Proc. n. 40378, de 04/04/90, Proc. n. 40425, de 21/10/92, Proc. n. 42952, de 03/11/94, Proc. n. 48885, de 05/04/95, Proc. n. 48898, de 14/11/96, Proc. n. 48588, de 13/11/97, Proc. n. 962/97-3, de 27/11/97, Proc. n. 291/97-3 (in S. ac. STJ), de 10/12/97, Proc. n. 916/97-3 (in BMJ 472/116), de 20/01/98, Proc. n. 1202/97-3, de 04/06/1998, Proc. n. 235/98-3, de 15/10/98, Proc. n. 784/98.3 (in S. A. STJ), de 22/03/01, Proc. n. 473/01-5 (in. Ac. STJ, Año IX, Tomo I - 2001, 260), de 02/05/01, Proc. n. 4112/00-3, de 07/06/01, Proc. n. 949/01-5, de 06/12/01, Proc. n. 3160/01-5 (S.Ac. STJ), de 30/10/02, Proc. n. 2930/02; de la Relación de Lisboa, de 20/04/93, Proc. n. 48355, de 28/11/00, Proc. n. 59249, de 21/01/03,

autor el que tiene el dominio del hecho, aunque por intermedio de persona ajena, que utiliza como su instrumento (así se contraponen la autoría inmediata a la mediata), y participe el que interviene en ese hecho y puede hacerlo a título principal o secundario (dando lugar, respectivamente, al instigador y al cómplice). Es de resaltar que, en el Código penal, la instigación es regulada, en términos de sistematización, como forma de autoría.

La línea divisoria entre autores y cómplices está en que la ley considera como autores los que realizan la acción típica, directa o indirectamente, esto es, personalmente o a través de terceros (dándole causa), y como cómplices aquellos que no realizan la acción típica ni le ha dado causa, pero ayudan a los autores a realizarla. La complicidad es una forma de participación secundaria en la participación criminal, destinada a favorecer un hecho ajeno, por tanto, de menor gravedad objetiva; no obstante no ser determinante en la voluntad del autor y sin participación en la ejecución del delito, importa siempre en auxilio a la realización del crimen y, en esa medida, contribuye para su realización, configurando una concausa del delito.

La complicidad es el auxilio doloso, material o moral y de cualquier forma a la realización por persona ajena de un hecho doloso, siendo punible con la pena fijada al autor, especialmente atenuada (art. 27, ns. 1 y 2, del CP). En la participación criminal, en cuyas formas se inscribe la complicidad, cada partícipe responde por el mismo hecho típico, porque todos los partícipes concurren para la realización del mismo hecho. El modo de cooperación es que es diverso; el objeto a que se orienta la cooperación de todos es el mismo: el hecho, el crimen. Ella se diferencia de la coautoría, por la ausencia del dominio del hecho; el cómplice se limita a facilitar el hecho principal, a través de auxilio físico (material) o psíquico (moral), situándose esta prestación de auxilio en toda la contribución que tenga posibilitado o facilitado el hecho principal o potenciado la lesión del bien jurídico cometida por el autor.

Según la jurisprudencia, “la autoría se ha referido al alojamiento y acogida, por tanto,

Proc. n. 85845; de la Relación de Coimbra, de 13/12/00, Proc. n. 1982/00; de la Relación del Oporto, de 12/08/02, Proc. n. 2105/02, de 04/12/02, Proc. n. 2108/01.

con adecuación a las letras b) y d), del art. 160, n. 1, del CP, nombradamente el uso de ardid o maniobra fraudulenta, bien como el hecho de aprovecharse de la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas; el tratarse de menores y estar solas en un país totalmente desconocido ha contribuido decisivamente a que las víctimas se sujetaren a aquello que los acusados han pretendido. Más allá de ello, la promesa de trabajo en Portugal fue también uno de los motivos que ha hecho las víctimas acordaren en quedarse alojadas en la casa de los acusados, de manera que sólo tras esa acogida es que fueron confrontadas con los reales objetivos de los acusados. Asimismo no hay duda de la adecuación al tipo legal del crimen, siendo tres los delitos realizados porque han sido tres las víctimas”³⁴¹.

“La complicidad es el auxilio doloso, material o moral y de cualquier forma a la realización por persona ajena de un hecho doloso, siendo punible con la pena fijada al autor, especialmente atenuada (art. 27, ns. 1 y 2, del CP). En la participación criminal, en cuyas formas se inscribe la complicidad, cada partícipe responde por el mismo hecho típico, porque todos los partícipes concurren para la realización del mismo hecho. El modo de cooperación es que es diverso; el objeto a que se orienta la cooperación de todos es el mismo: el hecho, el crimen. Ella se diferencia de la coautoría, por la ausencia del dominio del hecho; el cómplice se limita a facilitar el hecho principal, a través de auxilio físico (material) o psíquico (moral), situándose esta prestación de auxilio en toda la contribución que tenga posibilitado o facilitado el hecho principal o potenciado la lesión del bien jurídico cometida por el autor”³⁴².

“La línea divisoria entre autores y cómplices está en que la ley considera como autores los que realizan la acción típica, directa o indirectamente, esto es, personalmente o a través de terceros (dándole causa), y como cómplices aquellos que no realizan la acción típica ni le ha dado causa, pero ayudan a los autores a realizarla. La complicidad es una forma de participación secundaria en la participación criminal, destina a favorecer un hecho

³⁴¹ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁴² Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

ajeno, por tanto, de menor gravedad objetiva; no obstante no ser determinante en el voluntad del autor y sin participación en la ejecución del delito, importa siempre en auxilio a la realización del crimen y, en esa medida, contribuye para su realización, configurando una concausa del delito”³⁴³.

“Es autor de un delito quien tiene en sus manos la posibilidad de hacer la ejecución del crimen proseguir hasta el fin o hacerla paralizar, limitándose de esa forma la figura de la complicidad, por sus características de: 1) cláusula de extensión de la tipicidad; 2) exigencia de comportamiento doloso; y 3) accesoriedad (limitada) de la punición. Por otro lado, configura la complicidad material la prestación de una ayuda para la ejecución del delito y la complicidad moral como aquello que en el lenguaje corriente se llama dar apoyo moral a una persona que ya está decidida a cometer un crimen, pero sólo fortalece esa decisión”³⁴⁴.

La jurisprudencia ya ha reconocido la posibilidad de concurso material de delitos de tráfico de personas y de esclavitud. El art. 159 del CP disciplina el delito de esclavitud, que puede ser aplicado en concurso material con el tráfico de persona o aisladamente, en los siguientes términos: “Quien proceda a: a) Reducir otra persona al estado o a la condición de esclavo; o, b) Alienar, ceder o adquirir persona o de ella apoderarse con la intención de mantenerla en la situación prevista en la letra anterior, es punido con pena de prisión de 5 a 15 años”³⁴⁵.

La esclavitud asume hoy en día contornos bien diversos de aquellos que han dado origen al movimiento abolicionista, pero ni por eso han dejado de ser igualmente gravosos y

³⁴³ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁴⁴ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014. “Es autor aquel que tiene el dominio del hecho, aunque por intermedio de persona ajena, que utiliza como su instrumento (así se contraponen la autoría inmediata a la mediata), y participe aquel que interviene en ese hecho y puede hacerlo a título principal o secundario (dando lugar, respectivamente, al instigador y al cómplice). Es de resaltar que, en la nuestra ley, la instigación está disciplinada, en términos de sistematización, como forma de autoría”: Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁴⁵ Sobre el delito de esclavitud, ver GOMES LOPES, Miguel Silva, *Segurança e Ciências forenses*, 1ª ed., Lisboa: Revista Jurídica, 2013.

condenables, si se tiene en cuenta que millones de personas (hombres, mujeres y niños) viven de forma explícita o disimulada sujetos a un ambiente de esclavitud, tras vendidos como objetos, sin derecho a ninguna o reducida contrapartida por el trabajo que desarrollan, quedando en las manos de individuos sin escrúpulos, muchas veces inseridos en la red de la criminalidad organizada.

Existe un conjunto de trazos característicos que permite distinguir la esclavitud de otras violaciones de los derechos humanos: 1) el trabajo forzado u obligatorio, mediante amenaza o realización de todo tipo de castigo; 2) el ejercicio de un derecho de propiedad sobre la persona esclavizada por parte de persona ajena, recurriendo a castigos o a amenazas; 3) la deshumanización; y 4) la limitación a la libertad de movimientos.

Además, la jurisprudencia ha reconocido el concurso material del delito de tráfico de menores con el delito de lenocinio de menor, previsto en el art. 175 del CP. El delito de lenocinio de menor, previsto en el art. 175 del CP, protege la autodeterminación sexual del menor de dieciocho años, el libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual, creando las condiciones para que ese desarrollo se procese de forma adecuada y sin perturbaciones.

Las condiciones de explotación sexual o laboral de la víctima del tráfico tienen que ser tales que constituyan una instrumentalización de la persona/víctima. Es, por tanto, necesario distinguir la explotación sexual o laboral como situación objetivada en el delito de tráfico de personas, de las condiciones de, por ejemplo, lenocinio. La explotación sexual o del trabajo, en el crimen de tráfico de personas, presupone y equivale a un estado de sujeción de la víctima al agente explotador.

La jurisprudencia ha señalado que “el delito de tráfico de personas y de lenocinio de menor están en una relación de concurso efectivo”³⁴⁶. “El delito de lenocinio de menor, previsto en el art. 175 del CP, protege la autodeterminación sexual del menor de dieciocho años, el libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual, creando las condiciones para

³⁴⁶ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

que ese desarrollo se procese de forma adecuada y sin perturbaciones”³⁴⁷. “Las condiciones de explotación sexual o laboral de la víctima del tráfico tienen que ser tales que constituyan una instrumentalización de la persona/víctima. Es, por tanto, necesario distinguir la explotación sexual o laboral como situación objetivada en el delito de tráfico de personas, de las condiciones de, por ejemplo, lenocinio. La explotación sexual o del trabajo, en el crimen de tráfico de personas, presupone y equivale a un estado de sujeción de la víctima al agente explotador”³⁴⁸.

“La esclavitud asume hoy en día contornos bien diversos de aquellos que han dado origen al movimiento abolicionista, pero ni por eso han dejado de ser igualmente gravosos y condenables, si se tiene en cuenta que millones de personas (hombres, mujeres y niños) viven de forma explícita o disimulada sujetos a un ambiente de esclavitud, tras vendidos como objetos, sin derecho a ninguna o reducida contrapartida por el trabajo que desarrollan, quedando en las manos de individuos sin escrúpulos, muchas veces inseridos en la red de la criminalidad organizada. Existe un conjunto de trazos característicos que permite distinguir la esclavitud de otras violaciones de los derechos humanos: el trabajo forzado u obligatorio, mediante amenaza o realización de todo tipo de castigo; el ejercicio de un derecho de propiedad sobre la persona esclavizada por parte de persona ajena, recurriendo a castigos o a amenazas; la deshumanización; y la limitación a la libertad de movimientos”³⁴⁹.

K. Continuidad delictiva

No es admisible la continuidad delictiva. En efecto, es un delito de naturaleza eminentemente personal, entonces habrá tantos crímenes de tráfico de personas cuanto los individuos víctimas de esa actividad, de manera que así se tutela de modo más intenso el

³⁴⁷ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁴⁸ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁴⁹ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 322/04.1TAMLG.P1, Ponente Augusto Lourenço, 4ª Sección, fecha de la decisión 27/11/2013.

bien jurídico y las posibles víctimas. Siempre que se comprueba que la reiteración es debida a una cierta tendencia de la personalidad, no se podrá hablar en atenuación de la culpabilidad, quedándose excluidos la reducción de la culpa y el tratamiento penal favorable. La reiteración representa la creación de la habitualidad de delinquir que siempre ha tenido, de modo que la verificación de situaciones exteriores será una tarea sin relevo o secundaria.

Según la jurisprudencia, tratándose de un delito de naturaleza eminentemente personal, habrá tantos crímenes de tráfico de personas cuanto los individuos víctimas de esa actividad, de manera que así se tutela de modo más intenso el bien jurídico y las posibles víctimas”³⁵⁰.

La infracción concreta de una norma jurídica repercute la falta de eficacia deseada, debida y posible, que hace nacer la formulación de un juicio de reprochabilidad siempre que el agente inicie un específico proceso volitivo poniendo en operación un proyecto criminal por diversas veces, y se autodetermina en vista de su concretización, entonces tendremos que la pluralidad de resoluciones criminales corresponde a igual número de pérdidas de eficacia de la ley y así la pluralidad de infracciones se confirma, según un criterio normativo, consagrado en el art. 30, n. 1, del CP, por el número de tipos legales violados o de veces que la norma es violada, asimilándose el concurso ideal al real³⁵¹.

³⁵⁰ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁵¹ Esa es la clave, según el Prof. Eduardo CORREIA, *Unidade e pluralidade de infracções - Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, pág. 91, para se distinguir entre unidad y pluralidad de infracciones. A esa enunciación de principio, se opone la excepción del n. 2, para el concurso aparente de infracciones del delito continuado, que funciona como ficción jurídica para evitarse la excesiva duración de la pena, siempre que esté presente la realización plural del mismo tipo legal de crimen o de varios tipos que, fundamentalmente, protejan el mismo bien jurídico, ejecutada de forma esencialmente homogénea y en el cuadro de una exigencia exterior que disminuya considerablemente la culpabilidad del agente. La forma esencialmente homogénea de ejecución supone la similitud del modus operandi del crimen, siendo necesaria una pluralidad de hechos y una ejecución en el cuadro de la misma exigencia exterior, el que presupone la proximidad espacio-temporal de las múltiples infracciones. Cfr. Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código penal*, pág. 161. Se acrecienta, además, la realización de circunstancias exteriores al agente que disminuyan sensiblemente la culpabilidad, o sea, cuando la ocasión, exterior al agente, facilita, atrayéndolo a la comisión del crimen, sin que el haya buscado o activamente provocado. Cfr. Inês FERREIRA LEITE y Conceição CUNHA, mencionadas en *Comentário ... op. cit.*, págs. 162 y Eduardo CORREIA, *op. cit.*, pág. 96. Tales circunstancias son la oportunidad favorable, o sea, la aquiescencia posterior del ofendido tras el primer acto de comisión; la presencia del objeto de la acción, de la

L. Confrontación de delitos

El art. 160, n. 7, del CP, prevé una figura delictiva que, no obstante esté disciplinada en mismo artículo de tráfico de personas, no es materialmente tráfico de personas en el sentido estricto del término, pero situaciones fácticas a él conexas, es decir, una modalidad específica de retención, ocultación o destrucción de documento público así disciplinada: “Quien retener, ocultar, danificar o destruir documentos de identificación o de viaje de persona víctima de crimen previsto en los ns. 1 y 2 es punido con pena de prisión hasta tres años, si pena más grave no aplicarle por fuerza de otra disposición legal”.

M. Las declaraciones de la víctima

Son importantes porque dadas en un momento en que los hechos aún estaban vivos en la memoria de los intervinientes, pero ella debe ser evaluada en armonía con las demás pruebas constantes del proceso.

La jurisprudencia ha estimado que “las declaraciones de la víctima, prestadas en un momento en que los hechos aún estaban vivos en la memoria de los intervinientes y en una época en que el decurso de tiempo aún no había relativizado la gravedad de los hechos, son bastante importantes para se dar como admisible la factualidad vertida en la acusación”³⁵². “No se puede olvidar que una de las principales limitaciones del tribunal de recurso cuando es llamado a se pronunciar sobre una impugnación de decisión respecto a materia de hecho, sobre todo cuando se tiene que analizar la evaluación realizada en primera instancia de los

disponibilidad de los medios de ejecución y sus auxiliares, de las ventajas del tiempo y lugar; en resumen, a todo el acervo de circunstancias que implican la ejecución del crimen sin peligro, asegurándose el suceso y la impunidad, la disposición al crimen largamente tolerable, a la luz del derecho. Pero, siempre que se comprueba que la reiteración, menos que a ese contexto de facilitación, es debida a una cierta tendencia de la personalidad, no se podrá hablar en atenuación de la culpabilidad, quedándose excluidos la reducción de la culpa y el tratamiento penal favorable. La reiteración representa la creación de la habitualidad de delinquir que siempre ha tenido, de modo que la verificación de situaciones exteriores será una tarea sin relevo o secundaria”. *Vid.* Ac. STJ de 8-01-2014).

³⁵² Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

testigos, resulta de la falta de contacto directo con esa prueba, de la ausencia de oralidad y, particularmente, de la inmediación³⁵³.

Tanto la prueba directa como la prueba indirecta son modos, igualmente legítimos, de se llegar al conocimiento de la realidad (o verdad) del *factum probandum*: por primera vía o método, la percepción da inmediatamente un juicio sobre un hecho principal, al paso que en la segunda, la percepción es racionalizada en una proposición, siguiendo silogísticamente para otra proposición, a la base de reglas generales que sirven de premisas mayores del silogismo, y que pueden ser reglas jurídicas o máximas de la experiencia. A esa secuencia de proposición se llama presunción³⁵⁴.

N. La penalidad

Para el tráfico de personas la pena establecida es de prisión de tres a diez años. En el caso de tráfico de menores de edad, si el agente utilizar cualquier de los medios previstos en las letras del n. 1, del art. 160, del CP, o actuar profesionalmente o con intención lucrativa, es punido con pena de prisión de tres a doce años. Esas penas son agravadas de un tercio, en sus límites mínimo y máximo, si las conductas en ellos referidas son aquellas previstas en las letras del n. 4, del art. 160, del CP.

El tráfico con el propósito de adopción ilegal es punido con la pena prisión de un a cinco años (art. 160, n. 5, del CP), mientras que aquel destinado a aprovecharse de los servicios o para la retirada órganos de la víctima es punido con pena de prisión de un a cinco años, si pena más grave no aplicarle por fuerza de otra disposición legal (art. 160, n. 6, del CP). A su vez, retener, ocultar, danificar o destruir documentos de identificación o de viaje de persona víctima de tráfico es punido con pena de prisión hasta tres años, si pena más grave no aplicarle por fuerza de otra disposición legal (art. 160, n. 7, del CP).

³⁵³ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

³⁵⁴ Cfr. Trib. Relación del Oporto, Proc. 6/08.1ZRPRT.P1, Ponente Elsa Paixão, 4ª Sección, fecha de la decisión 14/05/2014.

El art. 41, ns. 1 a 3, del CP, prevé con carácter general un límite para la imposición aislada de una pena: “1 - La pena de prisión tiene, en principio, la duración mínima de un mes y la duración máxima de veinte años. 2 - El límite máximo de la pena de prisión es de veinte e cinco años en los casos previstos en la ley. 3 - En ningún caso puede ser excedido el límite máximo referido en el número anterior”.

A su vez, el nuevo sistema de sanciones aplicables a las personas jurídicas se define en los arts. 90-A 90-M del Código penal. En el sentido contemplado respecto del sistema de sanciones establecido para las personas físicas, también el art. 90-A y ss. del Código Penal, prevé tres categorías de penas aplicables a las personas jurídicas, como principales, accesorias y de sustitución. Las penas principales son, por definición, las aplicadas por el Tribunal en la sentencia condenatoria independientemente de cualesquiera otras, estando, por ley, tipificadas en el propio delito. En el sistema de sanciones a las personas jurídicas, el legislador, sin embargo, optó por la introducción de una cláusula general del art. 90-A, n. 1, según la cual “para los delitos definidos en el n. 2 del art.11, en el caso de personas jurídicas y entidades son consideradas como penas principales las multas y la disolución”.

Están previstas como penas alternativas/sustitutivas, incluida la pena de multa, las siguientes: *I)* la amonestación (art. 90-C), que consiste básicamente en un reproche dirigido a pagar, que no tiene, prácticamente, ninguna eficacia preventiva; *II)* garantía de buena conducta (art. 90-D), que es una especie de suspensión de la ejecución de la pena de multa, que busca asegurar el buen comportamiento futuro de la persona jurídica, a través de la prestación de una garantía, o caución (que se determinará entre mil euros y un millón de euros, y por un período comprendido entre uno y cinco años). Si en el período de “prueba” establecido a la empresa no comete ningún delito, se puede producir el levantamiento de la fianza; si por el contrario comete algún delito, la fianza revertirá a favor del Estado; *III)* y la supervisión judicial (art. 90-E).

Por último, están consagradas en los arts. 90-G al 90-M del CP las penas accesorias siguientes: *I)* orden judicial (art. 90-G); *II)* la prohibición de contratar (art. 90-H); *III)* la

privación del derecho a obtener subvenciones, subsidios o incentivos (art. 90-I); *IV*) la prohibición de cierta actividad (art. 90-J); *V*) el cierre de los establecimientos (art. 90-L); *VI*) publicar la sentencia condenatoria (art. 90-M).

Entre las penas principales, la pena de una multa es aquella que tiene, y sin duda continuará teniendo, una mayor importancia práctica. La pena de multa impuesta a las personas jurídicas ha sido objeto, a menudo, de numerosas críticas: desde la posibilidad de tomar en consideración como factor a ponderar, en la eventual decisión delictiva, la suma pecuniaria potencialmente aplicable para la comisión del delito, esto es, el costo razonamiento / beneficio (por lo tanto se recomienda la aplicación simultánea de una sanción accesoria que mejor se adapte a la situación específica), hasta sus posibles efectos sobre terceros ajenos a la comisión del delito, como, por ejemplo, los empleados o clientes de los condenados.

Sin embargo, tal y como pasa con la pena de prisión aplicada a las personas físicas, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún no se ha encontrado una solución que pueda superar la pena de multa, y responda a la finalidad de cumplir con la finalidad de la sanción. Precisamente por esta razón, la multa se considera la pena por excelencia en este ámbito.

Como no podía ser de otra forma, la ley, en virtud del principio de legalidad, define los límites de la pena de multa y los respectivos criterios para su determinación (art. 90-B del CP), siendo los mismos fijados de acuerdo con el sistema de los días multa.

Por lo que respecta a la determinación de los días de multa, la ley es muy clara, en cuanto a cómo se debe concretar el marco legal abstracto. En primer lugar, el juez debe verificar si el delito prevé la aplicación de una multa, de forma aislada o como una alternativa a la pena de prisión. En caso afirmativo, esto es, si el tipo penal impone una pena de multa como pena principal aplicable, el n. 3 del art. 90-B establece que a la persona jurídica se le aplicará la pena de multa señalada en el mismo.

Si, por el contrario, el delito sólo prevé penas de prisión, el n. 1 del art. 90-B dispone que los días-multa correspondientes al marco legal abstracto serán determinados, tomando como referencia la pena de prisión prevista para las personas físicas. La cantidad real de pena será fijada en días, de acuerdo con los criterios establecidos en el n. 1 del art. 71 (*ex* art. 90-B, n. 4, del CP), es decir, en función de la culpabilidad y los requisitos de prevención general y especial.

En cuanto a la cantidad diaria, el n. 5 del art. 90-B indica que “cada día de multa corresponde a una cantidad de entre 100 € y 10.000 €, que el tribunal establece según la situación económica y financiera de los condenados y sus cargos con los trabajadores”. Como bien es sabido, tanto en el Derecho penal, como en el derecho de contravenciones, los montantes asociados a sanciones de naturaleza pecuniaria son, por regla general, más elevados para las personas jurídicas, que para las personas físicas. En el régimen sancionador del Código penal, los límites definidos para la tasa diaria de pena de multa son 20 veces superiores a las definidas para las personas físicas; esta circunstancia se sustenta en la convicción de que las personas jurídicas poseen un mayor poder económico, creyendo, en este sentido, que sólo con límites amplios en el tiempo se permitirá adecuar el importe diario de la multa a la situación económica y financiera del condenado y responder así a los fines de la pena.

Ese límite máximo de multa le da una amplitud que, en la mayoría de los casos, permite responder, de forma suficientemente capaz, a las necesidades preventivas suscitadas como consecuencia de la comisión del delito. Si la definición de la cantidad real de la cuantía es exhaustiva y determinada con escrupuloso respeto al criterio legal establecido en el art. 90-B, n. 5, del CP, que exige tomar en consideración la situación económica y financiera del condenado, así como las cargas existentes respecto de los trabajadores, la pena de multa no será asfixiante para la entidad, ni tampoco pondrá en entredicho la supervivencia de su organización empresarial.

Teniendo en cuenta el poder económico de un gran número de grupos empresariales, que registran lucros netos anuales de decenas e incluso cientos de millones de euros el valor

de 10.000,00 € es el tope máximo en el que, en abstracto, puede ser fijada la tasa diaria de pena de multa que podrá, como mucho, considerarse inadecuada por defecto. Será pues en el valor mínimo, correspondiente a una cantidad diaria de 100,00 €, en el que el régimen sancionatorio de las personas jurídicas podrá pecar por exceso, dada la típica estructura empresarial portuguesa.

También en el marco del procedimiento para la determinación de la pena de multa se deben abordar los casos especiales de determinación de la pena, previstos en la parte general del Código penal, para concluir de inmediato, teniendo por referencia los respectivos fundamentos y presupuestos, con la inaplicabilidad a las personas jurídicas de los regímenes de reincidencia (arts. 75 y 76), con la pena relativamente indeterminada (arts. 83 y ss.) y con el descuento de medidas procesales (art. 80). A pesar de que existe la intención de crear un registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, no se ha consagrado ningún mecanismo de agravación de los límites del marco legal, fundamentado en la reiteración delictiva de la persona jurídica. Lo que no significa, como ha sido puesto de relieve por los que cuestionan la figura de la reincidencia, que esa reiteración no deba ser tomada, debidamente, en consideración en la fijación de la concreta sanción, atendiendo a sus efectos sobre los distintos criterios de determinación de la pena, en el sentido de agravación de su valor concreto.

La determinación de la pena de la persona jurídica en caso de concurso de delitos o de conocimiento sobrevenido del concurso no había sido objeto de regulación especial alguna, correspondiendo, en este momento, a la doctrina presentar soluciones para la resolución de dos problemas surgidos en este contexto, en particular, lo que respecta a la determinación del límite máximo de la pena conjunta en los casos en que uno de los delitos del concurso es punible con una multa de límite máximo superior a 900 días.

En los mismos términos previstos para las personas físicas, la ley prevé la posibilidad de aplazar o dividir el pago de una multa impuesta a las personas jurídicas (art. 47, ns. 3 a 5, ex art. 90-B, n. 5), no siendo posible la suspensión de su ejecución. En caso de incumplimiento, es decir, en caso de falta de pago de una multa, o de cualquiera de sus

prestaciones, dentro del plazo establecido al efecto, se procederá, en los términos del artículo 90-B, n. 6, del CP, a la ejecución de los bienes de la persona jurídica o entidad correspondiente, sin que se pueda coaccionar a la persona jurídica, por la propia naturaleza de las cosas, a la sustitución de la multa no pagada ni voluntaria, ni coercitivamente, de forma subsidiaria, por la pena de prisión (art. 90-B, n. 7).

El régimen sancionador de las personas jurídicas, en lo que concierne, especialmente a la multa en cuanto pena principal, se aleja del sistema mecánico típico de las personas físicas, debido principalmente a la controvertida cuestión del n. 9 del art. 11, del CP. Para aumentar la probabilidad de éxito en el cobro de la multa, se establece que “sin perjuicio del derecho de regreso, las personas que ocupen una posición de liderazgo son subsidiariamente responsables para el pago de multas e indemnizaciones a las que se condene a una persona jurídica o entidad, en relación a los delitos: *a)* cometidos en el período del ejercicio de su cargo, sin su oposición expresa; *b)* cometidos anteriormente, cuando la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica o entidad relacionada para el respectivo pago se pueda imputar a título de culpa a la persona física; *c)* cometidos anteriormente, cuando una decisión definitiva de aplicación se haya notificado durante el ejercicio de su cargo o es imputable a la falta de pago”.

Este régimen de comunicabilidad de responsabilidad por el pago de la pena de multa, que constituía una regla en el derecho penal secundaria, adquiere ahora trascendencia, a pesar de resultar contraria a la naturaleza personalísima de la pena de multa y al principio de intransmisibilidad de las penas, ha llevado a algunos autores a establecer una distinción entre la responsabilidad por la comisión del delito y la responsabilidad del pago de la multa.

Se intuye fácilmente, que la preocupación que motiva estas disposiciones legales es la percepción, en efectivo, de los importes de la multa, y no la de conferir ningún tipo de efectividad, puesto que los efectos de su incumplimiento, y consecuente cumplimiento coercitivo, no llegan a sufrirse por la persona jurídica, sino, más bien, por un tercero, produciéndose la degradación de su naturaleza sancionatoria hacia otra naturaleza crediticia. Desde esta perspectiva, da la sensación de que cuando las penas de multa se aplican a

personas jurídicas, éstas dejan de ser consideradas como sanciones en sí mismas, pasando, en realidad, a convertirse en auténticos derechos de crédito.

La pena de disolución se describe, comúnmente, como la pena capital aplicable a las personas jurídicas, aunque es radicalmente diferente y ni siquiera comparable a la pena de muerte para un individuo. Dada su especial gravedad, y dado que la disolución conduce a la propia extinción de la persona jurídica, depende de la verificación de estrictos factores, pudiendo ser aplicada respecto a la totalidad de delitos que figuran en el listado del art. 11, párrafo 2.º del Código penal (arts. 90-A, n. 1 y 90-F).

En cualquier caso, es una pena reservada para situaciones extremas en las que se instrumentaliza la entidad *ab initio* o en un momento posterior a la comisión de este tipo de delitos por parte de las personas que ejercen el liderazgo en el mismo. En efecto, según el art. 90- F, “la pena de disolución se decreta por el tribunal, cuando la persona jurídica o entidad relacionada se ha creado para el propósito único o con el objetivo principal de cometer los delitos especificados en el n. 2 del art. 11 o cuando la práctica repetida de tales delitos demuestra que la persona jurídica o entidad relacionada se está utilizando, exclusivamente, o de manera predominante, para este fin, por quien tiene una posición de liderazgo”.

El texto legal contempla, preferentemente, la pena de disolución, en detrimento de la pena de multa, en las situaciones en las que la entidad se transforma en instrumento de los delitos en manos de aquellos que tienen una posición de liderazgo en ella, siendo inadmisibles, en el régimen general del Código penal, la aplicación acumulativa de una multa y pena de disolución. En este sentido, el juez se verá obligado a optar entre una u otra sanción, teniendo en cuenta los presupuestos definidos para la pena de disolución y el criterio de la elección del castigo que lleva implícito.

Por fin, con respecto a las penas accesorias, a nuestro modo de ver, realmente responden a las necesidades político-criminales que plantea la actividad delictiva de las personas jurídicas, en mayor medida que las penas principales o las de sustitución. Después

de todo, no es del todo extraño apreciar la escasa influencia de los efectos preventivos resultantes de la aplicación de una pena de multa, incluso en los supuestos en los que la cuota queda fijada en el límite máximo legalmente previsto o muy próximo a él (10.000,00 €/día), especialmente, en las estructuras empresariales económicamente fuertes. Las penas accesorias desempeñan, conforme a su naturaleza, una función preventiva complementaria a la que se confiere a la pena principal.

O. La libertad condicional y la substitución de la pena

El régimen del Código penal exige, para la concesión de la libertad condicional, la satisfacción de dos tercios de la pena, con un pronóstico favorable cuanto a la realización de futuros crímenes por el condenado. No se exige, para su incidencia, una especial y benévola característica de personalidad, o una adhesión moral e interior del recluso a la pauta de valores que está en la base del ordenamiento jurídico.

La libertad condicional en caso de ejecución sucesiva de varias penas sólo puede ser decidida cuando el acusado cumpla mitad de la suma de las penas de cumplimiento sucesivo, pues, nada impide que determinado acusado cumpla diversas penas de prisión.

Por otro lado, el nuevo ordenamiento jurídico-penal estatuido con la entrada en vigor del Decreto-Ley n. 400/82, de 3 de septiembre, ha consagrado, de forma dogmáticamente ineludible, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión como pena de substitución. La pena de suspensión asume la categoría de pena autónoma, alejándose de la idea de que se pueda constituir como un simple incidente, o sólo una modificación de la ejecución de la pena, pero una pena autónoma y, por tanto, en su acepción más estricta y exigente, una pena de substitución.

Con todo, no es permitido al condenado eximirse al cumplimiento de una pena privativa de libertad sin que sea exigida, en la medida del razonable, y en las condiciones concretas, la reposición del perjuicio infligido al ofendido. De ese modo se impide que él se beneficie económicamente de la conducta ilícita, y tal exigencia es compatible con las

exigencias de prevención, general y especial, de la comisión de crímenes. La circunstancia del condenado ser obligado, a fin de evitarse la privación efectiva de su libertad, a reparar, por medio de su esfuerzo, las consecuencias nefastas del comportamiento, contribuye para ampliar el efecto pedagógico de la pena substitutiva. La reparación del mal del crimen encierra en si la potencialidad de un efecto benéfico de pacificación social.

La suspensión de la pena implica la formulación de un juicio de prognosis favorable cuanto al futuro comportamiento del condenado, o sea, en la formulación de un juicio de que él no cometerá nuevos crímenes. En la ponderación de la personalidad del agente, de las condiciones de su vida, de su conducta anterior y posterior al delito y de las demás circunstancias, el tribunal tendrá que tener en consideración que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión sólo podrá ser aplicada para sustentar y viabilizar los designios de prevención especial, apoyando y promoviendo la reinserción social del condenado; y prevención general, en la perspectiva en que la comunidad no encare la suspensión, como una señal de impunidad.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión puede asumir tres modalidades: suspensión simple; suspensión bajo condiciones (cumplimiento de deberes o de ciertas reglas de conducta); suspensión acompañada de régimen de prueba. Siendo la suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de deberes o reglas de conducta éstos pueden ser modificados hasta el término del período de suspensión, siempre que resultan circunstancias relevantes supervenientes o cuando el tribunal sólo posteriormente haya tenido conocimiento de ellas, el que significa que el contenido de la pena de suspensión de la ejecución de la prisión está condicionado, dentro de los límites legales, e independientemente de su incumplimiento por parte del condenado, a una cláusula *rebus sic stantibus* (arts. 51, n. 3, 52, n. 3 e 54, n. 2, del CP).

La jurisprudencia ha estimado que, ante la sucesión de crímenes o un crimen continuado, nada impide que determinado acusado cumpla diversas penas de 25 años de prisión. La libertad condicional en caso de ejecución sucesiva de varias penas sólo puede ser decidida cuando el acusado cumpla mitad de la suma de las penas de cumplimiento

sucesivo”³⁵⁵. “El régimen del Código penal exige, para la concesión de la libertad condicional, la satisfacción de dos tercios de la pena, con un pronóstico favorable cuanto a la realización de futuros crímenes por el condenado; no exige una especial y benévola característica de personalidad, o una adhesión moral e interior del recluso a la pauta de valores que está en la base del ordenamiento jurídico”³⁵⁶.

El nuevo ordenamiento jurídico-penal estatuido con la entrada en vigor del Decreto-Ley n. 400/82, de 3 de septiembre ha consagrado, de forma dogmáticamente ineludible, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión como pena de substitución. Desde el punto de vista dogmático, las penas principales son las que prescriben las normas incriminadoras y pueden ser aplicadas independientemente de otras; las penas accesorias son las que pueden ser aplicadas conjuntamente con una pena principal; las penas de substitución son las penas aplicadas en la sentencia condenatoria en substitución de la ejecución de las penas principales concretamente determinadas. La pena de suspensión asume la categoría de pena autónoma, alejándose de la idea de que se pueda constituir como “un simple incidente, o sólo una modificación de la ejecución de la pena, pero una pena autónoma y, por tanto, en su acepción más estricta y exigente, una pena de substitución”³⁵⁷.

“La suspensión de la ejecución de la pena de prisión puede asumir tres modalidades: suspensión simple; suspensión bajo condiciones (cumplimento de deberes o de ciertas reglas de conducta); suspensión acompañada de régimen de prueba. Siendo la suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de deberes o reglas de conducta éstos pueden ser modificados hasta el término del período de suspensión, siempre que resultan circunstancias relevantes supervenientes o cuando el tribunal sólo posteriormente haya tenido conocimiento de ellas, el que significa que el contenido de la pena de suspensión de la ejecución de la prisión está condicionado, dentro de los límites legales, e independientemente de su incumplimiento por parte del condenado, a una cláusula *rebus sic*

³⁵⁵ Cfr. Ac. STJ de 23-02-2012.

³⁵⁶ Cfr. Ac. TRP de 6-11-2013.

³⁵⁷ Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993, pág. 90.

stantibus (arts. 51, n. 3, 52, n. 3 e 54, n. 2, del CP, en la redacción en vigor en la fecha de la decisión condenatoria). En el caso de incumplimiento de las condiciones de la suspensión, habrá que distinguir dos situaciones, en función de las respectivas consecuencias: una primera cuando en el decurso del período de suspensión, el condenado, por su culpa, deja de cumplir cualquiera de los deberes o reglas de conducta, o no satisface al plan de readaptación (que con la revisión de 2007 ha pasado a ser designado de “plan de reinserción”), puede el tribunal optar por la aplicación de una de las medidas previstas en el art. 55 del CP, es decir: hacer una solemne advertencia; exigir garantías de cumplimiento de las obligaciones que condicionan la suspensión; imponer nuevos deberes o reglas de conducta, o introducir exigencias acrecidas en el plan de readaptación; prorrogar el período de suspensión; y otra segunda, cuando en el decurso de la suspensión, el condenado, de forma grosera o repetida, viola los deberes o reglas de conducta impuestos en el plan de readaptación, o comete crimen en el cual sea condenado y así revele que las finalidades que han sido la base de la suspensión no han podido ser alcanzadas, cuando entonces la suspensión es revocada (art. 56, n. 1, del CP). La suspensión de la ejecución de la pena constituye, así, una causa de suspensión de la pena principal, prevista en la letra c) del n. 1 del art. 125 del Código penal, el que equivale decir que sólo con la decisión que revoca la pena substitutiva de suspensión y determine la ejecución de la prisión se inicia el plazo de prescripción de la pena principal. Las penas de substitución, como verdaderas penas, son condicionadas a un plazo de prescripción autónomo del plazo de prescripción de la pena principal substituida, que, en los términos del art. 122, n. 1, letra d), del CP, resulta con el decurso de cuatro (4) años a partir del tránsito en juzgado de la sentencia condenatoria, sin perjuicio de las causas de suspensión e interrupción establecidas en los arts. 125 y 126 del Código penal”³⁵⁸.

“Permitir al condenado eximirse al cumplimiento de una pena privativa de libertad sin que sea exigida, en la medida del razonable, y en las condiciones concretas, la reposición del perjuicio infligido al ofendido, proporciona, de ese modo, que él se beneficie económicamente de la conducta ilícita, no siendo compatible con las exigencias de

³⁵⁸ Cfr. Ac. TRC de 4-06-2008.

prevención, general y especial, de la comisión de crímenes. La circunstancia del condenado ser obligado, a fin de evitarse la privación efectiva de su libertad, a reparar, por medio de su esfuerzo, las consecuencias nefastas del comportamiento, contribuye para ampliar el efecto pedagógico de la pena substitutiva. La reparación del mal del crimen encierra en si la potencialidad de un efecto benéfico de pacificación social. A ello acrece que no tiene fundamento las críticas direccionales al condicionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión al pagamiento de indemnización, en el sentido de tratarse de una forma de “prisión por deudas”, prohibida por la Constitución y por instrumentos de derecho internacional convencional, que el Estado portugués ha suscrito y ratificado, como la Convención Europea de los Derechos del Hombre. En realidad, no está en causa, en esos casos, el cumplimiento de una deuda contractual o emergente, que, en los términos de la ley civil, pueden ser fuente de obligaciones, pero sí la responsabilidad civil resultante de la conducta criminal, pudiendo afirmarse que el deber de indemnizar no es, en esa hipótesis, sino una de las consecuencias jurídicas del crimen, como es la pena principal o la pena accesoria”³⁵⁹.

“La suspensión de la pena implica la formulación de un juicio de prognosis favorable cuanto al futuro comportamiento del condenado, o sea, en la formulación de un juicio de que él no cometerá nuevos crímenes. En la ponderación de la personalidad del agente, de las condiciones de su vida, de su conducta anterior y posterior al delito y de las demás circunstancias, el tribunal tendrá que tener en consideración que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión sólo podrá ser aplicada para sustentar y viabilizar los designios de prevención especial - apoyando y promoviendo la reinserción social del condenado - y prevención general - en la perspectiva en que la comunidad no encare la suspensión, como una señal de impunidad”³⁶⁰.

³⁵⁹ Cfr. Ac. TRE de 20-05-2014.

³⁶⁰ Cfr. Ac. TRC de 11-03-2015.

CAPÍTULO VII

EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN ITALIA

I. Las características y dimensiones del tráfico ilegal de personas en Italia

Desde hace décadas, y en particular desde finales de los años 90, el Mediterráneo ha asistido a un aumento creciente de los flujos migratorios, tanto legales como ilegales. Ante el creciente volumen de inmigrantes que se acercaban a la Unión Europea, atraídos por la apertura de un amplio espectro de posibilidades –desde lo laboral a lo social etc.–, que se iban consolidando conforme se expandía, la Unión Europea no tardó en dotarse de una agencia para gestionar de una manera más integrada las fronteras exteriores, la llamada FRONTEX.

La Agencia y sus políticas se han visto poco capaces de ofrecer respuestas acordes a la problemática que afrontaban. Por un lado, la FRONTEX no ha sido sino una clara muestra de que una gestión de las fronteras con una mera intención controladora e incapaz de abordar el drama humano que sucede a diario en el mar Mediterráneo. Por otro, él se ha mostrado igualmente inoperante a la hora de trabajar en la solución de los problemas de origen que dan lugar a las coyunturas específicas que generan los procesos migratorios.

Desde la creación de la Agencia, en el año 2002, los problemas se han ido agravando, y todos y cada uno de los programas establecidos bajo el amparo de la misma han resultado insuficientes. Y mientras la FRONTEX fracasaba en la manera de gestionar los problemas que se le planteaban, el creciente negocio de las mafias que controlan la migración clandestina, sumado a las consecuencias de las llamadas primaveras árabes (incluyendo Túnez y Siria) y las presiones de grupos de ideología *wahabi* en todo el arco del *sahel* provocaron un coctel perfecto que tuvo su inmediata traducción en un dramático ascenso del número de personas a cruzar el Mediterráneo (o intentarlo) en los últimos años.

Es en este contexto que nació la operación *Mare Nostrum*, del Estado y la Marina italianos, porque FRONTEX fracasaba una y otra vez y los naufragios de cientos de inmigrantes se sucedían ante las costas de una Italia y Malta. El mar de Mediterráneo se ha

convertido en una “tumba” que se traga cientos de miles de personas. Para ayudar a rescatar a todos los indocumentados, Italia puso en marcha un operativo de rescate tras los naufragios en el Mediterráneo central, en 2013, en los que murieron más de 500 hombres, mujeres, niños y niñas³⁶¹. Bajo el nombre de *Mare Nostrum* se inició la operación humanitaria organizada por el Estado italiano con un coste de 9 millones.

Entretanto, el 1º de noviembre de 2014 se canceló la operación *Mare Nostrum* que fue sustituida por la operación Tritón. Organizada por la Agencia FRONTEX; en ella colaboran 21 Estados a petición de las autoridades italianas, desbordadas en el rescate de personas en el mar. La principal diferencia entre ambas, es que Tritón sólo puede intervenir hasta un límite de 30 millas de la costa italiana, mientras *Mare Nostrum* lo hacía en todo el Mediterráneo.

II. Las principales diferencias entre *Mare Nostrum* y Tritón

La sustitución de *Mare Nostrum* por Tritón ha generado grandes críticas, en razón del número creciente de muertos. *Mare Nostrum* operaba dentro de las aguas territoriales libias, mientras que Tritón actúa sólo en aguas territoriales europeas. *Mare Nostrum* disponía de cuatro helicópteros, tres aviones, dos patrulleros, dos corbetas, dos drones y una nave anfibia. Tritón cuenta con sólo un helicóptero, dos aviones y siete patrulleros. La diferencia de medios y presupuesto es notable.

³⁶¹ Véase <http://www.repubblica.it/cronaca/2013/10/03/news/>.

III. Cuadro operativo de socorro

MARE NOSTRUM
QUÉ Una operación militar y humanitaria impulsada por el Estado italiano, para el socorro de embarcaciones y personas en el Mediterráneo.
CUÁNDO Desde finales de octubre de 2013 al 1º de noviembre de 2014. Con un presupuesto sufragado en su integridad por Italia de 9 millones de euros mensuales.
POR QUÉ Italia la impulsó tras la “Tragedia de Lampedusa”, el 3 de octubre de 2013. En esa fecha, una embarcación pesquera que había partido de Libia, naufragó frente a las costas de la isla italiana en el Mediterráneo causando la muerte de 366 personas. Desaparecieron otras 20 y fueron rescatadas con vida 155, de las cuales 41 eran menores.
DÓNDE La operación se centró en el Canal de Sicilia, en un área de unos 70.000 kilómetro cuadrados, la zona de mayor tránsito de embarcaciones clandestinas con inmigrantes embarcados por las mafias procedentes de la costa norte de Libia.
QUIÉN El despliegue de medios comprendía de 700 a 1.000 personas utilizando helicópteros de búsqueda y socorro; aviones de reconocimiento y drones espía que tomaban imágenes de los puertos de salida; cinco unidades navales en altamar; el buque anfibia San Marco, dos patrulleras y dos fragatas de la clase Mistral. Coordinados con autoridades en Libia. Salvó 155.000 personas en el mar en un año.
TRITÓN
QUÉ Una operación de la Unión Europea que desde el 1º de noviembre de 2014 patrulla las aguas limítrofes italianas, y que coordina la Agencia Europea de Fronteras (FRONTEX). Tiene como objetivo el control de las fronteras, no el salvamento de personas. Su centro de control está en Lampedusa y en Porto Empedocle (ambas en Sicilia).
CUÁNDO Desde el 1º de noviembre de 2014 hasta la fecha, con un presupuesto sufragado por la UE de 3 millones de euros al mes.

<p>POR QUÉ</p> <p>La Unión decidió sustituir <i>Mare Nostrum</i> por Tritón ante la imposibilidad italiana de seguir sufragando un despliegue tan costoso y como una muestra de compromiso de los estados miembros con la lucha contra la inmigración irregular controlando las costas e investigando a los solicitantes de asilo que desembarquen.</p>
<p>DÓNDE</p> <p>La operación no cubre todo el canal de Sicilia, sino las aguas territoriales europeas, pese a que los naufragios suelen darse en mar abierto.</p>
<p>QUIÉN</p> <p>El despliegue de medios es mucho menor, al menos hasta el momento. Seis barcos, dos aviones y un sólo helicóptero. Ha rescatado a unas 5.000 personas en seis meses.</p>
<p>FRONTEX</p>
<p>QUÉ</p> <p>Es la Agencia Europea para la Gestión y Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión. Su sede está en Varsovia.</p>
<p>CUÁNDO</p> <p>En 2002, se ratifica la creación de un Órgano común de expertos en fronteras exteriores a efectos de la gestión integrada de las fronteras exteriores. En 2004, el 26 de octubre, se crea FRONTEX en virtud del Reglamento (CE) n. 2007/2004 del Consejo. En 2005, el 26 de abril, se establece la sede de la FRONTEX en Varsovia y entra en funciones el 1º de mayo del mismo año.</p>
<p>POR QUÉ</p> <p>Sus tareas principales son asistir y coordinar la cooperación de los Estados miembros, realizar labores de seguimiento e investigación con el objetivo del control de las fronteras y ayudar en situaciones de emergencia operativa con el despliegue de equipos de intervención rápida.</p>
<p>DÓNDE</p> <p>Su labor se centra en todas las fronteras exteriores de la Unión Europea, así como los aeropuertos y puertos marítimos; especialmente en aquéllas con mayor presión migratoria, como el Mediterráneo sur y las zonas limítrofes del este.</p>
<p>QUIÉN</p> <p>Su consejo de Administración está formado por un representante de cada Estado miembro y dos de la Comisión.</p>

IV. La realidad de las víctimas de tráfico ilegal de personas en Italia

Italia se está convirtiendo en una “máquina” estatal que produce “estatus provisionales”. Aquellos que reciben el estatus de refugiados políticos representan sólo el 13 por 100. Los demás obtienen una protección subsidiaria (24 por 100), renovable después de 5 años, o una protección humanitaria (24 por 100), que debe ser renovada anualmente y no consiente la reunificación familiar. El 30 por 100 restante puede obtener un permiso de seis meses, renovable, es decir, un tiempo para permitirle alcanzar un país al que dirigirse.

Más de 160.000 inmigrantes alcanzaron las costas italianas en 2014, y de ellos sólo 45.000 presentaron una petición de asilo; los otros 115.000 prosiguieron su viaje hacia otros países europeos³⁶². Las prisas que tienen muchos inmigrantes por dejar Italia son consecuencia de las muchas dificultades a las que se enfrentan, teniendo en cuenta que, por la crisis económica, el Estado social italiano tiene unos recursos muy limitados, y el acceso a los alojamientos populares y a las ayudas no se concede a todos³⁶³.

En realidad, la pobreza echa raíces en Italia de forma dramática. Diez millones de italianos son pobres, según el Instituto Oficial de Estadística³⁶⁴, que hace la fotografía de un país en gravísima dificultad, al borde del desastre social, sobre todo en el sur. Ancianos y parejas con hijos son lo que se encuentran en mayor dificultad. De un modo general, el número de indigentes se ha incrementado en 1.206.000 personas en el año de 2014, el equivalente a una gran ciudad.

La crisis golpea también de manera particular a un millón y medio de menores. En pobreza relativa viven más de diez millones de italianos, y más de seis en pobreza absoluta, es decir, uno de cada diez no tiene el mínimo indispensable para vivir. Son datos sobre los que dan la alarma todos los medios en Italia, porque con la crisis económica la pobreza está

³⁶² Véase <http://www.interno.gov.it/it/notizie/line-dati-e-statistiche-sui-migranti-italia>.

³⁶³ Véase <http://video.corriere.it/renzi-onu-crisi-migranti-l-idea-veder-sorgere-nuovi-muri-intollerabile/>.

³⁶⁴ Véase <http://www.abc.es/internacional/20140716/>.

avanzando a un ritmo vertiginoso, hasta el punto de que la pobreza absoluta ha aumentado el 1 por 100 en el último año.

Ha de resaltarse que para los padres en situación de crisis el drama es doble, al comprobar que se ha parado completamente el ascensor social, el mecanismo que desde el final de la guerra hasta el 2007 (año del inicio de la crisis) ofrecía la esperanza de mejorar las condiciones económicas y sociales de los hijos. Y lo que es peor: el ascensor social se está incluso precipitando, siendo la clase media la que está desapareciendo en las arenas movedizas de la pobreza. Sólo en los últimos seis años la renta media de los italianos se ha reducido en un 13 por 100. Para encontrar un poder adquisitivo medio comparable hay que remontarse al 1988³⁶⁵.

La situación se hace especialmente dramática en el sur, con un panorama laboral pésimo para los jóvenes, con un porcentaje de paro del 51 por 100. No sólo hay alarma social, también humanitaria: en el 2013, más de 400.000 niños con menos de 5 años han tenido que ser ayudados incluso para las necesidades básicas de alimentación³⁶⁶.

³⁶⁵ El fenómeno de los “suicidios por la crisis” creció un 15% en los últimos dos años. El director del centro de prevención del suicidio del hospital Sant’Andrea de Roma, Maurizio Pompili, dice que, en el mayor de los casos, el detonante de la muerte es la sensación de “no poder sobrellevar los problemas económicos” y que el drama golpea a la población en edad laboral: sobre todo a hombres de 25 a 69 años. Por medio de un monitoreo, el reparto en el que trabaja Pompili confirmó que “Italia en los años de la crisis reproduce estándares observados en precedencia en frangentes de pesada dificultad económica: como los años de la Gran Recesión en Estados Unidos”. En los primeros tres meses de 2013, el centro que dirige Pompili tuvo “un 40% de aumento en los pedidos de ayuda”. Pedidos que realizan los empleados que perdieron el trabajo –o que corren el riesgo de perderlo– y que no puede seguir manteniendo a su familia. Pero además, el hospital recibe pedidos de ayuda de “empresarios que tienen que afrontar el fracaso y el peso que este tendrá en la vida de otras personas” (Cfr. <http://tiempo.infonews.com/nota/13384/el-fenomeno-alarmando-de-los-suicidios-por-la-crisis-en-italia>).

³⁶⁶ El Sur –también llamado *Mezzogiorno*– se está hundiendo en el retraso y corre el riesgo de quedar atrapado en un subdesarrollo permanente, según advierte un Informe de la Asociación para el Desarrollo y la Industria en el Mezzogiorno (SVIMEZ) que, con nuevos datos, volvió a poner sobre el tapete una realidad alarmante, que se arrastra desde hace años. No sólo advierte del peligro de un “subdesarrollo permanente” en esta macrozona de Italia que incluye a ocho regiones (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Cerdeña y Sicilia) y poco más de 20 millones de habitantes. Destaca, además, que con un PBI negativo por séptimo año consecutivo, al Sur le está yendo mucho peor que a Grecia, algo que fue más que elocuente e hizo mucho ruido. Si de 2001 a 2014 la tasa de crecimiento de Grecia fue de un -1,7%, la performance más negativa de la eurozona, la del sur de Italia fue casi catastrófica: -9,4%, contra el +1,5% del Centro-Norte. En una radiografía impiadosa del *Mezzogiorno*, el Informe también denuncia una brecha récord –del orden del 53,7%– del PBI per capita con respecto al resto del país, el derrumbe de inversiones, de la industria y del empleo. De las 811.000 personas que, debido a la crisis, perdieron su trabajo en Italia entre 2008 y 2014, nada menos que 576.000 residen en el Sur. Los que más sufren son los jóvenes y las mujeres.

En definitiva, los datos ofrecidos por el Instituto de Estadística han producido un *shock* sin precedentes, con llamadas de atención en todos los medios para que el Estado italiano ponga en práctica un plan nacional que permita combatir las causas de la pobreza y aliviar los síntomas de la indigencia.

V. La actuación de las mafias desde territorio italiano

La policía italiana viene deteniendo varias personas acusadas de asociación mafiosa y corrupción por, entre otras cosas, la gestión de los centros de acogida de inmigrantes en la región italiana del Lazio y de su capital, Roma. La red conseguía garantizar beneficios económicos a los empresarios por ellos elegidos y repartirse así los fondos destinados a la gestión de la inmigración, como los centros de acogida

Los arrestos responden a la continuación de las investigaciones de la fiscalía de Roma, que en diciembre de 2014 llevaron a la detención de 37 personas, entre ellas dirigentes de entes públicos del Lazio y de Roma y personas relacionadas con el crimen organizado. En el caso llamado “*Mafia Capital*”, las detenciones se han realizado en las regiones de Sicilia, Lazio y Abruzzo y se les acusa de delitos de tipo mafioso, corrupción, falsas facturaciones y cohecho en la concesión de contratos. Una infiltración mafiosa en el ayuntamiento y en otros entes municipales³⁶⁷.

Si en la Unión Europea trabaja un promedio de 51% de mujeres, en el Sur sólo lo hace un 20,8%. Mientras que en el Centro-Norte la desocupación juvenil (menores de 24 años) fue del 35,5%, en el Sur alcanzó el 56%. De los 3,5 millones de jóvenes “ni-ni” (que ni estudian ni trabajan) que hay en Italia, dos millones viven en el Sur. El informe del Svimez advierte que con una tasa de natalidad en picada desde hace 150 años y una migración hacia el Centro-Norte que, de 2001 a 2014, involucró a 1,6 millones de personas, en el Sur se preuncia un irreversible “tsunami demográfico”. El resultado del cóctel es la pobreza: en 2013 una de cada tres personas estaba en riesgo de pobreza en el Sur, contra una de cada diez en el Centro-Norte. Sicilia y Campania son las regiones donde el peligro es más elevado, indica el Informe, que precisa que el 62% de la población del Sur gana menos de 12.000 euros por año, contra el 28,5% en el Centro-Norte. Otro fiel reflejo de un país cada vez más dividido y desigual (Cfr. <http://www.lanacion.com.ar/1817299-el-sur-italiano-se-hunde-en-el-atraso-permanente>).

³⁶⁷ Véase <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Mafia-Capitale-punto-indagini-ff82d4de-60a9-415f-97c2-21cc8a49ab59.html>.

VI. La legislación italiana de combate al tráfico ilegal de personas

A diferencia de la regulación de países como Francia y Alemania, en el Derecho italiano no se ha previsto sanciones penales para los extranjeros que entran o residen ilegalmente en el territorio italiano. Pero, al igual que sucede con el derecho español, sí, se ha previsto, como sanción administrativa, la expulsión del ciudadano extranjero que entra o resida irregularmente en el país³⁶⁸. Según la Ley italiana, tal posibilidad se ha regulado en el art. 13 del Decreto Legislativo n. 286, de 25 de julio de 1998, relativo al Texto Único de las Disposiciones sobre la Disciplina de la Inmigración y las Normas sobre Condiciones del Extranjero (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*). En caso de vulneración de la sanción de expulsión del territorio el extranjero es sancionado con la pena de arresto de 6 meses a 1 año y es efectivamente expulsado con acompañamiento inmediato a la frontera (art. 13.13). Este Decreto ha sido reformado en varias ocasiones en los últimos años, siendo de destacar la Ley n. 189, de 30 julio de 2002, y la Ley n. 271, de 12 de noviembre de 2004³⁶⁹.

Con el Decreto Legislativo n. 24, de 4 marzo de 2014, sobre la Prevención y Represión a la Trata de Seres Humanos y Protección de las Víctimas (*Prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime*), viene transpuesta la Directiva 2011/36/UE, relativa a la Prevención y a la Represión de la Trata de Seres Humanos y de la Protección de las Víctimas, que ha sustituido la Decisión Cuadro 2002/629/GAI.

La finalidad de la nueva regulación viene evidenciada ya en el primero párrafo del

³⁶⁸ En el Derecho español se ha tipificado como infracción administrativa grave, sancionada con multa o con la expulsión del territorio nacional, encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de 3 meses la mencionada autorización, siempre y cuando el interesado no hubiere solicitado la renovación de la autorización en el plazo reglamentario (arts. 53.a, 55.b y 57 de la LODLEE).

³⁶⁹ Cfr. DÍAZ, Miguel, *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*, 1ª ed., Madrid: La Ley, 2007, pág. 107.

art. 1º, que dispone: “En la actuación de las disposiciones del presente Decreto Legislativo, se tiene en consideración, sobre la base de evaluación individual de la víctima, la específica situación de las personas vulnerables como los menores, los menores desacompañados, los ancianos, los minusválidos, las mujeres, particularmente las grávidas, los genitores con hijos menores, las personas con disturbios psíquicos, las personas que han sufrido torturas, estupro u otras formas graves de violencia psicológica, física, sexual o de género”.

El Decreto Legislativo, conforme ha precisado el segundo párrafo del art. 1º, no excluye los derechos, las obligaciones y las responsabilidades del Estado y de las personas, en los términos del Derecho internacional, incluso el Derecho humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, donde es aplicable, la Convención relativa al Régimen de los Refugiados (Ley n. 722, de 24 julio de 1954), y el Protocolo relativo al Régimen de los Refugiados (Ley n. 95, de 14 febrero de 1970).

La medida legislativa modifica, principalmente, algunas normas del Código penal y del Código de proceso penal. Con referencia al primero, el art. 2º altera el tipo penal previsto en art. 600, sobre la “Reducción en Esclavitud” (*Riduzione in schiavitù*) y el art. 601, sobre la “Trata de personas” (*Tratta di persone*), mediante un refuerzo de la respuesta punitiva, con la ampliación del ámbito de incidencia de las disposiciones en ellos contenidas.

El Decreto Legislativo, en su art. 3º, modifica también el art. 398 del Código de proceso penal, mediante la adición de un nuevo párrafo que autoriza al juez, mediante solicitud de la parte, extender a las personas mayores que estén en condiciones de particular vulnerabilidad, las cautelas previstas en el párrafo 5º bis, respecto al incidente probatorio aplicable a los menores de edad.

El art. 4º del Decreto se dedica a los menores extranjeros desacompañados, víctimas de trata, y define una serie de disposiciones para que sea asegurada a ellos una particular tutela: se ha de señalar, por ejemplo, la obligación de información al menor sobre sus derechos, incluso sobre la posibilidad de acceder al procedimiento de determinación de

la protección internacional. En la hipótesis de subsistir duda sobre la edad de la persona, y ella no pueda ser comprobada por documentos, está prevista la medida multidisciplinar, que deberá ser aplicada con el pleno respeto a los derechos de los menores, de determinación de la edad a ser realizada por personas especializadas, y con procedimiento que tenga en consideración el origen étnico y cultural de la persona, también, eventualmente, con la intervención de autoridades diplomáticas. Cuando el procedimiento no resulte idóneo para determinar la edad de la persona, el sujeto será considerado “menor de edad”.

A su vez, el art. 6º del Decreto Legislativo refiérese a la garantía a las víctimas de la trata para acceder al sistema de indemnización ya previstas para las víctimas de delitos violentos. Se prevé que la indemnización corresponda a 1.500 euros para cada víctima, dentro de los límites de la disponibilidad financiera anual del Fondo para las Medidas Anti Trata (*Fondo per le misure anti tratta*), deducidos otros valores recibidos por las víctimas, pagados por los sujetos públicos. Cuando no haya disponibilidad financiera anual del Fondo, las solicitudes de indemnización no satisfechas serán reaplazadas al sucesivo ejercicio financiero y tendrán preferencia respecto a las solicitudes presentadas en el ejercicio en curso.

VII. La regulación del Texto Único sobre la Inmigración en Italia

El Texto Único sobre la Inmigración, emanado del D. L. n. 286, de 25 julio de 1998, modificado por la Ley n. 189, de julio de 2002 (denominada Ley Bossi-Fini), y actualizado por el D.L. n. 7, de 18 febrero de 2015, con las modificaciones de la Ley n. 43, de 17 abril de 2015, y de la Ley n. 115, de 29 julio de 2015, prevé en su art. 12 el tráfico de personas, en los siguientes términos: “Artículo 12 (Disposiciones contra las inmigraciones clandestinas) 1. Salvo si el hecho no constituya delito más grave, el que, con violación de las disposiciones del presente Texto único, promueva, dirija, organice, financie o efectúe el transporte de extranjeros en el territorio del Estado, o practica otros actos directos a buscar ilegalmente el ingreso en el territorio del Estado, o de otro Estado de que la persona no es ciudadana o no tiene autorización de residencia permanente, es punido con la reclusión de

uno a cinco años y con la multa de 15.000 euros por cada persona (...) 3. Salvo si el hecho no constituya delito más grave, el que, con violación de las disposiciones del presente Texto único, promueva, dirija, organice, financie o efectúe el transporte de extranjeros en el territorio del Estado, o practica otros actos directos a buscar ilegalmente el ingreso en el territorio del Estado, o de otro Estado de que la persona no es ciudadana o no tiene autorización de residencia permanente, es punido con la reclusión de cinco a quince años y con la multa de 15.000 euros por cada persona en el supuesto de que: *a)* el hecho resguarda el ingreso o la permanencia ilegal en el territorio del Estado de cinco o más personas; *b)* la persona transportada ha sido expuesta a peligro de vida o a la incolumidad por buscar el ingreso o su permanencia ilegal; *c)* la persona transportada ha sido sometida a tratamiento inhumano o degradante por buscar el ingreso o su permanencia ilegal; *d)* el hecho ha sido cometido por tres o más personas en concurso entre sí o utilizando servicios internacionales de transporte o documentos falsificados o adulterados o ilegalmente obtenidos; *e)* los autores del hecho tienen disponibilidad de armas o materiales explosivos (...) 5. Fuera de los supuestos previstos por los párrafos precedentes, y salvo si el hecho no constituya un delito más grave, el que, al fin de obtener injusto lucro de la condición de ilegalidad del extranjero o en el ámbito de las actividades punibles por la norma del presente artículo, favorezca la permanencia de éste en el territorio del Estado con violación de las normas del presente texto único, es punido con la reclusión de hasta cuatro años y con la multa de hasta treinta millones de liras. Cuando el hecho es cometido en concurso de dos o más personas, o resguarda la permanencia de cinco o más personas, la pena es aumentada de un tercio a la mitad. 5 bis. Salvo si el hecho no constituya delito más grave, el que, a título oneroso, al fin de obtener injusto lucro, da alojamiento o cede, aunque en locación, un inmueble a un extranjero que sea privo de autorización de residencia al momento de la contratación o de la renovación de la locación, es punido con la reclusión de seis meses a tres años (...) 6. El transportador aéreo, marítimo o terrestre, tiene que verificar si el extranjero está en posesión de los documentos necesarios para el ingreso en el territorio del Estado, bien así comunicar al órgano de policía de frontera la eventual presencia a bordo de los medios de transporte de extranjeros en situación irregular. En caso de inobservancia aunque de una sola obligación del presente párrafo, se aplica la sanción administrativa del pago de una suma de 3.500 euros a 5.500 por cada extranjero transportado (...).”

A. Acción típica

El delito de tráfico ilegal de personas está previsto en el Texto Único sobre la Inmigración para penalizar el que “promueva, dirija, organiza, financia o efectúa el transporte de extranjeros en el territorio del Estado, o practica otros actos tendientes a buscar ilegalmente el ingreso en el territorio del Estado, o de otro Estado de que la persona no es ciudadana o no tiene autorización de residencia permanente” (art. 12, § 1º, TUI).

También es punido el que, “al fin de obtener injusto lucro de la condición de ilegalidad del extranjero o en el ámbito de la actividades punibles por la norma, favorezca la permanencia” del extranjero en el territorio del Estado “con violación de las normas del Texto único” (art. 12, § 5º, TUI), o el que, “a título oneroso, al fin de obtener injusto lucro, da alojamiento o cede, aunque en locación, un inmueble a un extranjero que sea privo de autorización de residencia al momento de la contratación o de la renovación de la locación” (art. 12, § 5º bis, TUI), cuando los hechos no constituyan delito más grave.

Por fin, se castiga además el transportador que dejar de “verificar si el extranjero está en posesión de los documentos necesarios para el ingreso en el territorio del Estado, bien así de comunicar al órgano de policía de frontera la eventual presencia a bordo de los medios de transporte de extranjeros en situación irregular” (art. 12, § 6º, TUI).

Se ha de señalar que, a efectos de aplicación del tipo penal, al extranjero se debe entender como proveniente de país tercero, por tanto, no se incluye en el concepto a ciudadanos de la Unión Europea, que, por disposición de los tratados de la Unión, tienen garantizado el derecho a la libre circulación.

B. Sujetos activo y pasivo

El contrabando de personas es crimen común, y puede ser realizado por cualesquiera personas humanas, sean hombres o mujeres. Con relación a la responsabilidad de las

personas jurídicas, en ordenamiento jurídico italiano, la doctrina está dividida. Por un lado, los especialistas sustentan que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de delitos, porque el art. 27, n. 1, de la Constitución, exigiría un coeficiente de participación física respecto al autor, lo que impide de configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere non potest*³⁷⁰. Por otro lado, otros especialistas señalan que el fenómeno de la delincuencia societaria y la necesidad de dar actuación a los tratados internacionales han dado origen al D. L. n. 231/2001, que, según ellos, ha introducido un *tertium genus* entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, es decir, una responsabilidad directa de las personas jurídicas, punible con sanciones pecuniarias, por los delitos practicados por sus administradores o encargados. Se habla de *tertium genus* porque la responsabilidad de las personas jurídicas estaría disciplinada en cuanto un modelo que, según algunas características, sería de naturaleza penal (la competencia para aplicación de la sanción, las conexas garantías procesales, los principios de legalidad y taxatividad, los criterios objetivos y subjetivos de imputación, la relación entre el delito de los administradores y la responsabilidad del ente), y, bajo otros aspectos, de matriz administrativa (sanciones pecuniarias y de intervención)³⁷¹. Otros especialistas, y no son pocos, defienden la naturaleza penal de la sanción prevista en la ley³⁷².

Inexorablemente, la norma disciplina la responsabilidad de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones, incluso aquellas que no hayan personalidad jurídica (restando excluidos el Estado, los entes públicos territoriales, y otros entes públicos sin fines económicos; además, los que desarrollan funciones de importancia constitucional) por los actos ilícitos practicados conforme previstos en el delito. Se aplica a los delitos de concusión, corrupción y fraude (arts. 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319 ter, §§ 1º y 2º, 321, 322, 640, § 2º, n. 1, 640 bis y 640 ter, del CP), se cometidos “en el interés o en beneficio del

³⁷⁰ Cfr. DONATO MESSINA, Salvatore, SPINNATO, Giorgia, *Diritto penale. Manuale breve*, Milán: Giuffrè Editore, 2011, pág. 60.

³⁷¹ Cfr. DONATO MESSINA, Salvatore, SPINNATO, Giorgia, *Diritto ... op. cit.*, pág. 66.

³⁷² Cfr. ROSI, Elisabetta (Coord.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Roma: IPSO, 2007, pág. 261.

ente”, por el que ejerza funciones de representación, administración o dirección del ente o de una su unidad o ejerza la gestión y control del mismo, bien así por el que está sometido a la dirección o vigilancia de uno de estos sujetos.

Posteriormente, las hipótesis de incidencia de esta norma fueron ampliadas por el D. L. n. 11, de abril de 2002 (conocido como Decreto sobre falso presupuesto), a través de la introducción del art. 25 ter, que dispone sobre la responsabilidad con relación a los delitos societarios, previstos en el Código civil, conexos al interés de la sociedad; y por la Ley n. 7, de 14 de enero de 2003, que ratifica la Convención de Nueva York, de 9 de diciembre de 1999, para la represión del financiamiento del terrorismo, con la previsión en el art. 25 quater de las hipótesis de responsabilidad societaria con relación a la comisión de delitos practicados con finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático, previstos en el Código penal, y en las leyes especiales.

También la Ley n. 228, de 11 de agosto de 2003 (respecto a las medidas de combate a la trata de personas), ha introducido el art. 25 quinquies, para aplicar la responsabilidad con relación a la comisión de los delitos contra la personalidad individual (entre otros, los tipos penales de los arts. 600, 601, 602 del CP), bien así pasó a exigir que los delitos sean resultado de una decisión empresarial o, de toda forma, sean consecuencia de la falta de adopción de los modelos de organización y de gestión idóneos a prevenirlos o de la inadecuada vigilancia por parte de los organismos de control. Prevé que la responsabilidad subsiste aunque si practicado por autor no identificado o no punible, o de delito extinto por causa diversa de la amnistía. Además, prevé el castigo por las sanciones pecuniarias y de intervención, en especial al ejercicio de la actividad, la suspensión o la revocación de las autorizaciones, licencias, o concesión, la prohibición de contratar con la administración pública, salvo si para obtener las prestaciones de un servicio publico, la exclusión de los financiamientos, contribuciones, subsidios o ayudas, el confisco y la publicación de la sentencia de condenación.

Pero sólo con la vigencia de la Ley n. 146/2006 se han extendido las posibilidades de responsabilización de las personas jurídicas, con relación a los delitos de asociación

criminal (*fattispecie associative*), a los delitos de blanqueo de capitales (*riciclaggio*), a los delitos en materia de tráfico de migrantes (*traffico di migranti*) y aquellos relativos a la obstrucción de la justicia (*intralcio alla giustizia*) (art. 11).

Sujeto pasivo del delito podrá ser cualquier persona mayor de edad que no sea ciudadana de la Unión Europea, y que no haya minusvalía, enfermedad u otro problema que importe la práctica del delito de trata de persona, cuando será considerada trata.

C. Elementos del tipo legal

Los párrafos 1º y 3º del art. 12 disponen sobre el favorecimiento de ingreso clandestino cuya conducta consiste en “actos tendentes a buscar ilegalmente el ingreso en el territorio del Estado, o de otro Estado de que la persona no es ciudadana o no tiene autorización de residencia permanente”, con la diferencia de que este último define la modalidad agravada del delito.

En tema de favorecimiento a la inmigración clandestina, por actividad tendente a favorecer el ingreso de los extranjeros en el territorio del Estado con violación de la ley, no se debe considerar sólo las conductas específicamente dirigidas a consentir la llegada o el desembarque de los extranjeros, pero también, las inmediatamente sucesivas a tal ingreso, para garantía de la buena finalización de la operación y, en principio, todas aquellas actividades de favorecimiento y de cooperación con las actividades tendientes y en sentido estricto ligadas al ingreso de los clandestinos.

Se ha de señalar que las decisiones de los jueces evidencian las connotaciones propias de favorecimiento de ingreso clandestino, en el cual no se requiere la existencia de una violencia física o psíquica, pero sólo la práctica de actos que, de algún modo, faciliten el ingreso irregular, admitiéndose que tal hecho pueda ser cometido también por aquel que estuviera como clandestino.

En la redacción original del tipo penal se penalizaba exclusivamente el

favorecimiento al ingreso clandestino en el Estado italiano. La nueva previsión, entretanto, combate el tránsito de migrantes desde el territorio nacional para otros países. Los párrafos 5° y 5° bis del art. 12, a su vez, punen el favorecimiento a la permanencia clandestina del extranjero “al fin de obtener injusto lucro”, mientras que el párrafo 6° del mismo artículo trata de la responsabilidad criminal del transportador aéreo, marítimo o terrestre que deja de “verificar si el extranjero está en posesión de los documentos necesarios para el ingreso en el territorio del Estado, bien así comunicar al órgano de policía de frontera la eventual presencia a bordo de los medios de transporte de extranjeros en situación irregular”.

Como estima la jurisprudencia, en tema de favorecimiento a la inmigración clandestina, por “actividad tendente a favorecer el ingreso de los extranjeros en el territorio del Estado con violación de la ley no se deben considerar sólo las conductas específicamente dirigidas a consentir la llegada o el desembarque de los extranjeros, sino también, las inmediatamente sucesivas a tal ingreso, para garantía de la buena finalización de la operación y, en principio, todas aquellas actividades de favorecimiento y de cooperación con las actividades tendentes y en sentido estricto ligadas al ingreso de los clandestinos”³⁷³.

En suma, las decisiones de los jueces evidencian “las connotaciones propias de favorecimiento de ingreso clandestino, en el cual no se requiere la existencia de una violencia física o psíquica, pero sólo la práctica de actos que, de algún modo, faciliten el ingreso irregular, admitiéndose que tal hecho pueda ser cometido también por aquel que estuviera como clandestino”³⁷⁴.

Respecto de los límites de la tipicidad de la acción, se estima que no constituyen comportamientos típicos las conductas de socorro y asistencia humanitaria prestados en Italia a los extranjeros en condición de necesidad (art. 12, parág. 2°, TUI). Evidentemente, los términos “socorro” y “asistencia humanitaria” en el texto legal no son utilizados en su sentido técnico-jurídico, conforme establecido en los tratados y acuerdos internacionales,

³⁷³ Cfr. Cas. Sent. n. 7045, Sec. I, 19 mayo 2000.

³⁷⁴ Cfr. Cas. Pen., Sent. n. 3162/03, Sec. III.

pero en su sentido corriente de “prestar cooperación”, “auxiliar”, “hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro de algo”, cuando la víctima del tráfico ilegal de personas esté en real situación de necesidad, pues, tales acciones, además, son incompatibles sean con los elementos objetivos sean subjetivos del tipo penal.

D. La relación de causalidad

El tipo legal incluye la exigencia de la ejecución de una conducta tendente a favorecer el ingreso de los extranjeros en el territorio del Estado con violación de la ley, incluso las inmediatamente sucesivas a tal ingreso, para garantizar la buena finalización de la operación criminal.

El mero ingreso realiza el tipo, pues la configuración legal del comportamiento delictivo como un delito de mera actividad excluya la exigencia de la producción de un resultado material para la realización del tipo y para la consumación del delito.

Sin embargo, se requiere la concurrencia del elemento subjetivo exigido en la figura típica consistente en la finalidad de favorecimiento o cooperación que se trata de prevenir, siendo suficiente la concurrencia de tal elemento típico subjetivo con el acto en él inspirado para fundamentar la relevancia típica del mismo.

E. Objeto jurídico y consentimiento de la víctima

El objeto jurídico protegido por la norma penal es constituido por el orden público y la seguridad ciudadana cuya salvaguarda provee el tipo legal. El concepto de orden público ha sido tradicionalmente difícil de establecer, especialmente por su aptitud para legitimar cualquier intervención del poder público, y, consecuentemente, para ser puesto al servicio de regímenes autoritarios en la limitación de las libertades, ampliándose extraordinariamente el concepto de orden público hasta identificarse prácticamente con el orden jurídico y político establecido que se altera ante la falta de acatamiento por parte de los ciudadanos.

En efecto, el rechazo a esta concepción omnicomprendiva ha conducido al establecimiento de un concepto estricto de orden público, como equivalente a la paz y la tranquilidad en las manifestaciones externas de la convivencia colectiva. Este carácter restrictivo del concepto le hace, en principio, adecuado para centrar en él la protección penal propia de un Estado democrático³⁷⁵.

A su vez, el abordaje semántico de una categoría analítica de la seguridad, como sería el término “seguridad ciudadana”, debe partir del contexto histórico, social, político, deontológico, cultural, económico y ambiental de la sociedad, de la cual emerge. El desarrollo conceptual de la seguridad ciudadana surge y evoluciona dentro del marco social, en donde este término cumple la función de ser expresión de una inquietud o preocupación por la centralidad de los derechos de las personas en un entorno inseguro, fenómeno sociopolítico que intenta modificarse y cuyos orígenes se hallan en el rol de los órganos del Estado en la materialización de condiciones básicas para el desarrollo social.

En esencia, podría decirse que la seguridad ciudadana es un “bien”, una “aspiración”, una “condición” a alcanzar, en la que el riesgo y la amenaza se reducen o, al menos, contienen, y que no se concibe al margen de las condiciones de la democracia y tampoco alejada de una gestión pública basada en la persona como principal beneficiario. El conjunto de ellas conforman un discurso que, a su vez, es la concreción del marco ideológico-social en que surge y de donde se ha desarrollado.

³⁷⁵ En realidad, el orden público tiene para el mundo jurídico múltiples manifestaciones, según sea el área en que se analice. En términos muy generales puede decirse que integra el orden público todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas, y que actúa como límite a su libertad. De este modo, en Derecho privado, el orden público actúa como un límite a la autonomía de la voluntad en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de una comunidad, manifestados en principios y reglas de Derecho. Según su contenido se habla de orden público económico, laboral etc. En cambio, en Derecho público, el orden público está representado por la tranquilidad y paz social que proviene del respeto generalizado al ordenamiento jurídico. El "mantenimiento del orden público" habilita a la Administración pública, a través de la ley, para imponer órdenes, prohibiciones y sanciones. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, la noción de “orden público” constituye un “título de intervención”. En un sentido similar, a causa de los procesos de expansión del Derecho penal que se vive en muchos países, el orden público es objeto de protección a través de sanciones en el ámbito del Derecho penal. De este modo, los “atentados al orden público”, entendido como un determinado estado de cosas en los espacios públicos, puede incluso constituir delito y llevar aparejado el cumplimiento de una pena.

Los diferentes contextos desde los cuales emergen el concepto “seguridad ciudadana” explican su valor y uso.

El primer lugar, este surge como oposición a una visión dominante sobre la seguridad, fuertemente anclada en la noción de seguridad nacional y pública, que pone como eje central u objeto de ella la seguridad del Estado y la seguridad interior. Las traumáticas experiencias de interrupción de las democracias y las transiciones hacia una plena vigencia de ellas constituyen el escenario en el cual el término ha evolucionado desde un uso reivindicativo a uno paradigmático.

En segundo lugar, otro fenómeno que le dio origen ha sido la ausencia de certeza y el sentimiento o percepción de las personas de que sus derechos son sólo parcialmente garantizados y transgredidos tanto por la propia acción del Estado (por negligencia, insuficiencia u omisión) como por la conducta de terceras personas (delincuencia, violencia etc.).

En tercer lugar, la tendencia arriba descrita se asocia a otra en la cual la noción de seguridad cambia sustantivamente a partir de situaciones que vienen vivenciando las sociedades, volcándose en un enfoque fuertemente asociado a la seguridad del individuo, los derechos humanos, la gobernabilidad democrática y la convivencia social.

En cuarto lugar, en lo inmediato, parece ser que la tendencia actual es en algunos casos la instalación y, en otros, la consolidación de esfuerzos para reformar las instituciones y políticas de seguridad pública buscando un modelo de seguridad ciudadana democrática. Esto consiste en una reformulación de la gestión de “seguridad pública” en términos tales que la seguridad ciudadana se entienda como la seguridad de todas las personas y que esto implica, por tanto, el desarrollo de condiciones que permitan la regulación eficiente de la violencia, individual o social, incluyendo la regulación de la violencia de las propias instituciones del orden público.

En quinto lugar, existe un creciente acuerdo entre los gobiernos y los Estados de que la seguridad ciudadana es un fenómeno dinámico y global que exige intervenir decididamente en aquellas condiciones sociales, políticas, económicas, culturales, habitacionales, ecológicas, de policía, que ayudan a garantizar el adecuado y normal funcionamiento de la comunidad y mejorar la convivencia y calidad de vida de las personas, y promover la cooperación a través de una red de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales para contribuir al empleo y la aplicación de mecanismos de apoyo eficaces en materia de prevención del delito³⁷⁶.

La jurisprudencia ha resaltado que “las modificaciones acrecidas por la Ley n. 189/02 han acentuado el carácter de tutela del orden y de la seguridad pública, en parte convirtiendo la visión solidarista en una exclusivamente represiva”³⁷⁷.

El consentimiento de la víctima no excluye la tipicidad de la conducta delictiva, pero, su ausencia puede caracterizar la conducta de trata de personas, prevista en el art. 601 del Código penal.

F. Imputación subjetiva

Al tratarse de un delito común, doloso y de simple actividad referida al acto de favorecimiento a la permanencia, que se entenderá como eventual, en tanto se refiere a la exigencia de una permanencia por un periodo del extranjero en el territorio del Estado, y que presupone una permanencia que ha de ser atribuida exclusivamente al extranjero.

³⁷⁶ Así, de manera muy sintética, puede señalarse que el enfoque de la seguridad se desplazan en sus ejes hacia convicciones o aproximaciones relevantes para ella, tales como: 1) El objeto de la seguridad ya no es el Estado, si no la persona humana concebida de manera integral; 2) El orden político se caracteriza por la aspiración democrática, el desarrollo social y los derechos de las personas; 3) La institucionalidad de la seguridad y las formas de materializarla se resuelven en el marco del Estado democrático de derecho; 4) La agenda de seguridad se amplía e incorpora otras temáticas además de la tradicional noción vinculada a la defensa del Estado-Nación, producto de una ampliación de la noción de riesgo y amenaza; y 5) La delimitación conceptual y el enfoque normativo de la seguridad adoptan un carácter integral, globalizador y dinámico. (Cfr. <http://www.investigaciones.cl>).

³⁷⁷ Cfr. Cas. Pen., sec. III, sent. n. 3162/03.

El delito se realiza con el dolo del autor en cuanto consciencia y voluntad de cometer actos de facilitación al ingreso de migrantes; se trata de un delito de peligro, en la medida en que la punibilidad del hecho no está condicionada a ningún daño concreto. Se trata evidentemente de una hipótesis de delito de consumación anticipada, que no admite la tentativa. Es un delito instantáneo.

Además, la hipótesis delictiva es siempre residual, en consideración a la cláusula de reserva “salvo si el hecho no constituya delito más grave”. En los supuestos de los párrafos 5° y 5° bis del art. 12, que igualmente prevén la cláusula de reserva, hay, más allá, la necesidad del dolo específico “fin de obtener injusto lucro”. Esa finalidad no debe ser entendida como exclusivamente una ventaja económica o incremento patrimonial –en el sentido de una utilidad pecuniaria–, pero incluye además cualquiera satisfacción o provecho que el agente pueda obtener con la acción delictiva.

G. Consumación y tentativa

La estructura del delito es de mera conducta y de forma libre; no es necesario verificarse el resultado; no es necesario que el ingreso clandestino se deba realizar. Para la consumación del delito es suficiente el hecho de haber iniciado la actividad directa apta a la llegada del extranjero.

Se cuestiona la admisibilidad de la tentativa en el contrabando de personas. Es un delito de instantáneo y de simple actividad. El delito en discusión constituye, de hecho, un crimen de consumación anticipada, que se perfecciona solo con la práctica de “actos directos a buscar” el ingreso ilegal de extranjeros en el territorio del Estado, bien así desde otro Estado en el cual la persona no es ciudadano o no hay título de residencia permanente.

En la estimación jurisprudencial, este delito constituye un supuesto de “delito de consumación anticipada, que se perfecciona solo con la práctica de “actos directos a buscar” el ingreso ilegal de extranjeros “en el territorio del Estado, bien así desde otro Estado en el cual la persona no es ciudadano o no hay título de residencia permanente”. El verbo

“buscar” confiere, asimismo, al tipo penal, una amplia latitud aplicativa, incluyéndose cualquier aporte eficiente y orientado en la causalidad a producir el resultado final, ello incluso -según una reiterada posición jurisprudencial- toda actividad inmediatamente sucesiva a la llegada en Italia de los extranjeros, que faciliten el éxito de la operación”³⁷⁸.

H. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz

Como se trata de crimen instantáneo, se cuestiona asimismo la admisión del desistimiento voluntario; pero para los delitos previstos en los párrafos precedentes, en todo caso, las penas son disminuidas hasta la mitad para el imputado que contribuye para evitar que la actividad delictiva sea llevada a consecuencias ulteriores, ayudando concretamente la autoridad de policía o la autoridad judicial en la recoja de elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos, para la individualización o la captura de uno o más autores de los delitos y para la aprehensión de recursos relevantes a la consumación de los delitos (art. 12, § 3º quinquies, TUI).

I. Tráfico ilegal de personas agravado (art. 12, § 3º, TUI)

La exigencia de tutela de la seguridad pública y de los derechos fundamentales de la persona justifican la severidad de algunas agravantes del delito. Así, la figura delictiva básica es agravada en las circunstancias en que: “a) el hecho resguarda el ingreso o la permanencia ilegal en el territorio del Estado de cinco o más personas; b) la persona transportada ha sido expuesta a peligro de vida o a la incolumidad por buscar el ingreso o su permanencia ilegal; c) la persona transportada ha sido sometida a tratamiento inhumano o degradante por buscar el ingreso o su permanencia ilegal; d) el hecho ha sido cometido por tres o más personas en concurso entre sí o utilizando servicios internacionales de transporte o documentos falsificados o adulterados o ilegalmente obtenidos; e) los autores del hecho tienen disponibilidad de armas o materiales explosivos” (art. 12, § 3º, TUI).

³⁷⁸

Corte Constitucional, Sentencia 331/2011, publicación en la fecha 21/12/2011, pág. 53.

Si los hechos del mencionado párrafo 3º del. art. 12 son cometidos recurriéndose a dos o más de las hipótesis de las letras *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *e)* del mismo párrafo, la pena prevista es aumentada (art. 12, § 3º bis, TUI). Además, la pena de prisión es aumentada de un tercio a la mitad y se aplica la multa de 25.000 euros por cada persona si los hechos de los párrafos 1 y 3: “*a)* son cometidos con el fin de reclutar personas destinadas a la prostitución o a la explotación sexual o laboral o aún resguardan el ingreso de menores para servir en actividades ilícitas con la finalidad de favorecer su explotación; y *b)* son cometidos con el fin obtener lucro, aunque indirecto” (art. 12, § 3º ter, TUI).

**J. Aplicación de singulares circunstancias atenuantes
(art. 12, § 3º quater TUI)**

Se ha de señalar que las circunstancias atenuantes, diversas de aquellas previstas en los arts. 98 y 114 del Código penal, concurrentes con las agravantes de los §§ 3º bis y 3º ter, no pueden ser consideradas equivalentes o predominantes respecto a éstas, y las disminuciones de la pena se han de operar sobre la cantidad de pena resultante del aumento consecuente de las mencionadas agravantes (art. 12, § 3º cuarter, TUI).

K. Intervención y concursos

Todas las personas que intencionalmente, y directa o indirectamente, y de manera relevante, han facilitado sea el ingreso sea la permanencia del extranjero en territorio nacional.

Para los fines de configuración del concurso de personas, la contribución concursal tiene relevancia no sólo cuando haya eficacia causal, colocándose como condición al evento lesivo, pero también cuando asume la forma de una contribución facilitadora, esto es, cuando el delito, sin la conducta de facilitación, sería igualmente cometido, no obstante con más incertidumbres y dificultades para su consumación.

Con efecto, para tal fin, es suficiente que la conducta de participación sea un comportamiento exterior que agregue una contribución relevante a la comisión del delito, mediante un reforzamiento del propósito criminal o la facilitación de las actividades de los demás, y que el partícipe, en razón de su conducta idónea a facilitar la ejecución, haya aumentado la posibilidad de la producción del crimen. Así, no obstante sea suficiente una contribución sólo facilitadora y no condicional, no puede faltar la relación de relevancia y, por tanto, no ha de ser insignificante.

Por la jurisprudencia se estima que a los fines de configuración del concurso de personas la contribución concursal tiene relevancia no sólo cuando haya eficacia causal, colocándose como condición al evento lesivo, pero también cuando asume la forma de una contribución facilitadora, esto es, cuando el delito, sin la conducta de facilitación, sería igualmente cometido, no obstante con más incertidumbres y dificultades para su consumación. A tal efecto, es suficiente que la conducta de participación sea un comportamiento exterior que agregue una contribución relevante a la comisión del delito, mediante un reforzamiento del propósito criminal o la facilitación de las actividades de los demás, y que el partícipe, en razón de su conducta idónea a facilitar la ejecución, haya aumentado la posibilidad de la producción del crimen. Así, no obstante sea suficiente una contribución sólo facilitadora y no condicional, no puede faltar la relación de relevancia y, por tanto, no ha de ser insignificante³⁷⁹.

El legislador no ha creado un tipo penal de asociación criminal finalizado al delito de tráfico de personas o de trata de seres humanos. La Ley n. 228/2003, entretanto, ha instituido en el Código penal la circunstancia agravante especial del delito de asociación criminal (*associazione a delinquere*), contemplado en el art. 416, extensivo tanto a los arts. 600, 601 y 602 del Código penal, como al art. 12 del Texto Único sobre la Inmigración.

Puede concurrir el delito de tráfico de migrantes con el homicidio o con el delito de lesiones.

³⁷⁹ Cfr. Cas. Pen. Sec. V, 13 de abril 2004, RV 229200.

La continuidad delictiva no es admisible. Cada delito es autónomo, en relación a la pluralidad de víctimas respectivas de cada uno de ellos.

L. Confrontación de delitos

La trata de personas excluye los crímenes de favorecimiento al ingreso o a la permanencia de extranjeros, teniendo en consideración la cláusula de reserva “Salvo si el hecho no constituya delito más grave” constante de los parágrafos 1º y 3º del art. 12 del TUI. Así, cometerá el delito de trata de personas, en los términos del art. 601 del CP, “el que recluta, introduce en el territorio del Estado, transfiere también para fuera del mismo, transporte, cede la autoridad sobre la persona, acoge una o más personas que estén en las condiciones del artículo 600, o realice la mismas conductas sobre una o más personas, mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o valiéndose de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física, psíquica o de necesidad, o mediante promesa o entrega de dinero o de otra ventaja a la persona sobre la cual ejerce autoridad, con el fin de inducirla o constreñirla a prestaciones laborales, sexuales o a la mendicidad o todavía a la práctica de actividad ilícita que comporte su explotación o a someterla a la retirada de órganos”.

El mencionado art. 600 del CP, bajo la rubrica “Reducción o mantenimiento en esclavitud o en servidumbre”, dispone: “El que ejerce sobre una persona poderes correspondientes a aquellos del derecho de propiedad, bien así reduce o mantiene una persona en un estado de sometimiento continuativo, constriéndola a prestaciones laborales o sexuales o a la mendicidad o todavía a la práctica de actividad ilícita que comporte su explotación o a someterla a la retirada de órganos, es punido con la reclusión de ocho a veinte años. La reducción o el mantenimiento en el estado de sumisión tiene lugar cuando la conducta es practicada mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o valiéndose de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o la entrega de suma de dinero o de otra ventaja por quien ejerce autoridad sobre la persona”. Se ha de señalar que La finalidad de la

explotación íntegra, pues, la verdadera característica distintiva del delito previsto en el art. 600, respecto a toda forma de inhibición de la libertad personal

El art. 601 del CP describe dos crímenes diversos. El primero delito es la trata de esclavos (*tratta di schiavi*), viene realizado por quien comete trata de personas en contra una persona que ya está en una de las condiciones del art. 600, es decir, presupone que la víctima se encuentre en una de las condiciones de esclavitud o servidumbre. El segundo delito es la captura con objetivo esclavístico (*cattura a scopo schiavistico*), que implica la reducción o el mantenimiento en el estado de sumisión de la víctima, que contempla el dolo específico, en el cual el agente ha de tener la finalidad de reducción en esclavitud o servidumbre, independientemente de se alcanzar o no el objetivo fijado.

De esa manera, el Derecho penal anticipa la tutela al bien jurídico que es puesto en peligro. Por fin, también constituye delito con previsión específica la adquisición y venta de esclavos, como dispone el art. 602 del CP: “El que fuera de los supuestos indicados en el artículo 601, adquiera o venda o ceda una persona que está en una de las condiciones del artículo 600 es punido con la reclusión de ocho a veinte años. La pena es aumentada de un tercio a mitad si la persona ofendida es menor de dieciocho o si los hechos del primero párrafo son tendientes al favorecimiento de la prostitución o al fin de sumisión de la persona ofendida a la retirada de órganos”.

En la estimación jurisprudencial, el delito de reducción o manutención en estado de esclavitud se realiza y perfecciona con la explotación de la persona o del trabajo³⁸⁰. La finalidad de la explotación íntegra, pues, la verdadera característica distintiva del delito previsto en el art. 600, respecto a toda forma de inhibición de la libertad personal³⁸¹. Cuando la reducción o manutención en servidumbre haya sido realizada por genitores en contra de los hijos u otros niños con relación de parentesco, no es invocable por parte de los autores de las conductas la causa de justificación del ejercicio del derecho, con la afirmación de una

³⁸⁰ Cfr. Cas. Pen. Sec. Fer., del 10 septiembre 2004, Braidich.

³⁸¹ Cfr. Cas. Pen., Sec. IV, del 12 diciembre 2006, Cas. Pen. 2005, pág. 2545.

costumbre de la población gitana de usar niños para la mendicidad, porque, para que la costumbre hay eficacia discriminante en el nuestro ordenamiento, es necesaria una previsión legal³⁸².

M. Las declaraciones de la víctima

Las declaraciones de la víctima del delito pueden asumir, aunque exclusivamente, una prueba para condenación del acusado, desde que haya credibilidad objetiva y subjetiva.

Según ha resaltado la jurisprudencia, las declaraciones de la víctima de un delito pueden asumir, aunque de forma aislada, una fuente de prueba para la condenación del acusado, desde que sometida a un análisis positivo de credibilidad objetiva y subjetiva: tal control, considerado el interés que la persona ofendida es naturalmente portadora, y para el fin de excluirse que no haya una interferencia en la veracidad de la declaración, ha de ser conducido con la necesaria cautela, por medio de un examen particularmente riguroso y penetrante, que tenga en cuenta también otros elementos eventualmente emergentes de los hechos³⁸³.

N. Flagrancia delictiva

Según dispone el párrafo 4º bis, del art. 12, del TUI, desde que presentes fuertes indicios de culpabilidad del agente, es obligatoria la prisión cautelar. Pero, la Corte Constitucional italiana ha considerado inconstitucional tal disposición de prisión cautelar obligatoria, decidiendo que la gravedad abstracta del delito, considerada con relación a la medida de la pena o a la naturaleza del interés protegido, es significativa para los fines de la determinación de la sanción, pero inidónea para servir de elemento preclusivo para la verificación del grado de las exigencias cautelares y a la individualización de la medida concretamente idónea a hacerles frente. El remedio al alarme social causado por el delito no puede ser obtenido de las finalidades de la custodia cautelar, constituyendo una función

³⁸² Cfr. Cas. Pen., Sec. III, de 26 octubre 2007, Cas. Pen. 2007, pág. 4587.

³⁸³ Cfr. Cas. Pen., sec. III, Sent. 6 noviembre 2014, n. 45920.

institucional de la pena, porque presupone la certeza sobre la responsabilidad del delito que ha provocado el alarme. Por tanto, el que vulnera los valores constitucionales no es la presunción en sí, pero su carácter absoluto, que implica una indiscriminada y total negación de relevo al principio del “menor sacrificio necesario”.

En la apreciación jurisprudencial, la norma aludida vincula los crímenes de favorecimiento de la inmigración clandestina a un especial y más severo régimen cautelar, semejante a aquel prefigurado con relación a otras figuras delictivas, por el art. 275, § 3º, del Código de proceso penal, como modificado por el art. 2º, § 1, letras a) y a-bis, del Decreto-Ley n. 11, de 23 de febrero de 2009, sobre las medidas urgentes en materia de seguridad pública y de contraste a la violencia sexual, y también en tema de actos persecutorios (*misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*), convertido, con modificaciones, en la Ley n. 38, de 23 de abril de 2009. La heterogeneidad de los tipos penales con referencia al paradigma punitivo abstracto no consiente, entretanto, de enunciar una regla general, que corresponda razonablemente a todas las “connotaciones criminológicas” del fenómeno, según el cual la custodia cautelar en cárcel sería el único instrumento idóneo para satisfacer las exigencias cautelares. La presunción absoluta desestimada no puede siquiera encontrar su base de legitimación constitucional en la gravedad abstracta del delito de favorecimiento de la inmigración, ni en la exigencia de eliminar o reducir las situaciones de alarme social correlatas al incremento del fenómeno de la migración clandestina. Va, de hecho, reiterado el criterio ya sostenido en esta Corte de la gravedad abstracta del delito, considerada con relación a la medida de la pena o a la naturaleza del interés protegido, es significativa para los fines de la determinación de la sanción, pero inidónea para servir de elemento preclusivo para la verificación del grado de las exigencias cautelares y a la individualización de la medida concretamente idónea a hacerles frente; mientras que el remedio al alarme social causado por el delito no puede ser obtenido de las finalidades de la custodia cautelar, constituyendo una función institucional de la pena, porque presupone la certeza sobre la responsabilidad del delito que ha provocado la alarma³⁸⁴.

³⁸⁴ Sentencia n. 231 y n. 164 del 2011, n. 265 del 2010.

Lo que vulnera los valores constitucionales no es la presunción en sí, pero su carácter absoluto, que implica una indiscriminada y total negación de relevo al principio del “menor sacrificio necesario”. Contrariamente, la previsión de una presunción sólo relativa de adecuación de la custodia carcelaria, apta a realizar una simplificación del procedimiento probatorio, sugerida por los aspectos recurrentes del fenómeno criminal considerado, pero superable por elementos de carácter contrario- no excede los límites de compatibilidad constitucional, permaneciendo por tal razón no reprochable la apreciación legislativa sobre la ordinaria configurabilidad de exigencias cautelares en grado más intenso³⁸⁵.

El párrafo 4º bis, del art. 12, del D. L. n. 286/1998 es declarado, por tanto, constitucionalmente ilegítimo en la parte en que prevé, cuando existan graves indicios de culpabilidad en referencia a los delitos previstos en el párrafo 3º, que sea aplicada la custodia cautelar en prisión.

O. La penalidad

Los bienes secuestrados en el curso de las operaciones de policía finalizadas a la prevención y represión de los delitos, previstos en el art. 12, han de ser sometidos a la autoridad judicial, y podrán ser utilizados por los órganos de policía o por órganos del Estado o por otros entes públicos en la actividad de justicia, protección civil o de tutela ambiental (art. 12, § 8º, TUI). En los supuestos previstos en los párrafos 1º y 3º del art. 12 se procederá al confisco de los medios de transporte utilizados en la comisión del delito (art. 12, § 4º ter, TUI).

Tras el procedimiento de confisco, tales bienes serán entregues a entes públicos, para uso, transferencia o destrucción (art. 12, § 8º quinquies, TUI). El dinero confiscado tras la condenación por delitos previstos en el art. 12, bien así aquel proveniente de la transferencia de bienes confiscados, serán destinados al fortalecimiento de las actividades de prevención y represión a los mismos delitos, también a nivel internacional, mediante intervenciones finalizadas a la colaboración y a la asistencia técnico-operativa con las fuerzas de policía de

³⁸⁵ Sentencia n. 231 y n. 164 del 2011, n. 265 del 2010.

los países interesados (art. 12, § 9º, TUI). Los inmuebles implicados en el tráfico ilegal de personas, aún cuando haya la suspensión condicional de la pena, serán confiscados, salvo si pertenezcan a persona ajena al delito (art. 12, § 5º bis, TUI).

Como disposiciones especiales, se prevé que en el curso de las operaciones de policía de combate al tráfico ilegal de personas, conforme dispone el párrafo 3º del art. 11, los oficiales y agentes de seguridad pública operantes en las ciudades de frontera y en aguas territoriales pueden proceder al control e inspección de los medios de transporte y de las cosas transportadas, aunque sujetas a régimen aduanero especial, cuando existan fundados motivos de tráfico de personas. En esas circunstancias, los oficiales de policía judicial pueden además proceder a la perquisición, con observancia de la ley procesal (art. 352, §§ 3º y 4º, CPP).

La embarcación italiana a servicio de la policía, que encuentre en el mar territorial o en la zona contigua, una embarcación, habiendo fundado motivo de que esté implicada en el transporte ilícito de inmigrantes, puede contenerla, someterla a inspección y, si existieren elementos que confirmen la sospecha, secuestrarla, conduciéndola a un puerto del Estado (art. 12, § 9º bis TUI).

Estos poderes pueden ser ejercitados fuera de aguas territoriales, sea por embarcaciones militares sea por embarcaciones a servicio de la policía, en los límites autorizados por la ley, por el Derecho internacional o por los acuerdos bilaterales o multilaterales, cuando haya la embarcación bandera nacional, de otro Estado, o tratarse de una embarcación sin bandera o con bandera de conveniencia (art. 12, § 9º quater TUI). Tales disposiciones se aplican, *mutatis mutandis*, a los controles de tráfico aéreo (art. 12, § 9º sexies, TUI).

La acción penal es pública incondicionada. Se ha de señalar que el sistema procesal italiano vigente es de tipo mixto, tendencialmente acusatorio. Originariamente, el Código procesal penal italiano se había configurado durante la Dictadura fascista con una impronta marcadamente inquisitoria (R. D. 19-10-1930, n.1399). Tras la Segunda Guerra Mundial y

la conquista de la democracia, el Código fue sufriendo innumerables reformas tanto por la acción legislativa, como por la labor de la Corte Constitucional con el fin de ir introduciendo en su trama importantes aspectos acusatorios.

El cambio definitivo de modelo se produce con la Ley n. 81, de 16 de febrero de 1987, por la que se delegó en el gobierno la competencia para emanar un nuevo Código de procedimiento penal de acuerdo con un modelo acusatorio, aunque con el mantenimiento de algunos elementos inquisitivos. Finalmente, el Código se emanó por medio de Decreto del Presidente de la República n. 447, de 22 de septiembre de 1988, y entró en vigor el 24 de octubre de 1989³⁸⁶.

Tras la modificación del art. 111 de la Constitución, y en aras de equilibrar la posición de las partes procesales se han introducido las denominadas "indagaciones defensivas", elemento este característico del modelo acusatorio.

El sistema procesal italiano tiene un sistema prevalentemente acusatorio, cuyos caracteres principales son los siguientes: posición del juez como una parte tercera; tendencia a la paridad dialéctica entre la acusación y la defensa; centralidad y oralidad del debate; formación de la prueba en un proceso contradictorio entre las partes; publicidad y justo proceso.

Para la figura básica de favorecimiento al ingreso de extranjero, es prevista la pena de "reclusión de uno a ocho años y con la multa de 15.000 euros por persona" (art. 12, § 1º, TUI), siendo agravada "con la reclusión de cinco a quince años y con la multa de 15.000 euros por persona" en las circunstancias del párrafo 3º del art. 12. Aún así, conforme mencionado anteriormente, si los hechos del párrafo 3º del art. 12 son cometidos recurriéndose a dos o más de las hipótesis de las letras *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *e)* del mismo párrafo, la pena prevista es aumentada (art. 12, § 3º bis, TUI).

³⁸⁶ Sin embargo, este viraje hacia un modelo acusatorio puro no se ha llegado a producir pues la lucha contra la criminalidad organizada ha provocado de nuevo sucesivas reformas que han vuelto a introducir elementos procesales típicos del modelo inquisitivo.

También se establece que la pena de prisión se aumentará de un tercio a la mitad y se aplicará la multa de 25.000 euros por cada persona si los hechos de los párrafos 1 y 3: “a) son cometidos con el fin de reclutar personas destinadas a la prostitución o a la explotación sexual o laboral o aun resguardan el ingreso de menores para servir en actividades ilícitas con la finalidad de favorecer su explotación; y b) son cometidos con el fin obtener lucro, aunque indirecto” (art. 12, § 3º ter, TUI).

A su vez, las dos modalidades de favorecimiento a la permanencia de extranjero son punidas, en los términos del párrafo 5º del art. 12 del TUI, “con la reclusión de hasta 4 años y con la multa de hasta treinta millones de liras” si el hecho es cometido por el concurso de dos o más personas, o resguarda la permanencia de cinco o más personas, la pena es aumentada de un tercio a la mitad; o, en el supuesto de párrafo 5º bis del art. 12 del TUI, “con la reclusión de seis meses a tres años”. En caso de inobservancia por parte del transportador aéreo, marítimo o terrestre de las obligaciones del párrafo 6º del art. 12, se aplicará una multa de “3.500 euros a 5.500 para cada uno de los extranjeros transportados”.

En los casos más graves está prevista la “suspensión de uno a doce meses, o la revocación de la licencia, autorización o concesión de la autoridad administrativa italiana inherente a la actividad profesional y al medio de transporte utilizado” (art. 12, § 6º, parte final, TUI). Hay también la previsión de secuestro de los bienes y de dinero ligados a la conducta delictiva (art. 12, §§4º, 5º bis, 8º, 8º quinquies y 9º, TUI).

CAPÍTULO VIII

EL COMBATE AL TRÁFICO DE PERSONAS EN ESPAÑA

I. El tráfico ilegal de personas en el ordenamiento español

Nigeria, Costa de Marfil, Camerún, Guinea Conakry, Congo, Senegal, Mali, Togo, Ghana, Níger, Burkina Faso, Gambia, Sierra Leona, son todos ellos punto de partida de inmigrantes, pero, generalmente, el de llegada, son tres: Ceuta, Melilla o la Península ibérica. Un camino que suele durar meses, en algunos casos años; y en el peor de los escenarios lleva a la muerte (1.471 fallecimientos entre 2008 y 2013), entre los saltos a la valla de Melilla, el intento de cruce a nado del espigón de Ceuta, o las pateras que siguen llegando a las costas andaluzas³⁸⁷.

En la mayoría de las veces, las mafias criminales que trafican con seres humanos están detrás de todo este movimiento; son grupos organizados y aptos a manejar tantas nacionalidades y dentro de cada nacionalidad cada tribu³⁸⁸, y gestionan los viajes en patera, u ocultan a los sin papeles en los vehículos para pasar por las aduanas.

En 2015, Nigeria, Ghana y Malí han sido los tres países que están aportando más inmigrantes. Especialmente, en Melilla, se ha formado una bolsa de sirios, que huyen de la guerra civil que desangra su país. Las oleadas de saltos siguen, mucho más en Melilla que en Ceuta, porque en esta última ciudad su vallado es muy difícil de saltar por motivos geográficos. Además, un número importante de subsaharianos están atrapados en Marruecos, sin poder proseguir su viaje hacia Europa ni regresar a sus países de origen. Es un problema de solución difícil a medio plazo.

Un análisis de las estadísticas revela que ese movimiento de migrantes desde África es cíclico. En 2008 llegaron a España de forma irregular por la frontera sur (Canarias, Ceuta

³⁸⁷ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, *Criminalidad y contexto urbano en España*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2014, pág. 58.

³⁸⁸ Níger, por ejemplo, es país de paso. La economía consiste esencialmente en el comercio del uranio y del tráfico de personas, pero no entendido como delito, sino como transporte de personas. El coste del viaje oscila entre los 1.800 y los 2.000 euros.

y Melilla, y Costa sur de España) un total de 15.572 personas. La cifra se redujo en 2009 y 2010 (8.700 y 5.300 personas, respectivamente), pero en 2011, 2012 y 2103 la cifra volvió a crecer sucesivamente. El año de 2013 llegaron 7.750 personas, según el último Informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y datos del Ministerio de Interior. En el caso de Melilla, 2013 fue el peor año con la llegada de 2.508 inmigrantes irregulares, frente a los 2.105 de 2012 y los 1.039 de 2011. El año de 2013 también fue para Ceuta el de mayor presión migratoria, con 1.846 llegadas, mientras que en 2012 hubo 756 y en 2011 un total de 1.258. Sumando sólo Ceuta y Melilla, las entradas de inmigrantes irregulares crecieron un 48,5% en 2013 respecto a 2012³⁸⁹.

En 2012, un 69,31% de los inmigrantes irregulares intentaron llegar a España a través de una patera, proporcionada habitualmente por las mafias. Ese mismo dato desciende al 45% en 2013. En cambio, si en 2012 el porcentaje de inmigrantes que se aventuró en pequeñas balsas hinchables, la mayoría de juguete, alcanzó un 15,32%, en 2013 llegó hasta el 27%. Por este sistema, cuatro o cinco inmigrantes se juntan para comprar la balsa e intentar cruzar las aguas, fuera del control de las mafias. Por ejemplo, de las 305 embarcaciones que la Guardia Civil interceptó el año de 2011 (con 4.417 personas a bordo) 41 eran pateras, 79 lanchas neumáticas y 166 balsas de juguete. Otras 15 fueron motos de agua y cuatro, cayucos. En 2012 consiguieron saltar las vallas casi un 12% de personas, mientras que en 2013 superó el 15%.

España figura entre los principales países de destino del tráfico de seres humanos, sobre todo mujeres dedicadas a la prostitución. Así consta en el Primer Informe sobre Trata de Personas a nivel mundial que ha realizado la Oficina sobre Droga y Delito de Naciones Unidas³⁹⁰. Según el trabajo, la mayoría de los "millones" de víctimas son mujeres y niñas, no obstante señala tratarse de un problema mundial porque las redes de tráfico -sobre todo para prostitución pero también a la esclavitud laboral- se extienden por todo el planeta, lo que requiere una respuesta global frente a la "ineficaz" lucha actual.

³⁸⁹ Sobre las estadísticas, véase <http://www.20minutos.es/noticia/2090304/0/inmigracion/ceuta-melilla/rutas-mafias/>.

³⁹⁰ Véase <https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es>.

Ningún Estado prácticamente permanece ajeno a la trata de seres humanos, según el Informe sobre Tráfico de Personas, que identifica 127 países de origen de las personas traficadas, 98 de tránsito y 137 de destino. Entre estos últimos distingue 10 con una incidencia “muy alta”: Alemania, Bélgica, Grecia, Israel, Italia, Japón, Holanda, Tailandia, Turquía y Estados Unidos. A continuación, incluye una veintena de Estados con una incidencia "alta" como destino de los seres traficados. España figura en este grupo junto con Reino Unido, Francia, Dinamarca, Polonia, Emiratos Árabes Unidos o Australia. España es también un país de tránsito, según la ONU, pero en un nivel bajo: las personas traficadas que llegan, sobre todo se quedan³⁹¹.

El estudio arroja luz sobre el funcionamiento de las redes de trata. Las personas son captadas en su país de origen, transferidas por regiones de tránsito y explotadas en el país de destino. Las víctimas, en general de países pobres, tienen como destino más frecuente la explotación sexual (sobre todo de mujeres, niñas y en menor medida, niños). También se dan casos de tráfico para ejercer trabajo forzado (más frecuente entre los hombres). Existen dos modelos de redes. Por una parte, los grupos con estructura jerárquica y fuerte disciplina interna que suelen compatibilizar esa actividad con otras como el tráfico de drogas, armas o

³⁹¹ El estudio de la ONU señala la escasa persecución de la trata de personas, y afirma que un camino para combatirla es acabar con el mercado que da beneficios a los delincuentes y actuar contra “los intermediarios que han levantado una industria criminal a base de negociar con seres humanos” y “contra los beneficios económicos que genera”. También nos da una visión más amplia del tráfico ilegal de personas, a saber: (1) África - Es sobre todo un continente emisor de personas traficadas dentro del continente y a Europa Occidental, según el informe. Nigeria es el principal país de origen de las víctimas, seguida de Benin, Ghana y Marruecos; (2) Asia - Las personas traficadas en Asia suelen permanecer en ese continente. Proceden en primer lugar de China, y Tailandia, pero también de Bangladesh, Camboya, India, Laos, Myanmar (Birmania) Nepal, Pakistán, Filipinas y Vietnam. Acaban principalmente en Tailandia, Japón, Israel y Turquía, pero también viajan a Camboya, China, Taiwán, Chipre, India, Pakistán, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos; (3) Europa - Las víctimas suelen proceder del sureste y el centro de Europa, sobre todo de Albania, Bulgaria, Lituania y Rumanía. En menor medida, son naturales de la República Checa, Hungría, Letonia, Polonia o Eslovaquia. Su destino más frecuente, aunque no exclusivo, es Europa occidental (Bélgica, Alemania, Grecia, Italia y Holanda, especialmente). Tras este pelotón de cabeza, el informe cita como destinos Austria, Bosnia-Herzegovina, República Checa, Dinamarca, Francia, Kosovo (región de Serbia) Polonia, España, Suiza y el Reino Unido. También llegan víctimas de Nigeria, Colombia y República Dominicana; (4) ex URSS - Los Estados ex soviéticos, sobre todo Bielorrusia, Moldavia, Rusia y Ucrania son los principales países de origen de las víctimas, que van hacia Europa occidental y América del Norte; (5) América - Las víctimas son suramericanas o caribeñas (sobre todo de Brasil, Colombia, República Dominicana, Guatemala y México). Van más a Norteamérica; y (6) Oceanía - Australia y Nueva Zelanda son los destinos de personas traficadas procedentes sobre todo del Sureste asiático. Véase <https://www.unodc.org/>.

inmigrantes y los secuestros. Muchos de estos grupos tienen un sólo líder, una fuerte identidad social y étnica y emplean la violencia, según la investigación. El segundo tipo lo forma un núcleo pequeño de dirigentes con otros grupos “asociados”. Se dedican casi en exclusiva al tráfico de seres humanos y son extremadamente violentos.

II. Las sospechas de deportaciones “en caliente” por parte de España

Las deportaciones en caliente de extranjeros irregulares, es decir, las entregas inmediatas de inmigrantes al país de salida, son sospechas que, una vez confirmadas, todo indica infringir el Tratado de Readmisión de Extranjeros firmado entre Marruecos y España en 1992, ello porque “la solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal al territorio. En ella se hará constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, la documentación personal y a las condiciones de su entrada” (art. 2º del Tratado hispano-marroquí).

Además, según el Tratado, España debe asegurar que los extranjeros readmitidos en Marruecos sean enviados “lo antes posible” a su país de origen o al Estado donde comenzaron su viaje, siempre y cuando los inmigrantes estén en situación irregular en el Reino Alauí. Hay denuncias de que esa disposición tampoco se cumple; de que personas, después de ser entregados, suelen ser trasladados por las autoridades marroquíes a comisarías de diferentes puntos del país para después ser dejados en libertad o abandonados en la frontera con Argelia, con el objetivo de alejarlos de la frontera³⁹².

También la devolución sumaria del extranjero constituiría una clara vulneración del Derecho de la Unión Europea y de sus salvaguardas en relación con el acceso al procedimiento de asilo y de la protección frente al *refoulement* en las fronteras externas de la Unión Europea, así como en el contexto de los procedimientos de retorno. La Directiva de Procedimiento de Asilo requiere a todos los Estados Miembros garantizar el acceso al procedimiento de asilo (art. 6º), la información sobre la posibilidad de los nacionales de

³⁹² Véase <http://www.eldiario.es/desalambre/devoluciones>.

terceros países en las fronteras externas de solicitar protección internacional y asistencia jurídica (art. 8º), el derecho a permanecer en el Estado miembro mientras se examina la solicitud de asilo (art. 9º), y el derecho a un recurso efectivo con efectos suspensivos (art. 46).

Referida Directiva es de aplicación en “todas las solicitudes de asilo presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, o en las zonas de tránsito de los Estados miembros” (art. 3.1). Con efecto, los Estados miembros de la Unión Europea deben respetar una serie de garantías mínimas en relación con estas personas, incluyendo el principio de *non refoulement* y prestar una atención apropiada a las necesidades especiales de las personas vulnerables.

En ese sentido, también el Código de Fronteras Schengen establece que el rechazo de entrada de un nacional de un tercer país “no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración”, que “sólo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación”, y que “las personas a las que se deniegue la entrada tendrán derecho a recurrir dicha resolución”. Por fin, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el art. 18, reconoce el derecho al asilo; el art. 4º dispone sobre la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, así como el art. 47 regula el derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo.

Pero, no obstante esas ponderaciones, parte de la doctrina defiende la legitimidad de la Ley de Seguridad Ciudadana que ha introducido una disposición que autoriza a que los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial, realizando el cruce no autorizado de la frontera de forma clandestina, flagrante o violenta, sean rechazados a fin de impedir su entrada o permanencia ilegal en España.

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, dispone una “Disposición adicional décima Régimen especial de Ceuta y Melilla”, en los

siguientes términos: 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

Parte de la doctrina sustenta que, en los supuestos de la Ley de Seguridad Ciudadana, no hay entregas en caliente, aunque se produzcan cuando se haya cruzado una valla en Ceuta y Melilla, porque se trataría de rechazo en frontera, teniendo en consideración la existencia de “zonas de confusión” y de “inseguridad jurídica”. El asunto, como se puede observar, es conflictivo, porque los convenios internacionales firmados por España siguen rechazando expresamente las llamadas devoluciones en caliente y exigen que un inmigrante que cruce la frontera tenga asistencia letrada, exámenes para determinar si es menor y que se compruebe que no es perseguido en su país³⁹³.

³⁹³ La Ley de Seguridad Ciudadana ha sido recurrida al Tribunal Constitucional. La primera objeción de la oposición y de miembros de la judicatura y la carrera fiscal es que sustraería del control previo de los jueces la sanción de conductas. Esas sanciones eran faltas y ahora se han convertido en multas administrativas y solo tienen control judicial *a posteriori* si se recurre la multa ejecutiva en la vía contenciosa. La segunda tienen que ver con el calificativo de ley mordaza con que se conoce porque afectaría al derecho de manifestación. La Ley surgió con las protestas de “rodea el Congreso” y sanciona cualquier “perturbación grave de la seguridad ciudadana” que se produzca frente a las sedes del Congreso, el Senado y los parlamentos autonómicos, fotografías a las Fuerzas de Seguridad del Estado, “el escalamiento de edificios o monumentos sin autorización cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes y actos como los que busquen impedir desahucios, los escraches y las sentandas pacíficas, entre otras. Según el recurso, la Ley de Seguridad Ciudadana vulneraría el art. 10 de la Constitución que reconoce el derecho a la dignidad de la persona; el 15 sobre derecho a la integridad física y moral; el 18 sobre la intimidad de las personas; el 21 sobre derecho de manifestación; el 20 y 21 sobre libertad de información; el 9.3 sobre “principio de legalidad” y “seguridad jurídica”; el 106 de control judicial de la actuación administrativa y el 24.1 de tutela judicial efectiva. Al eliminar el control judicial previo, la palabra de un agente que acuse a un manifestante de desobediencia leve serviría para imponer la multa con pago ejecutivo inmediato y sin juicio ante un juez como ocurre ahora. La multa máxima es de 600.000 euros, pero a diferencia de lo que ocurre hasta ahora con las faltas en el Código Penal, las sanciones no están graduadas en función del nivel de ingresos. No obstante, la norma ha sido suavizada en el trámite. Se eliminó que la policía pudiera registrar, sin autorización judicial, un domicilio; la posibilidad de que la policía identifique a personas para prevenir tan solo una infracción administrativa; retener a quienes no pueda identificar en el lugar de los hechos; establecer controles en la vía pública por una infracción administrativa; sanción a quienes ofrezcan servicios sexuales cerca de colegios, parques infantiles o espacios de ocio reservados a menores; atribución de responsabilidad a los organizadores o promotores de reuniones y

III. La cuestión del uso de alambradas con cuchillas en Ceuta y Melilla

Ceuta y Melilla están separadas de Marruecos por alambradas rematadas con cuchillas, en las vallas de estas ciudades, como medida disuasoria frente a la inmigración, que vienen provocando cortes, infecciones e incluso la muerte de algunas personas que intentan saltarlas, no obstante la cantidad de alambradas haya sido reducida en 2007³⁹⁴. Según parte de la opinión de especialistas en seguridad, son medidas coercitivas, perversas e inhumanas; además, atentarían contra los derechos humanos más esenciales, como la dignidad de la persona. Para otros, el uso de la concertina se justificaría porque al igual está instalada en lugares como en los perímetros de las cárceles o de las centrales nucleares.

A nuestro modo de ver, es claramente reprochable establecerse una comparación entre los muros contra fugas puntuales de una población reclusa y la frontera entre Europa y África, que recibe una de las presiones migratorias más desesperadas, numerosas y continuas del mundo. El principal problema es que las normas de la Unión Europea no prohíben “expresamente” las cuchillas instaladas en pasos fronterizos para desalentar la llegada de inmigrantes irregulares. Y esa omisión normativa tiene conducido a muchos especialistas al entendimiento de que un paso fronterizo reforzado por cuchillas u otros complementos no estaría prohibido por el Derecho de la Unión Europea, ni siquiera por las normas internas de España.

Por su parte, el Estado español no tiene ningún deber de notificar a la Unión Europea sobre la instalación de las cuchillas, porque la responsabilidad de gestión de las fronteras exteriores es competencia exclusiva de los Estados miembros y lo único que señala el

manifestaciones -legalmente autorizadas- por los altercados que puedan originar terceras personas durante el desarrollo de las mismas y, sobre todo, se ha moderado la cuantía de las multas. En el trámite se incluyeron algunos puntos como una disposición transitoria que legaliza por primera vez en España las entregas de inmigrantes que hayan saltado las vallas de Ceuta y Melilla.

³⁹⁴ Véase <http://www.eldiario.es/desalambre/Inmigracion>.

Código de Fronteras de Schengen es que la vigilancia se ha de efectuar de tal manera que impida que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos y las disuada de hacerlo³⁹⁵.

No obstante, es forzoso concluir que toda medida de vigilancia fronteriza ha de ser proporcional a los objetivos perseguidos y de respetar los derechos fundamentales y al principio de no devolución, y si la Unión Europea no fomenta tal uso, al menos debería incitar a los Estados miembros a utilizar medidas alternativas de vigilancia fronteriza.

IV. El Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE) de España

La llegada masiva de inmigrantes al Estrecho a finales de los años 90 puso de manifiesto el escaso tiempo de reacción con el que contaba la Guardia Civil, ya que las pateras se detectaban muy cerca de la costa española. El Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE) fue la solución. Estaciones sensoras en puntos estratégicos de la costa, dotadas con radares que se solapan para que las zonas de sombra sean inexistentes, así como con cámaras de día y de visión térmica para la noche, dotadas con un espectacular *zoom*. El SIVE de Algeciras, el primero de la costa española, entró en funcionamiento en 2001 y se controla desde la comandancia de la Guardia Civil de Algeciras.

El Centro Regional de Vigilancia Marítima (CRVM) del Estrecho, cuya área de

³⁹⁵ El Reglamento (CE) n. 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, que establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), prevé en su art. 12: “Artículo 12. Vigilancia de fronteras. 1. La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. 2. La guardia de fronteras vigilará las fronteras con unidades fijas o móviles. La vigilancia se efectuará de tal manera que impida que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos y las disuada de hacerlo. 3. La guardia de fronteras realizará la vigilancia entre los pasos fronterizos con efectivos y métodos adaptados a los riesgos y amenazas existentes o previstos, y cambiando con frecuencia y de manera inopinada la zona fronteriza vigilada de modo que el cruce no autorizado de la frontera constituya un riesgo permanente de detección. 4. Se confiará la vigilancia a unidades fijas o móviles que cumplirán su misión patrullando o situándose en puntos conocidos o que se consideren de riesgo, con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera. Para la vigilancia podrá recurrirse asimismo a medios técnicos, incluidos los medios electrónicos. 5. Podrán adoptarse normas adicionales que regulen la vigilancia de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 33, apartado 2”.

responsabilidad es el litoral de Andalucía, Ceuta y Melilla, incluidas las vallas de las dos ciudades autónomas, se creó por la necesidad de implementar nuevos sistemas de vigilancia más allá del alcance del SIVE, en los espacios marítimos y aéreos españoles, para tratar de luchar con nuevas herramientas contra las mafias, tanto de inmigración como del narcotráfico, que habían cambiado sus *modus operandi*. La respuesta de la Guardia Civil a las estrategias de las mafias fue la implementación de nuevos sistemas de vigilancia, el aumento del alcance de la misma y la creación de unos centros que se encargasen de la coordinación de estos sistemas.

España cuenta con cuatro Centros Regionales de Vigilancia Marítima: el de Canarias, inaugurado en 2006, el de Algeciras en 2011, el de Valencia en 2013, y el de Galicia que se encarga del norte de del país. Todos están coordinados y dependen funcionalmente del centro nacional en Madrid, inaugurado en 2008. Dependiente del general de la Guardia Civil de la zona de Sevilla, el Centro Regional de Vigilancia Marítima del Estrecho integra las señales de los SIVE de sus áreas de responsabilidad: Cádiz, Huelva, Almería, Granada, Ceuta y Melilla. Tiene la capacidad de visionar las imágenes de las estaciones de estos sistemas e incluso de tomar el control de las mismas.

La sala del CRVM en la comandancia de Algeciras, contigua a la del SIVE, posee capacidades de sistemas AIS de localización de buques, así como acceso a través de distintos programas a la localización de la flota, de aeronaves y patrullas de la Guardia Civil.

El Centro se divide en dos áreas fundamentales; por un lado, análisis de riesgo, investigación y elaboración de informes, estadísticas y protocolos de operaciones y, por otro lado, el área plenamente operativa, que coordina los distintos medios, aeronaves y buques oceánicos de la Guardia Civil, desplegados más allá del mar territorial (12 millas náuticas). De este modo y ciñéndose a los protocolos de colaboración que Guardia Civil tiene con diferentes organismos, desde el CRVM se organiza el ámbito regional, mientras que lo local pertenece a los SIVE de cada comandancia y el Centro de Coordinación de vigilancia marítima de costas y fronteras (CCVM), con sede en Madrid, es el encargado de la gestión a

nivel nacional e internacional.

El CRVM cuenta con conexión a una red de datos y evaluación de riesgos en las fronteras europeas, lo que permite conocer cuál es la situación de cada una de ellas. A través de esta red, los centros nacionales de los diferentes países de Europa pueden intercambiar información entre sí. Desde la comandancia de Algeciras también se realiza la coordinación, en operaciones internacionales, como la Indalo, de los medios de otros países desplegados en territorio nacional en apoyo de las fuerzas españolas, bajo la supervisión de la Agencia Europea de Fronteras (FRONTEX).

Las nuevas tecnologías son la base del CRVM. Desde vigilancia por satélite, pasando por vehículos aéreos no tripulados (UAVs), con los que la Guardia Civil realiza pruebas desde hace varios años, al igual que con aeronaves monotripuladas de pequeño tamaño.

Respecto a la colaboración con otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es práctica habitual del Centro Regional de Vigilancia Marítima del Estrecho intercambiar información tanto con el Ejército del Aire, como con la Armada y la Policía Nacional, cuerpos con los que tiene establecidos diversos protocolos de colaboración. Respecto al Ejército del Aire, destaca el trabajo conjunto en la lucha contra el narcotráfico por vía aérea. Esta labor es tanto de intercambio de información como de desarrollo de operaciones, lideradas por Guardia Civil, en las que el Ejército de Aire realiza tareas de vigilancia a través de sus múltiples radares desplegados en territorio nacional, alertando sobre posibles amenazas. A tal punto llega la colaboración entre ambas instituciones, que el CRVM del Estrecho cuenta con oficiales de enlace con el Ejército.

En materia de inmigración vía terrestre, a través de las vallas de Ceuta y Melilla, ambas ciudades autónomas cuentan con un sistema perimetral de doble vallado, incluso triple en algunos puntos, con sensores, cámaras y vigilancia física de patrullas. Sin embargo, la práctica habitual es que se consigue mantener a los inmigrantes en territorio marroquí.

V. Las respuestas en red que colaboran en la lucha contra el tráfico en España

La magnitud y dimensión global e internacional del problema de tráfico de personas requiere respuestas en red, coordinadas y organizadas, que contemplen medidas de sensibilización social, prevención del problema, sanción de las mafias en red, y atención y protección de las víctimas. En España, existen diversas instituciones que colaboran en la lucha contra el tráfico ilegal de personas, desarrollando acciones englobadas en una o varias líneas estratégicas, como ACCERN, AFROMUJER–Andalucía, AFESIP, ANZADEIA, Amnistía Internacional, APDHE –Asociación por los Derechos Humanos de España, Cáritas Española– CEAR –Comisión Española de Ayuda al Refugiado–; CONFER –Cruz Roja Española–, ECPAT, IEPALA –Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África–, Federación de Mujeres Progresistas, Médicos del Mundo, Mujeres en Zonas de Conflicto, Proyecto Esperanza, Red Acoge, Red Cántabra contra el Tráfico de Personas y la Explotación Sexual, *Save the Children*, *Women’s Link Worldwide*, y, dentro de sus respectivos mandatos, la delegación en España del ACNUR –Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados– y OIM –Organización Internacional para las Migraciones–.

En 2015, el país ha aprobado, durante la reunión del Consejo de Ministros, el Plan Integral de Lucha contra la Trata³⁹⁶. El programa tendrá vigencia hasta 2018 y contará inicialmente con 104 millones de euros. El presupuesto se podrá ampliar con los fondos que generen los bienes decomisados a los traficantes; una cantidad que alcanzó los 23 millones entre 2013 y 2014. El programa releva al que venció en 2012 y se ha ido prorrogando desde entonces. El Texto recoge 143 medidas que deben articularse desde todos los ámbitos de la

³⁹⁶ El Plan ha recogido aportaciones de una amplia variedad de organismos e informes nacionales e internacionales, y en su redacción; además, han participado las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, la Fiscalía o el Foro Social contra la Trata, que congrega a organizaciones especializadas en la atención a las víctimas de trata y que, en consecuencia, conocen el terreno minuciosamente. Véase <http://www.lamoncloa.gob.es/>.

administración. El plan se divide en cinco ejes: 1) detección y prevención de la trata; 2) la identificación, protección y asistencia a las víctimas; 3) mejora del conocimiento y de respuesta eficaz; 4) la persecución más activa a los tratantes; y 5) la coordinación y cooperación entre las instituciones y sociedad civil³⁹⁷.

El Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Explotación Sexual (2015-2018), que sucede al que abarcó el periodo 2009-2012, pretende dar una respuesta en todos los ámbitos y desde muy variadas perspectivas a un fenómeno que atenta contra los derechos humanos, en especial los de las mujeres, y que es una fuente de negocio a quienes organizan, en muchas ocasiones, auténticas redes criminales. EUROSTAT concreta que el 80 por 100 del total de las víctimas europeas de trata de seres humanos son mujeres, si bien en el caso de la trata con fines de explotación sexual el porcentaje supera el 90 por 100.

El Plan está estructurado, fundamentalmente, en la defensa de los derechos humanos y, por ello, fija su atención casi exclusivamente en la protección y reparación de la víctima, lo que conduce no sólo a plantear propuestas para evitar situaciones de trata (prevención), sino también a reforzar y mejorar los mecanismos de asistencia a la mujer, sobre todo en una perspectiva psicosocial. También no se ha obviado la intensificación de la lucha contra el delito, contra las redes criminales que operan detrás de las situaciones de trata, ni la apuesta por una mayor coordinación institucional.

El Plan que se asienta en cinco ejes esenciales (prevención, formación, identificación de las víctimas, persecución del delito y cooperación y coordinación), y se compone de 143 medidas, tiene una dotación económica, sumados los cuatro años de aplicación del citado Plan, que supera los 104 millones de euros. Los ejes que estructuran el Plan y algunas medidas destacadas son las siguientes.

³⁹⁷ En ese sentido, ver Francisco Javier DE LEÓN VILLALBA, *El Anteproyecto de modificación del Código penal de 2008*. 1ª edic., Bilbao: Deusto Publicaciones, 2009.

A. Detección y prevención

Las campañas de sensibilización, como demuestra la lucha contra la violencia de género, son efectivas para transmitir a la sociedad la intolerancia hacia situaciones de trata de seres humanos. El Plan objetiva reforzar este campo, en particular a través de mensajes que puedan calar en la población más joven, con el fin de desincentivar la demanda en dichas franjas de edad. En esta línea, se quiere intensificar la cooperación con las delegaciones diplomáticas en España de aquellos países de los que procede la mayoría de las víctimas, con el fin de articular iniciativas de concienciación y sensibilización.

B. Identificación, protección y asistencia a víctimas

Las mujeres de grupos considerados más vulnerables (con discapacidad o con hijos, entre otros) tendrán una perspectiva de recibir asistencia y atención más pormenorizada. En este sentido, tal y como recoge la nueva Ley de Infancia, se propone fomentar la contratación mediante bonificaciones a la seguridad social de las empresas. Además, uno de los objetivos más relevantes de este apartado del Plan consiste en la mejora del procedimiento de identificación formal, para lo que promoverá la redacción de un modelo único de acta de información.

C. Mejora del conocimiento y de respuesta eficaz

Una de las conclusiones del Plan anterior, al igual que diferentes recomendaciones de organismos internacionales, tiene que ver con la necesaria apuesta por recopilar datos más fiables. El Estado se propone, por tanto, hacer más estudios y análisis, y hacerlos especializados en algunos casos. Así, el Plan señala la necesidad de analizar los perfiles de las víctimas y de las redes criminales para conocer mejor la incidencia de la trata en nuestro país y en los del entorno.

D. Persecución del delito

En el Plan las novedades inciden en la importancia de investigar y actuar contra el patrimonio de los tratantes. Una de las principales propuestas del Plan consiste en trasladar a las víctimas las cuantías económicas derivadas del comiso de los productos y bienes de los tratantes. Se trata de potenciar la financiación de los proyectos de asociaciones destinados a la recuperación, asistencia y protección de las víctimas.

E. Cooperación y coordinación

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad pretende estrechar la cooperación y coordinación entre administraciones autonómicas en el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad, así como en la Federación Española de Municipios y Provincias y en el Foro Social contra la Trata.

VI. La evolución de la legislación española

En el año 2000, se introdujeron los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. A partir de ese momento, se contó con tres modalidades de tráfico de personas punibles: 1) el tráfico con fines de explotación sexual (art. 188.2 del CP); 2) el tráfico con fines de explotación laboral (art. 313.1 del CP); y 3) el contrabando de personas, sobre el que se podía aplicar diversas circunstancias de agravación (art. 318 bis del CP). A estas modalidades de tráfico había que añadir también una regulación singular del mismo, consistente en considerar como delito de asociación ilícita a la que promueva dicho tráfico (arts. 515 y ss. del CP).

Con ello parece que se mantenía una visión parcial y fragmentaria del fenómeno objeto de estudio, desintegrándolo en algunos de sus elementos esenciales para regularlos de forma diseminada. Atendía básicamente a la modalidad de conducta y a la finalidad perseguida con la misma, adelantando la barrera de protección de bienes jurídicos

preexistentes y ya protegidos en el Código Penal (por ejemplo, libertad sexual, derechos laborales, etc.) a través de otros delitos.

Pero, el proceso español de delimitación del bien jurídico a proteger por la norma que ha pretendido regular el tráfico ilegal de personas pasó a sufrir de una política cambiante y no siempre clara en sus contornos preventivos, todo ello desde la perspectiva de un análisis jurídico sancionador.

Esta opción inicial del legislador español se ha cambiado parcialmente con la reforma operada por la Ley Orgánica n. 11/2003, de 29 de septiembre, cuando junto al tráfico ilegal se ha incluido la explotación a la inmigración clandestina de personas como conducta básica del art. 318 bis. De igual modo, resultó significativa a estos efectos sistemático-legislativos la derogación del tráfico o trata con fines de explotación sexual del art. 188.2 CP, que pasó a considerarse como un nuevo tipo agravado del art. 318 bis, n. 2, del CP. Por tanto, la trata sexual dejó de ser un delito contra la libertad sexual para ubicarse en el ámbito de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

A través de esta misma Ley de reforma se ha reforzado y ampliado la intervención penal en esta materia, mediante la modificación del tipo agravado de pertenencia a una organización criminal previsto en el art. 318 bis, n. 5, del Código penal. A lo que debe añadirse la supresión del delito de asociaciones ilícitas que promuevan dicho tráfico previsto en los arts. 515 y ss., que ha sido realizada por la Ley orgánica n. 15/2003. Con ello, el único medio de lucha contra la delincuencia organizada en este ámbito viene a ser las circunstancias de agravación de la pena y las sanciones penales accesorias introducidas en el art. 318 bis, n. 5, del Código penal.

Tras la reforma del Código penal, llevada a cabo a través de la Ley orgánica n. 11/2003, el art. 318 bis, n. 1, del CP, pasó a castigar al 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”. De este modo, los conceptos de "tráfico ilegal" y de "inmigración clandestina" aparecen por primera vez de forma conjunta en la descripción

objetiva del tipo básico de estos delitos, es decir, han pasado a ser considerados como los elementos esenciales del tipo.

En efecto, ellos pasaron a configurar el núcleo o esencia de las conductas típicas constituyendo el propio fundamento de la materia de prohibición penal³⁹⁸. A este respecto, la Sentencia n. 302/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 3 de abril, las distingue estableciendo lo siguiente: “Sin embargo, tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máximas anudados con la copulativa “o”. Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) “tránsito” de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa”. En dicha sentencia se puede apreciar la dualidad de significados que alberga el término tráfico de personas, lo que conlleva a que se pueda confundir el tráfico de personas con la trata³⁹⁹.

Pero, fue la Ley Orgánica n. 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, que dio nueva redacción al apartado primero del art. 318 bis del Código Penal, para que la descripción del

³⁹⁸ La concreción y delimitación de estos elementos típicos van a condicionar la interpretación de los restantes elementos del delito, así como del resto de la regulación penal de esta materia. Incluso, también condicionará la determinación de los bienes jurídicos protegidos en estos delitos, junto a su ubicación sistemática.

³⁹⁹ Según la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado “Sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España”, “los tipos del artículo 318 bis del Código Penal abarcan dos modalidades de conductas de muy distintas gravedad: el denominado “tráfico ilícito de emigrantes”, consistente en la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país y la “trata de personas” o tráfico dirigido a la explotación del emigrante utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien que recae sobre menores de 18 años, aun sin utilizar los medios anteriores”.

tipo penal abarcarse también el supuesto de tráfico ilegal o la inmigración clandestina cuyo destino fuera cualquier otro país de la Unión Europea.

Sin embargo, esta regulación penal no resultaba acorde con los compromisos derivados del Derecho Internacional vinculante para España, fundamentalmente el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que contempla la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000, también conocido como Protocolo de Palermo; la 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; y, especialmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España el 2 de abril de 2009), ya que no diferenciaba la trata de seres humanos y la inmigración clandestina, mientras que lo hacía la normativa internacional⁴⁰⁰.

Existía en el Código Penal un tratamiento unitario, o si se prefiere, una falta de delimitación conceptual y punitiva de estos dos fenómenos delictivos. La falta de diferenciación, más allá de una deficiencia técnica, constituía un auténtico problema para la

⁴⁰⁰ Desde el año 2009 se han producido importantes cambios legislativos relativos a la lucha contra el tráfico ilegal de personas en España, tales como la adopción del Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual; la introducción del artículo 59 bis en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, que regula, entre otros derechos, el periodo de restablecimiento y reflexión para las víctimas; la tipificación del delito de trata de forma autónoma e independiente de otros delitos en el Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 5/2010; y la firma del Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos por representantes de varios Ministerios. Sin embargo, es significativa la demora con la que las autoridades españolas han incorporado al ordenamiento jurídico algunas previsiones. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo, principal instrumento internacional en la lucha contra la trata que data del año 2000, entró en vigor en España en 2003 y las medidas contenidas en el mismo no produjeron ninguna modificación legislativa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó a España en 2009 por incumplir sus obligaciones respecto de la trasposición e incorporación al derecho interno de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, relativa a la expedición de un permiso de residencia a víctimas de la trata que cooperen con las autoridades competentes. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia en mayo de 2005, entró en vigor en España en agosto de 2009. Ha transcurrido algo más de dos años desde la entrada en vigor de la última modificación del Código Penal, que introdujo el artículo 177 bis, dedicado a tipificar el delito de trata de seres humanos como el cometido por aquella o aquellas personas 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: la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad; la explotación sexual, incluida la pornografía y, la extracción de sus órganos corporales”.

protección de las víctimas de trata y la persecución eficaz de este delito, pues los elementos definitorios y el enfoque político-criminal de uno y otro fenómeno distan de ser homogéneos.

La separación de la regulación de estas dos realidades resultaba imprescindible, tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos, y se ha operado con la entrada en vigor de la Ley Orgánica n. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal. El Preámbulo de la Ley Orgánica n. 5/2010 constata que: “El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contemplaba el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado en vista de las grandes diferencias existentes entre ambos fenómenos delictivos”.

La nueva reforma del Código penal operada por referida Ley, ha procedido a la desvinculación de estas dos realidades criminológicas. Para ello, se ha introducido un nuevo Título VII bis denominado “De la Trata de seres humanos”, incluyendo un único y novedoso artículo, el 177 bis que ha tipificado el delito de trata de seres humanos. Además, se ha modificado el art. 313 y suprimido el apartado 2 del art. 318 bis. Esta reforma ha buscado responder a los compromisos internacionales de España en la materia, y a una realidad contemporánea de indudable gravedad colmando indeseables lagunas que existían en el artículo 318 bis, como por ejemplo la vinculación de la trata al tráfico de personas, de tal manera que para sancionar la trata de personas tendría que acreditarse que previamente se vulneraron las normas migratorias que regulan el acceso de extranjeros al país, o que quedarían fuera del círculo de víctimas sujeto de trata los españoles y, los extranjeros que cuentan con una autorización para residir en el país⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Dos sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona, de 26 de diciembre de 2012 y 26 de noviembre de 2012, respectivamente, son las primeras en España que aplican el nuevo delito de trata de seres humanos del Código Penal. Pese a que aún no se trata de sentencias firmes puesto que contra las mismas cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, su importancia es reseñable dado que encuentran culpables a los imputados y crean una antes inexistente jurisprudencia relativa a la trata. Recientemente se les ha unido, con fecha 6 de febrero de 2013, una nueva sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. En la primera de ellas se condena a un grupo organizado que se encargó de la captación de dos mujeres en Paraguay y de su traslado bajo engaño a Madrid, donde las forzaron a ejercer la prostitución. La segunda sentencia condena a los tratantes de una joven búlgara a la que, aprovechando su situación de necesidad y la de su familia, convencieron para que viajase a Barcelona a trabajar en la

Por tanto, pasaron a constituir dos delitos diferentes, el tráfico ilegal regulado en el art. 318 bis del Código Penal y la trata de seres humanos tipificada en el art. 177 bis del Código Penal. Sus caracteres diferenciadores son los siguientes. El objetivo de la trata es la explotación de la víctima, en cambio en el tráfico su objetivo está en la entrada ilegal de inmigrantes en un determinado país. En el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras de varios países para que se configure el hecho delictivo, ya que son posibles casos de trata dentro de un mismo país (trata interna), en el cual pueden llevarse a cabo todas las acciones típicas que configuran el delito. En cambio, el tráfico tiene un carácter transnacional, pues el cruce de fronteras se constituye en elemento necesario, implicando la promoción o facilitación del desplazamiento irregular de una persona a un país distinto al suyo. En el tráfico, predomina la defensa del interés del Estado en el control de los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras. En cambio, la trata, aunque puede estar relacionada con los procesos migratorios, no es una conducta destinada a vulnerar las normas migratorias de los Estados, sino que persigue la explotación de un tercero, con independencia de su nacionalidad o su residencia.

Con este precepto, el legislador buscó separar la regulación de la trata de seres humanos respecto de la inmigración clandestina, cuya regulación conjunta, afirma en la

hostelería, cuando el verdadero propósito era obligarla a ejercer la prostitución en la vía pública. La última, condenaba a una pareja rumana por tratar a una menor de edad, también de Rumania, en Barcelona. A las tres mujeres se les había quitado la documentación y se las sometía a constantes vejaciones, coacciones y abusos sexuales para que siguiesen ejerciendo y entregando el dinero que ganaban íntegramente a sus tratantes. La sentencia que más se extiende analizando el fenómeno de la trata es la de la Audiencia de Barcelona de 26 de diciembre de 2013. En el cuerpo de la sentencia se parte de la definición del Protocolo de Palermo para entender este delito como una violación flagrante de los derechos humanos y una forma moderna de esclavitud. A continuación los jueces y las juezas examinan los elementos del artículo 177 bis. Así, establecen que el bien jurídico protegido de este delito es la dignidad y la libertad de las víctimas y que se trata de un delito de medios determinados. Es decir, que para que se produzca el delito se requiere que éste se produzca mediante violencia (fuerza física aplicada a la persona para inutilizar su capacidad de decisión y libertad de movimiento), intimidación (anunciar un mal inmediato, grave y real que impide que la víctima pueda actuar diferente a cómo impone el tratante), engaño (crear una idea equivocada mediante una manipulación de la realidad) u otras situaciones de superioridad del tratante respecto de la víctima. Cabe destacar también que esta sentencia pone de relieve uno de los problemas que las organizaciones especializadas en la trata de seres humanos hemos venido denunciando: la necesidad de modernizar y actualizar o, a poder ser, rehacer- la desfasada Ley de Protección de Testigos y Peritos en las causas criminales para garantizar la seguridad de quienes colaboran en el desmantelamiento de las redes de trata de seres humanos.

Exposición de Motivos de la citada Ley, resultaba inadecuada. No obstante, dicha reforma, aunque haya incorporado algunos elementos positivos para esclarecer la tutela de los “no nacionales”, mantendrá otros que propician la confusión entre la protección del orden socio-económico del Estado y la protección de los bienes jurídicos individuales de los “no nacionales”.

Por fin, con la Ley Orgánica n. 1/2015, de 30 de marzo, se ha pretendido, según su propia Exposición de Motivos, “una completa trasposición de la normativa europea”, especialmente la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y 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.

La modificación más importante se ha producido en los apartados uno y cuatro del art. 177 bis de CP. En lo que al ámbito sustantivo se refiere, la reforma se ha reducido, básicamente, a la incorporación al tipo de las conductas de entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a la víctima, así como la incorporación de dos finalidades nuevas de explotación de la persona: la comisión de actos delictivos para los explotadores y la celebración de matrimonios forzados. Destaca también la delimitación del concepto de “vulnerabilidad” que se vincula con la víctima identificándola con aquellos casos en los que la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Al margen de esta ampliación del tipo de la trata de personas, otra modificación importante es en relación al art. 318 bis del CP sobre el cual se produce una revisión profunda, con el objeto de adecuarlo a los criterios de las normativas europeas. Lo que se ha pretendido es que queden definidas las conductas constitutivas de la explotación a la inmigración ilegal diferenciándolas claramente de la trata de seres humanos y se ha dispuesto unas penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, excluyéndose la sanción penal en los casos de actuaciones humanitarias.

Se ha tratado de una revisión profunda del precepto porque se ha eliminado la referencia a los términos “tráfico ilegal” e “inmigración clandestina”, describiendo simplemente las conductas punibles. No obstante, se mantiene la sanción penal a aquellos sujetos que ayudan a otros a entrar o transitar por el territorio español vulnerando las normas vigentes al respecto, aunque se disminuye sensiblemente la pena, pasando de una pena que oscila entre los cuatro a ocho años de prisión, a que la sanción sea una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año; y además, se excluye del tipo la conducta realizada con un propósito humanitario, si bien no se establece qué se entiende por tal.

Pero el legislador, especialmente en los casos de grupos organizados, ha incorporado con la Ley Orgánica n. 1/2015 un nuevo precepto mediante el que: “Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de 12 a 30 meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien: *a)* de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o *b)* emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo” (art. 311 bis del CP). En él se tipifica la simple contratación de personas sin permiso de trabajo, con independencia de las condiciones en las que ésta se produzca. De facto se dirige precisamente a sancionar a aquel sujeto que emplea a personas sin permiso de trabajo en condiciones que respeten los derechos que, como trabajadores, tienen reconocidos, lo que se puede llegar a sancionar con una pena de prisión de hasta dieciocho meses. En ningún caso supone la protección de bienes jurídicos individuales ya que, de vulnerarse los derechos de los trabajadores, se aplicaría el art. 311 bis del Código Penal.

VII. Cuadro comparativo (LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal)

ARTÍCULOS MODIFICADOS	TEXTO ANTERIOR	LO 1/2015 ENTRADA EN VIGOR 01/07/2015
<p>Trata de personas Art. 93 (Se modifica el art. 177)</p>	<p>Art. 177. Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley.</p> <p>1. 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 capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:</p> <p>a. La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.</p> <p>b. La explotación sexual, incluida la pornografía.</p> <p>c. La extracción de sus órganos corporales.</p> <p>2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones</p>	<p>Art. 177. Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley.</p> <p>1. 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, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:</p> <p>a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, de la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.</p> <p>b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.</p> <p>c) La explotación para realizar actividades delictivas.</p>

<p>Trata de personas Art. 94 (Se modifican los apartados 1 y 4 del art. 177 bis)</p>	<p>indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.</p> <p>3. 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.</p> <p>4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:</p> <p>a. Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;</p> <p>b. la víctima sea menor de edad;</p> <p>c. la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.</p> <p>Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.</p> <p>5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e 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.</p> <p>Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.</p> <p>6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para 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.</p> <p>Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior.</p> <p>Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones,</p>	<p>d) La extracción de sus órganos corporales.</p> <p>e) La celebración de matrimonios forzados.</p> <p>Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.</p> <p>2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, 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.</p> <p>3. 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.</p> <p>4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:</p> <p>a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito.</p> <p>b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad;</p> <p>Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior</p> <p>5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e 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.</p> <p>Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.</p> <p>6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o</p>
---	--	---

	<p>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.</p> <p>7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona 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.</p> <p>8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.</p> <p>9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.</p> <p>10. 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.</p> <p>11. 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</p>	<p>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. 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 el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.</p> <p>Cuando se trate 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. 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.</p> <p>7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona 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.</p> <p>8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.</p> <p>9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.</p> <p>10. Las condenas de jueces o tribunales</p>
--	---	--

	<p>proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.</p>	<p>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.</p> <p>11. 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.</p>
<p>Delitos contra los derechos de los trabajadores Art. 178 (Se añade un nuevo art. 311 bis)</p>		<p>Art. 311 bis. Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien:</p> <p>a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o</p> <p>b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo.</p>

<p>Tráfico ilícito de personas</p> <p>Art. 170</p> <p>(Se modifica el art. 318 bis)</p>	<p>Art. 318 bis.</p> <p>1. 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 a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.</p> <p>2. 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.</p> <p>3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.</p> <p>4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate 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. 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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.</p>	<p>Art. 318 bis.</p> <p>1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.</p> <p>2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.</p> <p>3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate 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.</p> <p>b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.</p> <p>4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición</p>
--	---	--

	<p>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.</p> <p>5. 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.</p>	<p>de autoridad, agente de ésta o funcionario público.</p> <p>5. 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.</p> <p>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.</p> <p>6. 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.</p>
--	--	--

VIII. Examen del art. 318 bis del Código Penal español

Para el análisis y evaluación jurídica del fenómeno de tráfico ilegal de personas serán utilizados dos fundamentales instrumentos técnicos que permiten su estudio y explicación: la identificación de la normativa aplicable y la jurisprudencia de los tribunales respecto a la materia, tal y como se ha hecho en el análisis y evaluación del fenómeno en contexto de Derecho comparado, a diferencia de que en el caso español se viene buscando además demostrar la evolución de las leyes que se ha operado hasta los días de hoy.

El Título XV bis (*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*), en su art. 318 bis del CP, conforme ya mencionado, disciplina el tráfico de personas, en los siguientes términos:

Art. 318 bis: “1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior. 2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. 3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: *a)* Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate 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; *b)* Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves. 4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. 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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. 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. 6. 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”.

A. Acción típica

El tráfico ilegal de personas verdaderamente constituye objeto de una preocupación global, pues afecta a un gran número de países que son puntos de origen, tránsito o destino. Los delincuentes lucran con el tráfico ilícito de migrantes a través de fronteras y entre continentes. Es tarea compleja evaluar la dimensión real de este delito, debido a su naturaleza clandestina y a la dificultad para determinar cuándo la migración irregular es facilitada por contrabandistas. Sin embargo, el gran número de migrantes dispuestos a correr riesgos en busca de una vida mejor, cuando no pueden emigrar por vías legales, brinda una provechosa oportunidad a los delincuentes para explotar su vulnerabilidad.

Los migrantes objeto de tráfico ilícito son vulnerables a la explotación y el abuso, y sus vidas y seguridad muchas veces corren peligro: se pueden asfixiar en el interior de los contenedores, perecer en el desierto o ahogarse en el mar mientras son conducidos por contrabandistas que lucran con un tráfico en el que los migrantes se convierten en mercancías. Por tratarse de un delito clandestino, las cifras de valor en el plano mundial son difíciles de determinar con precisión.

El delito de tráfico ilegal de personas está previsto en el art. 318 bis del CP, y consiste en la conducta de aquel “que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros” (art. 318 bis, n. 1, del CP). También comete tráfico de personas el sujeto “que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación

sobre estancia de extranjeros” (art. 318 bis, n. 2, del CP).

Según el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el tráfico ilícito de migrantes es la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material (art. 3º).

En el caso de tráfico ilícito de migrantes, que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico. Las víctimas de la trata, por el contrario, no consienten o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento pierde todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes. En razón de esa fundamental diferencia, no están tuteladas por la norma mencionada, que se aplica exclusivamente a los supuestos de contrabando de personas.

Debe diferenciarse también lo que es la mera entrada ilegal definida por el mencionado Protocolo como “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”, en cuanto infracción administrativa, y el tráfico ilícito de migrantes, esto es, la facilitación de la entrada o de la residencia ilegal de los migrantes por persona ajena o por grupo delictivo organizado, considerado un delito de especial gravedad.

A su vez, ha de señalarse que el tráfico ilícito de migrantes, no sólo comprende la facilitación de la entrada ilegal con un fin económico, sino los medios para lograr ese cometido (falsificación o falsedad ideológica de documentos y visas) y la facilitación o el suministro de dicha documentación espuria. También abarca la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el estado interesado, sin haber cumplido con los requisitos para permanecer de manera legal en ese Estado.

B. Sujetos activo y pasivo

Pueden ser sujeto activo del delito de tráfico ilegal de personas tanto las personas físicas como las jurídicas. Respecto a las personas jurídicas, el autor o autores han de ser también los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, si bien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del *extraneus* a título de inductor, cooperador necesario o cómplice.

Conforme a lo dispuesto por el art. 31 bis del CP, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas. Estas personas físicas deben presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la misma, o personas sometidas a la autoridad de los anteriores; y actuar, además, bien en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho; bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, y por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Los delitos producidos en el ámbito organizativo, empresarial no suelen responder, por regla general, a comportamientos criminales aislados de una sola persona, más bien, son normalmente el resultado de la conjunción de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones.

Junto a ello el Derecho penal se encuentra frente a la realidad con mayores dificultades inmanentes al sistema ya que, a menudo, deberá responder a la cuestión de quien, como sujeto individual, debe ser, en el ámbito de una empresa, el responsable de las infracciones externas de determinados deberes y tal cuestión de la imputación individual de hechos realizados en el ámbito de una sociedad hace que el recurso a la tradicional Parte general del Derecho penal plantee problemas y soluciones no del todo satisfactorias, hasta el

punto de que se defiende la llamada “autoría social-funcional”.

Pues, en la medida en que se trata de sucesos en el ámbito y seno de una empresa u organización debe considerarse autor a aquél que realmente domina la organización -sea empresarial o de otro tipo- en la que se produce un resultado penalmente responsable. Así, deberían considerarse responsables, en primera línea a los directivos de la empresa afectada y a los subordinados solo en casos excepcionales.

En efecto, la valoración penal debe realizarse siguiendo dos pasos: en primer lugar, las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes (acciones u omisiones); en segundo lugar, éstos se imputan penalmente a los directivos de la empresa u organización como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad. Así se vislumbra en la nueva orientación del Derecho penal alemán y existen iguales referencias en el Derecho penal del medio ambiente belga, donde se recoge el “concepto social de autor”, según el cual el dominio del hecho se sustituye por la responsabilidad social.

No obstante, el apartado n. 5 del art. 318 bis del CP prevé literalmente la práctica del delito de tráfico por personas jurídicas, en los siguientes términos: “5. 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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. 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”.

La distinción expresa entre representantes legales y administradores, de un lado, y personas sometidas a su autoridad, del otro, lleva a restringir el marco de aplicación de la primera categoría a los verdaderos administradores (de derecho o de hecho), representantes orgánicos y obligatorios, y a los representantes “no orgánicos y voluntarios”. Así, son administradores aquellas personas en cuyas manos se encuentra el “control del funcionamiento” de la entidad y que cuentan con capacidad real de tomar decisiones

socialmente relevantes sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa, actuando bajo la sujeción directa de los órganos de gobierno de la entidad.

La actuación de estas personas debe reunir ciertas características para permitir la atribución a la persona jurídica del delito cometido: han de intervenir en nombre de la persona jurídica y, en todo caso, por su cuenta y en su provecho. La exigencia de haber actuado en nombre y por cuenta de la persona jurídica obliga a entender que las personas físicas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco formal, material y funcional del contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca, pudiendo las “extralimitaciones” puntuales llevar, en el plano penal, a excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta⁴⁰².

⁴⁰² La jurisprudencia penal ha señalado que el artículo 31 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, dispone: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente (...).” Y ha estimado que de la lectura del precepto indicado resulta evidente que la declaración de responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que la componen. En todo caso, el artículo 31 Bis del Código Penal, lejos de excluir la responsabilidad de las personas individuales, recoge la responsabilidad criminal de las personas jurídicas incluso en el caso de que las personas naturales que fuesen responsables estuviesen exentos o no pudiesen identificarse individualmente. En otras palabras, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye el de las personas naturales ni a la inversa. Esto es, la lectura del tenor literal del precepto, lleva a concluir que no se trata de dos géneros de responsabilidades criminales excluyentes, sino distintas en su forma de nacimiento, en sus presupuestos y en su propia existencia. Como se ha indicado, el texto legal admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas incluso en el supuesto de que la persona física responsable no haya podido ser individualizada o en el caso de que esté exenta de responsabilidad por cualquier causa concurrente. Esta idea encuentra aún más respaldo en el párrafo segundo del artículo 31 bis 1º, en que se acepta la responsabilidad criminal de la persona jurídica por falta de diligencia in vigilando de las personas físicas que ejercen funciones de dirección o representación en su interior respecto a la persona física que comete uno de los ilícitos que pueden dar lugar a responsabilidad de las personas jurídicas. En definitiva, la consagración

Respecto del sujeto pasivo, la norma penal exige esencialmente que la persona traficada “no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea” (art. 318, n. 1, del CP). En otras palabras, el sujeto pasivo no puede ser un ciudadano de la Unión Europea. Consagrada por los Tratados (art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y art. 9º del Tratado de la Unión Europea), la ciudadanía europea constituye la base de la formación de la identidad europea.

Esta ciudadanía se diferencia de la ciudadanía de los Estados miembros, a la que complementa, fundamentalmente en que los derechos que confiere a los ciudadanos que vienen acompañados de obligaciones. Inspirada en la libre circulación de personas prevista en el marco de los Tratados, ya en los años sesenta surgió la idea de crear una ciudadanía europea asociada a derechos y deberes precisos. Tras la labor preparatoria realizada desde mediados de los años setenta, el Tratado adoptado en Maastricht en 1992, estableció como uno de los objetivos de la Comunidad “reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía europea”.

novedosa en la legislación española de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no equivale a una causa de exclusión o de desplazamiento de la responsabilidad criminal en que haya podido incurrir la persona física autora del ilícito penal, como pretende la parte recurrente. Por otra parte, lo contrario equivaldría a una inaceptable cláusula genérica de exculpación hacia las personas que componen las personas jurídicas” (Cfr. ATS 13271/2011). “En efecto, la doctrina de esta Sala en orden a la aplicación del art. 31 CP, se contiene entre otras en SSTs. 607/2010 de 30.6, 598/2012 de 5.7, 714/2014 de 12.11, recuerda como los delitos producidos en el ámbito organizativo, empresarial no suelen responder, por regla general a comportamientos criminales aislados de una sola persona, más bien, son normalmente el resultado de la conjunción de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones, y junto a ello el Derecho penal se encuentra frente a la realidad con mayores dificultades inmanentes al sistema ya que, a menudo, deberá responder a la cuestión de quien, como sujeto individual, debe ser, en el ámbito de una empresa, el responsable de las infracciones externas de determinados deberes y tal cuestión de la imputación individual de hechos realizados en el ámbito de una sociedad hace que el recurso a la tradicional Parte general del Derecho penal plantee problemas y soluciones no del todo satisfactorias, hasta el punto de que se defienda la llamada autoría social-funcional, pues en la medida en que se trata de sucesos en el ámbito y seno de una empresa u organización debe considerarse autor a aquél que realmente domina la organización -sea empresarial o de otro tipo- en la que se produce un resultado penalmente responsable. Así, deberían considerarse responsables, en primera línea a los directivos de la empresa afectada y a los subordinados solo en casos excepcionales. La valoración penal debe realizarse siguiendo dos pasos: en primer lugar, las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes (acciones u omisiones); en segundo lugar, éstos se imputan penalmente a los directivos de la empresa u organización como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad. Así se vislumbra en la nueva orientación del Derecho penal alemán y existen iguales referencias en el Derecho Penal del medio ambiente belga, donde se recoge el concepto social de autor según el cual el dominio del hecho se sustituye por la responsabilidad social (Cfr. STS 2555/2015).

Tomando como ejemplo el concepto de ciudadanía nacional, la ciudadanía de la Unión Europea se caracteriza por un vínculo entre el ciudadano y la Unión definido por derechos, obligaciones y la participación de los ciudadanos en la vida política⁴⁰³. De esta forma se consigue disminuir la discrepancia que se deriva de los hechos de que los ciudadanos de la Unión se ven cada vez más afectados por medidas europeas, por un lado, y de que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, y la participación en los procesos democráticos, por otro lado, se concentrarían en el plano nacional. Se trata de lograr que los ciudadanos se identifiquen más con la Unión Europea y que se desarrollen una opinión pública, una conciencia política y una identidad europeas⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Cualquier sistema político supone la necesidad de establecer criterios de pertenencia a dicho sistema, y en el ámbito de la Unión Europea, no puede ser distinto. En un primer momento, la pertenencia a un Estado miembro era el único lazo de vinculación que tenían los ciudadanos con las primeras Comunidades Europeas, aunque pronto comenzaron a establecerse debates sobre el reforzamiento de esta idea de ciudadanía, de forma tal, que no resultara intervenida por los Estados miembros. Por ello, la necesidad de potenciar la legitimidad democrática mediante la implantación de relaciones políticas entre los individuos es lo que motivó la creación de un estatuto de ciudadanía de la Unión. El artículo 20 TFUE -Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- dispone que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de algún Estado miembro”, al tiempo que establece que la determinación de ésta constituye reserva de soberanía de los Estados, con la remisión a las respectivas legislaciones nacionales para determinar qué persona podrá ser considerada nacional del mismo y, por ende, ciudadano de la Unión. Actualmente, el ser ciudadano de la Unión Europea, implica el ejercicio de una serie de derechos, los cuales son: *a)* Derecho a la libre circulación y residencia - Este derecho implica que cualquier ciudadano de la Unión puede moverse libremente por el territorio de la Unión, así como establecer su residencia dónde considere oportuno; *b)* Derechos electorales de los ciudadanos - La participación de los ciudadanos en la construcción de la Unión va a constituir uno de los objetivos más esenciales del Tratado de la Unión Europea. Es decir, por una parte, existe el derecho de sufragio activo y pasivo que se otorga al ciudadano de la Unión en materia de elecciones locales y, por otra, la posibilidad que también se concede a quienes poseen dicho status de ciudadanía europea para participar en el proceso electoral para conformar el Parlamento Europeo; *c)* Protección de los derechos de los ciudadanos en vía no jurisdiccional - El contenido del estatuto de ciudadanía se completa además con la regulación de la figura del Defensor del Pueblo Europeo y del Derecho de Petición. Puede decirse que, en ambos casos, se trata de vías de protección de los derechos de los ciudadanos frente a la administración comunitaria en vía no jurisdiccional; *d)* Protección diplomática y consular - El contenido del estatuto de ciudadanía europea se cierra con lo dispuesto en los Tratados sobre el derecho de todo ciudadano de la Unión a acogerse a la protección diplomática y consular por parte de un Estado miembro del que no sea nacional, en el caso de que su propio Estado no tenga representación en el territorio del país donde se encuentre, y sólo en el supuesto de que haya mediado un acuerdo internacional entre los miembros de la Unión y los países terceros donde se fuese a otorgar la protección; *e)* Derecho a presentar una limitada iniciativa legislativa popular - El artículo 11 del TUE reconoce a los ciudadanos de la UE una limitada iniciativa legislativa popular al establecer que un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requiere un acto jurídico por parte de la Unión.

⁴⁰⁴ Al respecto, la jurisprudencia ha afirmado lo siguiente: “Conforme al art. 1 del Real Decreto 240/2007, 16 de febrero -que ha derogado el RD 187/2003, 14 de febrero-, es objeto de esta norma regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia,

residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Pues bien, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo (art. 3). Y la entrada en territorio español del ciudadano de la Unión se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular (art. 4) (BOE núm. 51 28 de febrero 2007). En consecuencia, habiendo desaparecido, respecto de los ciudadanos lituanos, las anteriores restricciones administrativas impuestas a la libre entrada y circulación en nuestro territorio, desaparece también, por ausencia de bien jurídico protegido, la posibilidad de aplicar el art. 318 bis 1º del CP, a quienes faciliten la entrada de ciudadanos de aquella nacionalidad. En él se castiga la promoción y el favorecimiento del tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia y tránsito de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales (cfr. SSTS 1465/2005, 22 de noviembre y 1304/2005, 19 de octubre). En definitiva, los ciudadanos lituanos, como efecto directo de su integración en la Unión Europea, gozan de todos los derechos - y deberes - inherentes al concepto de ciudadanía europea, careciendo de sentido su incorporación a los flujos clandestinos de inmigración que sí se ven necesitados de protección penal. En la sentencia de esta Sala 484/2007, 29 de mayo, se aborda la incidencia que este mismo tipo penal ha tenido respecto de los ciudadanos rumanos, también incorporados a la Unión Europea, en virtud de la reforma operada por el Tratado de Adhesión de Rumanía y Bulgaria, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En esa resolución se aplica el criterio fijado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del pasado día 29 de mayo de 2007, que acordó la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina respecto del art. 318 bis del CP, cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea. En ella recordamos que, en supuestos como el presente, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000, 11 de enero), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre "el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable", circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales (Cfr. STS 4840/2007). Así, se estima: "al tratarse de una ciudadana rumana y, por ende, con los derechos propios de la ciudadanía europea desde la incorporación a la Unión de su país de origen a partir del Tratado de Adhesión del mismo, de 25 de abril de 2005, ratificado por España el 29 de diciembre de 2006 y con eficacia plena desde el 1 de enero de 2007, le es de aplicación el derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y concretamente en el español, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7.1 del R.D. 240/2007, de 16 de Febrero, que traspone la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril, reguladora de esta materia. Lo que, por otra parte, la excluye del ámbito de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a quienes en principio resulta de aplicación la expulsión contemplada en el artículo 89 del Código Penal como sustitutiva de la prisión, cuando el condenado no reúna los requisitos necesarios para ser considerada legal su residencia en nuestro país. Tan sólo por razones graves de orden o seguridad públicos, contempladas en el artículo 15.1 del ya referido R.D. 240/2007 y declaradas expresa y concretamente por la Autoridad administrativa competente para ello, los extranjeros comunitarios y asimilados pueden sufrir la expulsión. Lo que evidentemente no se da en el caso presente. Así mismo, la ausencia de inscripción en el Registro de ciudadanos comunitarios residentes en España, a que se refiere el art. 7 del reiterado R.D. 240/2007, tampoco permitiría, contra lo que afirman los Jueces a quibus, su expulsión de nuestro territorio ya que, como la propia Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011 afirma, al hallarnos, conforme a lo ya antes dicho, ante un derecho de residencia originario, la inscripción registral tiene un mero carácter formal, no constitutivo" (Cfr. STS 5137/2012). "La vuelta o regreso de un

C. Elementos del tipo legal

La conducta descrita en el tipo, con una gran amplitud, consiste en cualquier acto que suponga una ayuda al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina, referidos a terceras personas. Es decir, “El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros” (art. 318, n. 1, del CP) o “El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España” (art. 318, n. 2, del CP). El Diccionario de la Real Academia española explica que “ayudar”, núcleo del tipo penal de tráfico de personas, puede significar “prestar cooperación”, “auxiliar, socorrer”, “hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro de algo” o “valerse de la cooperación o ayuda de alguien”.

A su vez, El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, prevé que el tráfico ilícito de migrantes es “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (art. 3º). El Diccionario de la Real Academia española, a respecto del mencionado artículo, explica que facilitar o favorecer consisten en “ayudar o amparar el otro”, “apoyar un intento, empresa u opinión” para conseguir, en el caso de tráfico, que determinadas personas entren, permanezcan o salgan del territorio nacional.

En esta misma línea, el término facilitar, en su acepción aquí más relevante significa

ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia - de nacionalidad extraeuropea -, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta ("de otro Estado miembro") implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada” (Cfr. STS 4259/2010).

“hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin”, “mediar o intervenir para la consecución de algo”; en otras palabras, eliminar problemas, obstáculos o condicionantes negativos para hacer posible el tráfico, y promover consiste en “iniciar o adelantar una cosa procurando su logro” o “tomar la iniciativa para la realización de algo”, esto es, con un cierto sentido de origen, inducir, instigar, provocar u ocasionar que haya un tráfico en un futuro más o menos cercano.

Existe, por tanto, una equiparación de conductas entre aquellos que intervienen, bien tomando la iniciativa (promover), bien ayudando o colaborando de cualquier modo, directa o indirectamente (favorecer o facilitar) en los delitos de tráfico ilegal⁴⁰⁵.

No precisa de la presencia de ánimo de lucro, pues cuando éste concurre es de aplicación el subtipo agravado (art. 318, n. 2, del CP). No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros.

Por otro lado, en relación con el n. 1 del art. 318 bis del Código penal, la ilegalidad del tráfico se produce cuando el traslado o movimiento de personas es realizado en términos tales que lesionen la dignidad de los sujetos sometidos al tráfico, esto es, el tráfico de personas adquiere relevancia penal, únicamente cuando se realice de forma tal que suponga la afectación de los derechos esenciales que toda persona tiene reconocidos, cualquiera que sea su situación en el territorio.

El principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal exigen para la prosecución de estos logros, que entrañen un desvalor grave a los derechos fundamentales de las personas, que las haga acreedoras del merecido reproche penal⁴⁰⁶. Es

⁴⁰⁵ Cfr. PÉREZ FERRER, Fátima, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Madrid: Dykinson S. L., 2006, págs. 63-64.

⁴⁰⁶ Cfr. PÉREZ FERRER, Fátima, *Análisis dogmático ... op. cit.*, pág. 63.

la clandestinidad o la ilegalidad del desplazamiento lo que constituye la base para que las condiciones concretas de cada caso puedan colocar al sujeto pasivo en una situación en la que sus derechos se ven, al menos, ante un alto peligro de ser seriamente disminuidos.

El delito se comete cuando se consigue la introducción dentro de las fronteras del Estado español de ciudadanos extranjeros sin respetar las formalidades administrativas al respecto y esto se consuma tanto si, directamente, se traspasan las fronteras nacionales de forma clandestina como si se hace, indirectamente, mediante el artificio de la ficción de aparentar ser turistas.

La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ La jurisprudencia establecida al respecto ha estimado que “la conducta, descrita en el tipo con una gran amplitud, consiste en cualquier acto que suponga un favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, referidos a terceras personas. No precisa de la presencia de ánimo de lucro, pues cuando éste concurre es de aplicación el subtipo agravado. No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros” (Cfr. STS 4092/2014). “Ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico. Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aún cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina. Es la clandestinidad o la ilegalidad del desplazamiento lo que constituye la base para que las condiciones concretas de cada caso puedan colocar al sujeto pasivo en una situación en la que sus derechos se ven, al menos, ante un alto peligro de ser seriamente disminuidos. Y junto a esos derechos, sin duda es valorable el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, pues el hecho de que penalmente la sanción se justifique sólo al aparecer otro bien jurídico digno de protección, en este caso la integridad de los derechos de los ciudadanos extranjeros, no impide la subsistencia de la preocupación de los Estados que preside toda la normativa en materia de extranjería” (Cfr. STS 4092/2014). “La conducta del art. 318 bis no sólo concurre por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo - como acontece con

D. La relación de causalidad

La norma penal incriminadora ha de ser interpretada conforme a parámetros de proporcionalidad, sobre todo en tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del Código Penal, especialmente cuando el propio legislador, al desgajar las situaciones más graves de trata, atribuye a este tipo, ahora residual, la tutela de un bien jurídico de menor entidad; la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

El tráfico ilegal debe entenderse la facilitación de cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. Por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo, en principio y aparentemente lícito, se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a

frecuencia en los coloquialmente llamados “inmigrantes sin papeles”-, circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo” (Cfr. STS 4092/2014). “No es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de Extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable” (Cfr. STS 4092/2014). “La jurisprudencia de esta Sala, en reiteradas ocasiones, ha puesto de manifiesto que el delito citado se comete cuando se consigue la introducción dentro de las fronteras del Estado español de ciudadanos extranjeros sin respetar las formalidades administrativas al respecto y esto se consuma tanto si, directamente, se traspasan las fronteras nacionales de forma clandestina como si se hace, indirectamente, mediante el artificio de la ficción de aparentar ser turistas. Como ocurre en el presente supuesto, en el que la entrega de dinero a las inmigrantes no es nada más que una maniobra destinada a engañar a las autoridades encargadas del control de entrada. Así, por ejemplo, en la sentencia de esta Sala, 432/2012, de 1 de julio, citando a la STS 380/2007, de 10 de mayo, se afirmaba que: la clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1465/2005, de 22 de noviembre; 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio)” (Cfr. ATS 2240/2013).

través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones etc.).

En todo caso, deberán diferenciarse las siguientes situaciones: la estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal. De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de naturaleza administrativa. De otra parte, quien de forma directa o indirecta, promueve, favorece 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 requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya inmigración se trate haya de responder sólo administrativamente⁴⁰⁸.

La jurisprudencia ha destacado la exigencia de interpretar la norma conforme al principio de proporcionalidad singularmente en tipos tan abiertos como el configurado en el art. 318 bis del CP, tanto en lo que se refiere a la exclusión de comportamientos que pese a encajar formalmente en la descripción típica no comporten ni afectación actual ni peligro de afectación de los bienes jurídicos que la ley quiere tutelar, careciendo, en consecuencia, de antijuridicidad material, como en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la comparación de la gravedad de la pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado. Especialmente cuando el propio legislador, al desgajar las situaciones más graves de trata, atribuye a este tipo, ahora residual, la tutela de un bien jurídico de menor entidad; la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Cfr. PÉREZ FERRER, Fátima, *Análisis dogmático ... op. cit.*, pág. 61.

⁴⁰⁹ Cfr. STS 2607/2014. “La sentencia 152/2008, de 8 de abril, en la que se resume de forma amplia y minuciosa la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la materia, afirma que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. En cuanto a la entrada en territorio español - matiza la STS 152/2008 - la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por

E. Objeto jurídico y consentimiento de la víctima

El concepto de bien jurídico pertenece al conjunto de las categorías más recurrentemente empleadas por la doctrina penal de la Parte Especial. Con el concepto de bien jurídico se refiere la doctrina al objeto de protección, que no debe confundirse con el objeto material del delito. El concepto de bien jurídico cumple una función instrumental, en cuanto permite clasificar los diversos delitos en torno sus respectivos bienes jurídicos. Se habla así de una función sistemática. Cumple también una función interpretativa, en cuanto permite interpretar los diversos preceptos a la luz y desde el prisma del bien jurídico que vienen a tutelar. El bien jurídico cumple más allá una tercera función, la político-criminal, que significa que sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando define conductas como delitos.

La precisión de sentido del bien jurídico tutelado por el art. 318 bis del Código penal plantea numerosas dificultades a quien se enfrenta a su interpretación. De entre todos los interrogantes que suscita, probablemente lo que más llame la atención sea la falta de claridad, y la consiguiente ausencia de consenso, acerca del bien jurídico protegido. Ni siquiera está claro algo tan fundamental como cuáles son los intereses que se pretenden preservar, es decir, por qué se castiga a quien “intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros” (art. 318 bis, n. 1) o quien “intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros” (art. 318 bis, n. 2).

las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones etc.). También será inmigración clandestina, precisa la jurisprudencia, aquella que se realiza, revistiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible”. Cfr. SSTS 1092/2004 y 326/2010.

En la respuesta a tan importante cuestión, pugnan, fundamentalmente, dos posturas, cuyas discrepancias no se limitan ni mucho menos a cuestiones de matiz. Por un lado, la de quienes piensan que el 318 bis protege los derechos de los inmigrantes irregulares. De otro, la postura de quienes la finalidad primordial del art. 318 bis es prevenir y reprimir el cruce ilegal de fronteras, sumándose de esta manera el Derecho penal a otros instrumentos de la actual política de contención de la inmigración irregular, postura esta última que se mantiene con independencia de reconocer que algunas de las agravaciones establecidas en dicho precepto se configuran en torno de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de los inmigrantes.

La norma penal debe ser interpretada conforme a parámetros de proporcionalidad, sobre todo en tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del Código Penal. Tanto en lo que se refiere a la exclusión de comportamientos que pese a encajar formalmente en la descripción típica no comporten ni afectación actual ni peligro de afectación de los bienes jurídicos que la ley quiere tutelar, careciendo, en consecuencia, de antijuridicidad material, como en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la comparación de la gravedad de la pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado. Especialmente cuando el propio legislador, al desgajar las situaciones más graves de trata, atribuye a este tipo, ahora residual, la tutela de un bien jurídico de menor entidad; la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Según la jurisprudencia mayoritaria, el objeto jurídico del tipo penal de contrabando de personas es la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros, cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza una auténtica explotación que permita configurar la trata de personas.

El desarrollo de políticas complejas de control se acompaña de la evidencia de la creciente dificultad de los Estados para intervenir con éxito en los procesos de regulación y vigilancia fronteriza. La inquietud pública hacia la inmigración irregular, ha inspirado un gran número de iniciativas que incluyen el blindaje fronterizo, el aumento del personal en

operaciones de patrullaje y la creación de cuerpos especiales en la administración y la policía dedicados al control.

El empleo de tecnología militar en la vigilancia aduanera y fronteriza ha llevado a algunos autores a hablar de estado de alarma, de excepción migratoria y de militarización de la frontera. De hecho, España viene sufriendo una importante actividad legislativa dirigida, por un lado, a criminalizar conductas que antes quedaban extramuros del Derecho penal y, por otro, a agravar la respuesta, es decir, la pena, que la ley ofrece a determinadas conductas; y la tipificación del tráfico ilegal de personas es un ejemplo más de esa actividad.

Por otro lado, el concepto de bien jurídico es de todo punto indispensable para la noción del delito, en tanto en cuanto sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico el juicio de tipicidad es imposible, lo que permite, las más de las veces distinguir y catalogar con acierto distintas tipologías supuestamente afines. No hay que olvidar que, cuando confluyan en línea fronteriza el tráfico ilícito de personas y la trata de seres humanos, la línea de separación entre los dos bienes jurídicos puestos en peligro -la administración de las fronteras en un caso y la dignidad humana en el otro- demanda una extremada cautela ya que hay que abandonar el concepto del bien jurídico para buscar las diferencias por otros derroteros, siendo preciso y necesario acudir para ello a algo tan inaprensible para los sentidos como el *animus* de facilitar la inmigración irregular o el de explotar la persona que matizan uno y otro delito y que, en definitiva, y como juicios de valor, exigen una esmerada selección en los criterios de diagnosis, habiéndose la necesidad de erradicar tesis maximalistas para ir ponderando y valorando los factores concurrentes, de marcado matiz subjetivo.

En el supuesto del art. 318 bis del CP se exige un propósito serio y decidido de facilitar la inmigración irregular y, a falta de manifestación clara y terminante, tal precisión subjetiva del agente será representada por la exteriorización de este propósito, mediante la captación de toda una serie de factores que lo denuncian y delatan como necesarios o suficientes para producir el riesgo al bien jurídico, cuales son las circunstancias anteriores,

concomitantes y posteriores, como son la dinámica comisiva, medios o modos empleados en la acción, forma en que se ha llevado a cabo, insistencia o persistencia de la misma, y toda una gama de pequeñas circunstancias que han de contribuir al protagonismo de la acción fundamental y querida por el agente.

La reciente jurisprudencia criminal ha señalado que, tal como se dice en la exposición de motivos, “la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano”⁴¹⁰.

El consentimiento de la víctima es condición esencial al delito de tráfico ilegal de personas; en caso contrario, se incidirá en el tipo de delito de trata de seres humanos (art. 177 bis del CP).

⁴¹⁰ Cfr. STS 2070/2015. Ya la STS 1025/2012, de 26 de diciembre, establecía al respecto: "La norma penal debe ser interpretada conforme a parámetros de proporcionalidad, sobre todo en tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del CP. Tanto en lo que se refiere a la exclusión de comportamientos que pese a encajar formalmente en la descripción típica no comporten ni afectación actual ni peligro de afectación de los bienes jurídicos que la ley quiere tutelar, careciendo, en consecuencia, de antijuridicidad material, como en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la comparación de la gravedad de la pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado". Especialmente cuando el propio legislador, al desgajar las situaciones más graves de trata, atribuye a este tipo, ahora residual, la tutela de un bien jurídico de menor entidad; la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios: Cfr. STS 2607/2014.

F. Imputación subjetiva

La clasificación del delito es una elaboración hecha por el legislador que sirve para distinguir los diversos tipos legales del delito⁴¹¹. El delito de tráfico de personas descrito en el art. 318 bis del CP constituye un delito común, de forma libre de ejecución, por comisión y omisión cuando para el agente haya un especial deber de actuar, que es de simple actividad y de peligro abstracto, y que en todo caso sólo se puede concreta con el dolo del autor.

La conducta del agente, en efecto, ha de ser dolosa (“El que intencionadamente ayude” - art. 318 bis, ns. 1 y 2), de manera que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad supone el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración o, con carácter general, del tránsito de unos países a otros.

Desde el plano subjetivo, conviene señalarse que el dolo es un elemento intelectual, que supone la representación o conocimiento de un hecho y que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento de su resultado. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que se designa como error, y la falta de conocimiento, concepto negativo, que se denomina ignorancia, y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia.

⁴¹¹ La clasificación de los tipos legales de delito atiende a diversos criterios, tales como los siguientes: 1) por la gravedad de la infracción- tripartito y bipartito; 2) por la forma de la acción - de comisión, de omisión, de comisión por omisión; 3) por la forma de ejecución - instantáneo, permanente, continuado, flagrante, conexo o compuesto; 4) por las consecuencias de la acción - formal, material; 5) por la calidad del sujeto - impropio, propio; 6) por la forma procesal - de acción privada, de acción pública a instancia de parte, de acción pública; 7) por las formas de culpabilidad - doloso, culposo; 8) por la relación psíquica entre sujeto y su acto - preterintencional o ultraintencional; 9) por el número de personas: individual, colectivo; 10) por el bien vulnerado - simple, complejo, conexo; 11) por la unidad del acto y pluralidad del resultado -concurso ideal, concurso real; 12) por la naturaleza intrínseca - común, político, social, contra la humanidad; y 13) por el daño causado al objeto de la acción - delito de lesión y delito de peligro.

El art. 14 del Código penal dispone que: 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Desde la disposición normativa, se puede distinguir, por tanto, entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad.

La clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2).

En efecto, el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento integrante de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción.

Respecto a la figura típica del tráfico ilegal de persona, que no castiga las conductas en las cuales los agentes hayan practicado con culpa, sólo se admite en concreto la posibilidad exclusión de la tipicidad. Suelen ocurrir en las situaciones en que el

transportador desconozca el hecho de que entre las mercancías haya personas escondidas para alcanzar otro país, o que desconozca la condición de paso irregular de una persona que lo acompaña. Dado que el ser humano sólo experimenta su representación del mundo y estructura sus deseos a partir de dicha representación, de esa forma el Derecho penal tiene que basarse en ese conocimiento que el sujeto tiene de las circunstancias externas. Con ese conocimiento, cuya falta elimina el dolo, se conforma el elemento intelectual del dolo. Así se reconoce que el conocimiento del autor es un elemento esencial de la imputabilidad.⁴¹²

Por otro lado, el art. 14, n. 3 del CP regula el error de prohibición (falta de conciencia de la antijuridicidad). El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. En primera instancia debe señalarse que la norma hace referencia a la ilicitud del hecho. La ilicitud penalmente relevante se estructura en tres niveles (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), de manera que el error sobre una causa de justificación y el error sobre una causa de exculpación son consecuentemente tratados de la misma forma.

En realidad, el art. 14, n. 3 prevé el error de prohibición, que se constituye como reverso de la conciencia de la antijuridicidad -en cuanto elemento constitutivo de la culpabilidad- y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente.

No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree que se obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de

⁴¹² Cfr. SALAZAR, Alonso, *Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana España, Argentina y Costa Rica como ejemplos de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la ciencia jurídica extranjera*, San José: Revista de Derecho penal y Criminología, pág. 209.

la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa.

Para sancionar un acto delictivo, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna.

Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta. Como ya mencionado, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición, que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación.

El error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible.

En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código penal. También la jurisprudencia⁴¹³, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, viene afirmando que, no obstante pertenezca al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, no basta su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible.

También esta Sentencia ha señalado que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas, añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada.

Por su vez, es distinto el tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal. Si tradicionalmente se ha venido reconociendo que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad.

Para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma manera, y en otras palabras, que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

⁴¹³ Así, las SSTs de 11.3.96, y de 3.4.98.

En definitiva, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

El concepto de error o el de creencia errónea excluye, por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. Basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuricidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo de la disposición normativa.

Además, no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas, pues, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada⁴¹⁴.

⁴¹⁴ La jurisprudencia del TS ha delimitado con precisión los fundamentos de la imputación subjetiva en el tipo de delito de tráfico de personas, ante una variada casuística de la praxis criminal: “El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina” (Cfr. STS n. 147/2005). “Desde el plano subjetivo -aspecto también combatido-, conviene señalar que el dolo es un elemento intelectual, que

supone la representación o conocimiento de un hecho y que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento de su resultado. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia” (SSTS 753/2007). “Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad". Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento integrante de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005 de 18.10), y en el nº 3, el error de prohibición, que la jurisprudencia (SSTS 336/2009 de 2.4 y 266/2012 de 3.4), ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree que se obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa (STS 1141/1997, de 14-11). Hemos dicho en STS 411/2006, de 18-4 y en STS 1287/2003, de 10-10, que para sancionar un acto delictivo, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta. Como decíamos en la STS 601/2005 de 10.5 , el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15.1 , 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6 , la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003

de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal. También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20.2.98, 22.3.2001, 27.2.2003), afirmando reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" (SSTS 11.3.96, 3.4.98), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (SSTS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987). El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en STS 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos *mala quia prohibita*). Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder. En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis -nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento" (Cfr. STS 5720/2014). "El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, de 5 de febrero; y de 22-5-2009, nº 587/2009), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre -, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6 bis, a) tal y como se desprende de las sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991,

G. Consumación y tentativa

El delito de tráfico ilegal de personas es constitutivo de un tipo delictivo instantáneo que se consuma con la entrada del traficado en el territorio español. La ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Por otro lado, ha de considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas. Además, será facilitación a la inmigración clandestina aquella que se realiza, revistiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible⁴¹⁵.

El art. 318 bis se encuadra en un Título que lleva por rúbrica Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Más aún: es el único precepto de ese Título. La etiquetación de los epígrafes o capítulos o títulos de un cuerpo legal no supone un criterio interpretativo absoluto, pero no es tampoco un dato neutro o desechable. Por eso aunque es indudable y a nadie escapa que en el art. 318 bis se está protegiendo también el control del Estado sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática no consiente prescindir de

entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que “no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas” (SSTS de 11 marzo 1996 y 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” (SSTS de 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987” (Cfr. STS 867/2010).

⁴¹⁵ El delito previsto en el art. 318 bis del CP nace cuando suceda la entrada en territorio español, pese a producirse de un modo formalmente correcto, utilizando los pasos fronterizos, en posesión del pasaporte y, en su caso, del correspondiente visado, lo que habilitaría al extranjero para disfrutar de una estancia temporal en España, cuando el objetivo de la entrada no es otro que quedarse a trabajar irregularmente en territorio español, con las indudables consecuencias negativas que tal situación supone para las personas que lo sufren.

forma absoluta de la consideración de ese otro bien jurídico legalmente destacado que son los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Es un delito pluriofensivo porque ataca al menos a esos dos bienes jurídicos. Aunque según los casos está más presente o resulte más lesionado uno que otro, no será lícito prescindir, so pena de traicionar su sentido último, de alguna clase de lesión o, al menos, riesgo relevante, para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina. Aunque el peligro se perciba como muy remoto, o sea asumido, como sucede con frecuencia, por el propio extranjero. Se castigan acciones que por su propia configuración, aparezcan dotadas de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico

Ha de resaltarse los supuestos de tránsito del traficado, que, según nuestro modo de ver, implican una constante flagrancia delictiva, que legitimaría una entrada y registro por órganos de las policías fuera del consentimiento expreso del delincuente o de terceros. Ello porque el único requisito necesario y suficiente para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro fuera del consentimiento expreso de quien ocupa la morada y de la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice.

En los casos de tránsito de víctimas de tráfico, que atiende al modo de comportamiento entre delitos instantáneos y delitos permanentes, y dentro de estos últimos, en la subdistinción entre delitos propiamente permanentes y los llamados delitos de estado, que suponen una actividad instantánea que crea una situación antijurídica de duración más o menos prolongada, en España queda la determinación que el tiempo para la prescripción comience a correr desde la acción y no impide, por la duración del efecto antijurídico, que corra la prescripción.

Por su vez, ante los hechos concretos, y en ausencia de prueba directa de la realización del delito de tráfico de personas, en algunos casos será preciso recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de

inocencia ha sido admitida por los tribunales. A través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal mediante un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones, concretamente que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese, lo que no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta⁴¹⁶.

⁴¹⁶ La jurisprudencia criminal del TS, en consonancia con lo proclamado por el TC, ha estimado que el delito previsto en el art. 318 bis “nace cuando se produce la entrada en territorio español, aunque se efectuara de un modo formalmente correcto, esto es, utilizando los pasos fronterizos, en posesión del pasaporte y, en su caso, del correspondiente visado, lo que habilitaría al extranjero para disfrutar de una estancia temporal en España, el objetivo de la entrada no es otro que quedarse a trabajar irregularmente en territorio español, con las indudables consecuencias negativas que tal situación supone para las personas que lo sufren” (Cfr. SSTs 801/2007 y 1238/2009). “El art. 318 bis se encuadra en un Título -el XV bis añadido mediante la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- que lleva por rúbrica Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Más aún: es el único precepto de ese Título. La etiquetación de los epígrafes o capítulos o títulos de un cuerpo legal no supone un criterio interpretativo absoluto, pero no es tampoco un dato neutro o desechable. Por eso aunque es indudable y a nadie escapa que en el art. 318 bis se está protegiendo también el control del Estado sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática no consiente prescindir de forma absoluta de la consideración de ese otro bien jurídico legalmente destacado que son los derechos de los ciudadanos extranjeros. Es un delito pluriofensivo: ataca al menos a esos dos bienes jurídicos. Aunque según los casos está más presente o resulta más lesionado uno que otro, no será lícito prescindir, so pena de traicionar su sentido último, de alguna clase de lesión o, al menos, riesgo relevante, para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina. Aunque el peligro se perciba como muy remoto, o sea asumido, como sucede con frecuencia, por el propio extranjero. Se castigan acciones que por su propia configuración, aparezcan dotadas de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico” (STS 479/2006, de 28 de abril). “La doctrina del TC viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí lo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que una vez obtenido el mandamiento la forma en que la entrega y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. A este plano corresponde la asistencia del Secretario judicial, cuya ausencia por tanto -en toda la diligencia o en parte de la misma- no afecta del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ni a la tutela judicial del mismo, aunque sí afecta a la eficacia de la prueba preconstituida por la diligencia (STS 290/94, 133/95, 228/97, 94/99, 239/991, 775/2002, de 17-6; 183/2005 a 18-2)” (Cfr. STS 202/2014). “Por otra parte, la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala han establecido que, en ausencia de prueba directa, en algunos casos es preciso recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos tribunales. A través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal mediante un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones, concretamente que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese, lo que no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los

Se cuestiona si es admisible la tentativa en los delitos de tráfico ilegal de personas, debiendo tenerse presente que se trata de delito de simple actividad, de peligro abstracto, así como un delito instantáneo, que se perfecciona en el momento mismo de la manifestación de la voluntad sin importar cuánto se prolonguen sus consecuencias, de manera que su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

H. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz

Por tratarse de un delito instantáneo, se problematiza sobre la admisión del desistimiento voluntario, por cuanto el inicio de la acción ya configura la propia consumación del crimen. Pero es de reconocer que resulta perfectamente admisible, según los términos del art. 16, ns. 2 y 3, del CP, el arrepentimiento eficaz: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta” (Cfr. ATS 7494/2015). “Para resolver adecuadamente esta alegación hay que partir de la distinción doctrinal de los tipos delictivos que atiende al modo de comportamiento, entre delitos instantáneos y delitos permanentes y dentro de estos últimos, en la subdistinción (importante a efectos de prescripción) entre delitos propiamente permanentes y los delitos de estado, que suponen una actividad instantánea que crea una situación antijurídica de duración más o menos prolongada, lo que determina que el tiempo para la prescripción comience a correr desde la acción y no impide, por la duración del efecto antijurídico, que corra la prescripción” (Cfr. STS 2365/1993).

I. Excusa absolutoria

La excusa absolutoria es una condición personal del sujeto que hace desaparecer *ex lege* la necesidad de sancionar. Al ser una condición personal, ésta no puede extenderse a los intervinientes en quienes no concurra y no tiene que ser abarcada por el dolo. Como ya se estableciera en la STS de 23 de marzo de 1983, la excusa absolutoria ha de ser concurrente en el momento del hecho (en la misma línea, últimamente, las SSTS de 24 de abril de 2007; y de 20 de diciembre de 2000, entre otras). Pertenece al ámbito de la punibilidad y la consecuencia de su estimación es que se deja de castigar una conducta a pesar de que ésta se haya calificado como típicamente antijurídica, y se haya imputado a un sujeto concreto. Son casos en los que el legislador, por razones distintas a la antijuridicidad y la culpabilidad, decide no imponer la consecuencia lógica que sería la pena.

El art. 318 bis, n. 1, del CP prevé tal excusa absolutoria para los casos de ayuda humanitaria a las víctimas de tráfico ilegal de personas, pues, “Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

Aquí reinan en forma absoluta las apreciaciones que hace el legislador de las circunstancias que tornan útil o conveniente no castigar a quien ha delinquido. Se trata de una cuestión política dentro del Derecho penal. Prefiere tolerar el delito que castigarle⁴¹⁷.

La ayuda humanitaria que justifica la incidencia de la excusa absolutoria es la solidaridad o cooperación, que generalmente es destinada a las poblaciones pobres, o a las

⁴¹⁷ Son las llamadas excusas absolutorias. En cuanto a que sean excusas, ello no será enteramente cierto pues si se elige la acepción de la palabra excusa, la de exponer y alegar causas o razones para sacar libre a alguien de la culpa que se le imputa, aparece la evidencia de que a quien se beneficia con la exención de pena, no se le resta la culpabilidad sino que le deja libre de pena invocándose a favor de él alguna causa o alguna razón. Véase SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Madrid: Dykinson, 2000, pág. 437; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, tomo V, pág. 418; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996, pág. 1213; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires: TEA, 1988, pág. 182; y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires: Losada, 1977, tomo VII, pág. 164.

que han sufrido una crisis humanitaria, como la provocada por una catástrofe natural o una guerra. Esta forma de ayuda responde a las necesidades básicas o de urgencia: hambre, hambruna, salud, educación, protección de la infancia, etc., entre otras circunstancias que ha estimado la jurisprudencia⁴¹⁸.

J. Tráfico de personas agravado (art. 318 bis, n. 1, del CP)

Si los hechos descritos en el n. 1 del art. 318 bis se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior; además, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: *a)* cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades, de manera que para 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; y *b)* cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves (art. 318, n. 3, del CP).

Se aplica la disposición agravada del delito cuando el agente llevó a término la acción típica que se le reprocha, es decir, favoreció o facilitó por dinero el tráfico ilegal de personas, en condiciones de riesgo para la vida de éstas, dado el tipo de embarcación y la falta de precauciones imprescindibles (medios de navegación, material de salvamento etc.),

⁴¹⁸ Así, se ha señalado al respecto jurisprudencialmente lo siguiente: “El relato de hechos probados es la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la Sala sentenciadora. Evidentemente deben formar parte del mismo, los datos relativos a los hechos relevantes penalmente con inclusión muy especialmente de aquellos que pueden modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito, comenzando por los supuestos de exclusión de la acción, continuando por las causas de justificación y las de exclusión de la imputabilidad, para terminar por los supuestos de exclusión de la punibilidad dentro de los que podemos incluir las excusas absolutorias, las conclusiones objetivas de punibilidad y la prescripción, todas estos elementos deben formar parte del "factum" porque todos ellos forman "la verdad judicial" obtenida por el tribunal” (Cfr. STS 1120/2014). “Doctrina ésta reiterada por la posterior STS de 22 de enero de 1996 , que insiste en afirmar que las excusas absolutorias las establece la ley por motivos de política criminal, y en cuanto normas de privilegio, no admiten interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal (...) La jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal” (Cfr. STS 3790/2013).

por ejemplo, cuando el transporte se hizo en una pequeña embarcación (patera), en la que viajaron muchas personas, saliendo de las costas africanas y navegando en alta mar durante días. De tales datos deriva el grave riesgo que para la salud e integridad de los ocupantes de la patera, incluso para su vida: un viaje de larga duración realizado en tan peligrosas condiciones, lo que no constituye una mera presunción, sino una realidad de notoria y frecuente confirmación.

En el plano jurisprudencial, se señala que “se llevó a término la acción típica cuando se favoreció o facilitó por dinero el tráfico ilegal de personas, en condiciones de riesgo para la vida de éstas, dado el tipo de embarcación y la falta de precauciones imprescindibles (medios de navegación, material de salvamento etc.), realizando el transporte concertado”⁴¹⁹.

K. Tráfico de personas atenuado (art. 318 bis, n. 6, del CP)

Conforme dispone el art. 318 bis, n. 6, del CP, “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”. Es decir, se aplica la disposición normativa a los casos en que la gravedad de los hechos no es demasiado elevada, como ocurre en los supuestos de tránsito en un vehículo particular, y de una única persona traficado, aún así cuando descartada la acreditación del ánimo de lucro, razón por la que la aplicación de dicho subtipo atenuado, permite conformar una respuesta jurídico-penal más acorde con la infracción punitiva.

Sobre el alcance de este tipo atenuado, la jurisprudencia tiene declarado que “se ha ocupado en escasas ocasiones de analizar este subtipo atenuado, pero es claro que atendiendo a criterios de proporcionalidad y de justicia material, la gravedad de los hechos

⁴¹⁹ Así, la STS 6745/2002. Cfr. STS 5061/2002: “El transporte se hizo en una pequeña embarcación -patera-, de unos seis metros de eslora (folio 3), en la que viajaron no menos de diecisiete personas (folio citado), saliendo de las costas africanas a las 5 horas de un día 5 de noviembre. De tales datos deriva el grave riesgo que para la salud e integridad de los ocupantes de la patera, incluso para su vida, suponía un viaje de larga duración realizado en tan peligrosas condiciones; lo que no constituye una mera presunción, sino una realidad de notoria y frecuente confirmación”.

en el caso actual no es demasiado elevada, ya que se trata del tránsito en un vehículo particular, y de una única persona, no constando la finalidad al haberse descartado la acreditación del ánimo de lucro, razón por la que la aplicación de dicho subtipo atenuado permite conformar una respuesta jurídico-penal más acorde con la infracción punitiva”⁴²⁰.

L. Intervención y concursos

La conducta típica se extiende a aquellos que directa o indirectamente promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas. Son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido.

No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todos en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

Los autores de este delito suelen ser organizaciones criminales o redes mafiosas que operan a nivel internacional, siendo aquí escasos los supuestos de delincuencia no colectiva. Además de la organización, es el carácter internacional o transnacional de las redes el factor

⁴²⁰ Cfr. STS 8791/2012.

más determinante a nivel criminológico. Efectivamente, las redes de tráfico se organizan con base en centros de actividad sitios en diferentes países, y también aglutinando miembros de diferentes nacionalidades. Tales delincuentes suelen pertenecer a la misma nacionalidad que las víctimas, y trabajar en coordinación con algún oriundo del país de destino; ello incluso camuflándose como agencias de viaje o de trabajo.

Otra característica de las redes de tráfico de personas es su frecuente participación en otras actividades delictivas paralelas, como el tráfico de drogas y armas, o la falsificación de documentos. Ello redundando de nuevo en una maximización de su movilidad transfronteriza, el aumento de su poderío económico, y en la polifuncionalidad de su organización. Como se deduce, se está ante sujetos poderosos a nivel económico y organizativo, lo que, a su vez, les irroga una gran ventaja ante sus víctimas; pero quizá también ante los Estados o sus fuerzas de seguridad, sobre todo en lo que respecta a los países de origen (normalmente menos desarrollados que los países de destino)⁴²¹.

Conforme al art. 28 del Código penal, se contempla expresamente la coautoría como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo, y que el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente.

Cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores. La coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma

⁴²¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; KANGASPUNTA, Kristina, *Mapa del comercio inhumano: Resultados preliminares de la base de datos sobre trata de seres humanos*, Florianópolis: Foro sobre el Delito y Sociedad, 2003; SERRA CRISTOBAL, Rosario (Coord.), *Prostitución y Trata (Marco Jurídico y régimen de derechos)*, Valencia: Tirant Monografías, Valencia, 2007; GURDIEL SIERRA, Manuel, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Barcelona: Tirant lo Blanch, 2004; CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GOMEZ, Mario (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005; PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos*, La Rioja: Boletín europeo de la Universidad de la Rioja, 2002.

conjunta, dominio funcional del hecho, de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución.

La jurisprudencia, por ello, viene sosteniendo que en los delitos en los que el contenido de ilicitud está dado por una especial organización -terrorista o no-, la coautoría se apoya en el dominio del hecho, criterio que no limita la condición de autor, coautor o autor mediato a las aportaciones puramente causales al hecho, sino que tiene en cuenta el factor directriz de la participación en la organización del hecho.

En definitiva, el dominio funcional del hecho significa que el autor, individual o conjuntamente, domina la dirección de las acciones comunes y necesarias para el cumplimiento del tipo penal, pero no es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo. Cuando varias personas dominan de forma conjunta el hecho, todos ellos deben responder como coautores, aun cuando alguno de ellos no haya realizado materialmente la acción típica (teoría formal objetiva de la autoría).

Por ello la coautoría material no significa sin más que deba identificarse como una participación comitiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o disponibilidad potencial ejecutiva. Por su parte, la jurisprudencia penal considera que existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello implica: a) De una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución, coautoría adhesiva, cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta; incluso se ha admitido la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por

éste. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación. *b)* En segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. En consecuencia, basta que a la realización del delito se llegue conjuntamente, por la concurrencia de las diversas aportaciones de los coautores, conforme al plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

También se ha singularmente discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. La opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado “doble dolo”, de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo la jurisprudencia (*Cfr.* STS n. 258/2007), requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora.

Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder⁴²².

⁴²² La jurisprudencia penal ha estimado que “del artículo 28 del Código Penal se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento

central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todos en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho” (Cfr. STS 4956/2010). “En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado “doble dolo”, de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder” (Cfr. STS n. 258/2007). “Conforme al artículo 28 del Código Penal, se contempla expresamente la coautoría como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo, y que el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente. Recuerda también nuestra Sentencia nº 45/2011, que “cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores. La coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho, de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución. La jurisprudencia, por ello, viene sosteniendo que en los delitos en los que el contenido de ilicitud está dado por una especial organización, -terrorista o no- la coautoría se apoya en el dominio del hecho, criterio que no limita la condición de autor, coautor o autor mediato a las aportaciones puramente causales al hecho, sino que tiene en cuenta el factor directriz de la participación en la organización del hecho. En definitiva, como explica la STS. 143/2013 de 28.2, el dominio funcional del hecho significa que el autor, individual o conjuntamente, domina la dirección de las acciones comunes y necesarias para el cumplimiento del tipo penal, pero no es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo. Cuando varias personas dominan de forma conjunta el hecho, todos ellos deben responder como coautores, aun cuando alguno de ellos no haya realizado materialmente la acción típica (teoría formal objetiva de la autoría) (STS.563/2008 de 24.9). Por ello la coautoría material no significa sin más que deba identificarse como una participación comitiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o disponibilidad potencial ejecutiva, como aconteció en el caso que nos ocupa. Por su parte en la STS 41/2014, de 29 de enero, leemos: “En la reciente STS de 21 de Junio del 2011 resolviendo el recurso nº 2477/2010, con cita de precedentes, como la Sentencia de 27 de abril de 200, y la de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, se considera que existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Lo que implica: a) de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución, coautoría adhesiva, cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Incluso se ha admitido la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94), y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación; b) en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice

Puede existir relación concursal entre el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos de pertenencia a organización criminal (art. 570 bis) o a grupo criminal (art. 570 ter)⁴²³. Ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico ilegal de personas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, a los efectos de la tipificación del grupo u organización debe considerarse como una actividad delictiva plural, cuando el grupo u organización esté constituido para la realización de una pluralidad de acciones de tráfico.

La organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno sólo.

concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor (STS 251/2004 de 26 de febrero). En consecuencia, basta que a la realización del delito se llegue conjuntamente, por la concurrencia de las diversas aportaciones de los coautores, conforme al plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas” (Cfr. STS 2442/2015).

⁴²³ Para establecer los elementos de la “organización delictiva”, hay que remitirse a la definición de “organización criminal” que proporciona el delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis.1 que entiende por tal: “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 de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas” (destacando esta remisión: SSTS 732/2012, de 1 de octubre, 207/2012, de 12 de marzo, y 334/2012, de 25 de abril). Esta definición auténtica coincide básicamente con la que venía utilizando la jurisprudencia para aplicar el hoy derogado art. 369.1.2^a15 (cuya redacción es diferente en estos momentos en el art.369.6) que hasta 2010 permitía agravar el tipo básico si “el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional”. Es importante destacar la necesidad de que la jurisprudencia mantenga esta coincidencia, porque esta redacción se mantiene en las agravaciones de otros delitos, como ya se puso de relieve al inicio de este texto, debido a que únicamente el art.197.8 se ha coordinado con estas disposiciones introducidas en el año 2010 haciendo referencia expresa a la organización o al grupo criminal (de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1). No tendría sentido alguno que las agravaciones previstas en los distintos delitos que comparten el mismo fundamento, se aplicasen de forma diferente según la literalidad y antigüedad de su redacción, sin tener en cuenta que las nuevas disposiciones introducidas en el CP contienen ya definiciones auténticas aplicables a los delitos cometidos por la criminalidad organizada. Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial*, Madrid: Estudios Penales y Criminológicos, 2014, vol. XXXIV.

Por ello el concepto de organización criminal se reserva para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa.

Para establecerse la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codeincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, se encontrará ante un supuesto de codeincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

En efecto, no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un sólo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. Los arts. 570 bis y ter, confirman esta determinación del legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico ilegal de personas, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes.

Por su vez, hay la posibilidad de concurso material con el delito de homicidio, cuando la muerte de algunos traficados era un desenlace previsible, dada la falta de precauciones, la inobservancia de todo tipo de previsiones, y la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado. En los supuestos en los que en la actividad de tráfico llega a producir 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 muerte o lesiones causado), hay que distinguir entre dos supuestos con diverso tratamiento.

Si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona, se estará 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. Pero, si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo sólo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso de delitos el subtipo agravado del art. 318 bis y el tipo de resultado⁴²⁴. Sin embargo, 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 ha apreciado en la STS 1418/2005, de 13 de diciembre, que ha confirmado 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.

La reprochabilidad a título de culpa puede derivar de estar el agente en todo momento al tanto del desarrollo de los acontecimientos y participando en ellos, y porque las condiciones en que se desarrolla el viaje son imprudentes, por las condiciones de la embarcación, la capacidad sobrepasada de la misma, la falta de medidas de seguridad etc., siendo a título de culpa, individualmente responsable, por ejemplo, de los delitos de homicidio por imprudencia, con culpa grave, a los efectos del art. 142 del Código Penal, que determina sean sancionados en concurso ideal pluriofensivo. También resulta la responsabilidad de los agentes, tanto hubieran sido ellos los organizadores del viaje marítimo, como si no, puesto que resulta igualmente de la asunción de la condición de patronos de una embarcación en la que, contraviniendo toda norma o reglamentación de seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, se ha aventurado a una larga travesía por mar abierto, careciendo del acondicionamiento, y avituallamiento preciso para realizarla sin riesgo de muerte para sus ocupantes⁴²⁵.

⁴²⁴ Cfr. MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas*, Madrid: Estudios Penales y Criminológicos, 2011, vol. XXXI.

⁴²⁵ La jurisprudencia ha señalado al respecto lo siguiente: “la Sentencia 576/2014, de 18 de julio, expresa que la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto

M. Continuidad delictiva

Inadmisible la continuidad delictiva ya que la multiplicidad de víctimas importa la variedad de bienes jurídicos afectados por la violación individual de la dignidad y de la libertad de cada extranjero traficado. La unidad jurídica de valoración que representa el delito continuado exige que concurren ciertos requisitos (unos de carácter objetivo y otros de carácter subjetivo) que son los que darán ese sentido o nexo de unión por continuidad.

En otras palabras, una mera sucesión de delitos no da lugar por esa sola circunstancia cronológica a un delito continuado. La actividad del sujeto activo, de favorecer el tráfico ilegal de una pluralidad de personas, aunque realizada en distintos actos y momentos, sin

de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra uno sólo. Por ello el concepto de organización criminal se reserva para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa. Y asimismo se declara en esta Sentencia que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, que señala que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un sólo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. Los arts. 570 bis y ter, confirman esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno” (Cfr. STS 2862/2015). “Como ha indicado también esta Sala, esta vez en un caso de naufragio de patera (Cfr. STS de 16-7-2002 , n. 1330/2002), la reprochabilidad a título de culpa del recurrente deriva de estar en todo momento al tanto del desarrollo de los acontecimientos y participando en ellos, y porque las condiciones en que se desarrollaba el viaje eran ciertamente imprudentes, por las condiciones de la embarcación, la capacidad sobrepasada de la misma, la falta de medidas de seguridad etc., siendo a título de culpa, individualmente responsable, de los delitos de homicidio por imprudencia, con culpa grave, a los efectos del art. 142 del Código Penal, que han sido sancionados en concurso ideal pluriofensivo. Y, con relación a un supuesto en el que el delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros se produjo, no mediante el viaje en una embarcación, sino en una furgoneta carente de las mínimas dimensiones y respiraderos oportunos, produciéndose, además, el fallecimiento por asfixia de tres inmigrantes, nuestro Tribunal (Cfr. STS nº 886/2008, de 19 de diciembre), confirmó la condena hecha en la instancia contra el conductor del vehículo, precisando que la muerte era un desenlace perfectamente previsible, dada la falta de precauciones, la inobservancia de todo tipo de previsiones, y, en las condiciones que relata el *factum*, la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado. De todo ello, resulta la responsabilidad que les ha sido atribuida a los acusados, y entre ellos al recurrente, tanto hubieran sido ellos los últimos organizadores del viaje marítimo, como si no, puesto que aquélla claramente resulta de la asunción de la condición de patrones de una embarcación en la que, contraviniendo toda norma o reglamentación de seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, se aventuraron a una larga travesía por mar abierto, careciendo del acondicionamiento, y avituallamiento preciso para realizarla sin riesgo de muerte para sus ocupantes” (Cfr. STS 922/2009).

solución de continuidad y durante un periodo de tiempo, cualquiera que sea su duración, no puede ser apreciada como continuidad delictiva, en los términos del art. 74 del CP, por ser incompatible con la estructura del tipo y la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos amparados por el art. 318 bis CP (intereses estatales e intereses colectivos de los extranjeros en España)⁴²⁶.

N. Confrontación de delitos

Los límites de la explotación del ser humano pueden definir el delito de tráfico ilegal de personas (art. 318 bis del CP), la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313 del CP)⁴²⁷, y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: “De la trata de los seres humanos”, del CP)⁴²⁸. El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede

⁴²⁶ En ese sentido, ver STS 330/2010. En las Sentencias de esta Sala 582/2014, de 8 de julio y 919/2004, de 12 de julio, se declara que la existencia de una pluralidad de acciones puede -en ciertos casos- conformar una unidad jurídica dando lugar al denominado delito continuado. La Jurisprudencia de esta Sala ha elaborado la doctrina del delito continuado que se plasmó en el Código penal (antiguo art. 69 bis y actual art. 74), conforme a un criterio objetivo-subjetivo al considerar que la unidad jurídica de valoración que representa el delito continuado exige que concurren ciertos requisitos (unos de carácter objetivo y otros de carácter subjetivo) que son los que darán ese sentido o nexo de unión por continuidad. En otras palabras, una mera sucesión de delitos no dan lugar por esa sola circunstancia cronológica, a un delito continuado. Esta Sala, a la vista del art. 74 del Código penal, exige como requisitos para que pueda considerarse continuidad delictiva, los siguientes: a) la existencia de un plan preconcebido (elemento subjetivo) o el aprovechamiento de idéntica ocasión (elemento objetivo); b) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones; c) que ofendan al mismo o a distintos sujetos pasivos; d) que infrinjan el mismo precepto penal o varios pero de igual o semejante naturaleza; y e) que dichas acciones se lleven a cabo en un cierto contexto espacio-temporal delimitable. Dicho de otro modo: pluralidad de acciones, homogeneidad en el bien jurídico, homogeneidad en la técnica comisiva, unidad de sujeto activo (aunque puedan cambiar algunos partícipes), y cierta relación de espacio y tiempo entre las diversas acciones. Así pues, prescindiendo ahora de los demás requisitos, el delito continuado exige una pluralidad de acciones realizadas en un cierto contexto espacio-temporal delimitado. Todo lo indicado conduce a las siguientes conclusiones: por una parte, que es posible que una persona realice diversos actos que puedan considerarse como una única acción (en sentido natural) que conformen un único delito; por otra parte, que es posible que una persona realice diversas acciones que den lugar a varias subsunciones en el mismo tipo penal; y, por último, que también es posible que una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto penal sean consideradas una unidad jurídica de acción por continuación, siempre que exista un nexo de continuación” (Cfr. STS 2862/2015).

⁴²⁷ El art. 313 del CP dispone: “El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”.

⁴²⁸ El art. 177 bis del CP dispone: “1. 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, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare,

producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad. Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Por tanto, en los supuestos en que el objetivo de la conducta sea la explotación del ser humano, la conducta del delincuente pasará a integrar el delito de trata de seres humanos, previsto en el art. 177 bis del CP. Diversamente del delito de contrabando de personas, la trata de seres humanos suele ser interna o internacional.

La trata interna, también llamada doméstica, es aquella que no supone atravesar ninguna frontera. Se caracteriza porque el proceso de captación, traslado y explotación de la víctima se da dentro de las fronteras del país. La mayoría de los países de origen de víctimas de trata sufren también trata interna.

La trata internacional o trata externa se caracteriza porque la captación ocurre en el país de origen o residencia de la víctima y la explotación en un país diferente, con lo que tiene lugar un cruce de fronteras. Las víctimas utilizan los itinerarios de la migración irregular y las redes de trata usan los deseos de migrar como métodos de captación. Las

transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. 2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, 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 (...)"

comunidades de origen ven en la explotación una oportunidad y una estrategia para sus deseos migratorios.

Tanto el tráfico ilícito de migrantes como la trata de personas entrañan el movimiento de seres humanos para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto al tráfico ilícito: debe tratarse de una forma de captación indebida, por ejemplo, con coacción, engaño o abuso de poder; y la actividad ha de realizarse con algún propósito de explotación, aunque ese propósito finalmente no se cumpla.

En la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, los trabajos forzados u otras formas de abuso. En el caso del tráfico ilícito, el precio pagado por el migrante ilegal es la fuente principal de ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el migrante una vez que éste ha llegado a su destino. Sin embargo, en la práctica, muchas víctimas de trata inician su viaje consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro. Durante el traslado, estas personas pueden llegar a ser engañadas o forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas de la trata de personas.

Las diferencias entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas son determinadas a partir de tres criterios fundamentales: el consentimiento, la explotación y la transnacionalidad. En el caso de tráfico ilícito, que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico. Las víctimas de la trata, por el contrario, no consienten o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes. El tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación persistente de las víctimas. Desde un punto de vista práctico, las víctimas de la trata también suelen resultar más gravemente afectadas y tener más necesidad de protección frente a una nueva victimización y otras formas de abuso que los migrantes clandestinos. El tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. Ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo

desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado.

El delito de trata de personas implica el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional como desde o hacia otros países. Hay explotación cuando: se reduce o mantiene a una persona en condición de esclavitud o servidumbre; se obliga a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; se promueve, facilita o comercializa la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; se promueve, facilita o comercializa la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; se fuerza a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; o se promueve, facilita o comercializa la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

Las redes de trata de personas suelen utilizar formas encubiertas para someter a sus víctimas, que no son tan evidentes como el secuestro y el encierro, como la servidumbre por deuda; la amenaza con denunciar delitos cometidos en situación de trata; la amenaza por situación migratoria irregular; las adicciones; la retención ilegal de documentos; el aislamiento; la violencia y amenaza física, psicológica y/o sexual; el sometimiento económico; y, en los casos de explotación sexual, puede darse la amenaza de dar a conocer la situación de prostitución, o la amenaza con tomar de rehenes las hijas e hijos.

La servidumbre por deuda es un endeudamiento inducido para manipular a las víctimas, a través del cobro de pasajes, indumentaria, herramientas y/o comida, multas elevadas “por incumplimientos”, préstamos descontados con interés etc.

Respecto a la amenaza con denunciar delitos cometidos en situación de trata, muchas veces las víctimas son obligadas a cometer algún delito, motivo que es utilizado por los tratantes para evitar que las mismas los denuncien. La amenaza por situación migratoria irregular ocurre también porque las personas víctimas temen ser deportadas por violar disposiciones migratorias. La violencia y amenaza física, psicológica y/o sexual es en contra las víctimas o sus familiares, mientras que el sometimiento económico consiste en el control

del dinero de las víctimas. Como ya mencionado, en los casos de explotación sexual, puede darse la amenaza de dar a conocer la situación de prostitución, y los explotadores suelen utilizar fotografías y/o videos para atemorizar a las víctimas con la amenaza de mostrárselas a sus familiares y/o conocidos; además, existe todavía la amenaza con tomar de rehenes a las hijas e hijos. En algunos casos, los proxenetas también consiguen tener hijos con las víctimas y de ese modo retenerlas.

A su vez, hay las adicciones, siendo frecuente que las víctimas sean inducidas a consumir drogas y/o alcohol para soportar las condiciones de violencia y esclavitud a la que son sometidas. Esta dependencia las hacen fácilmente manipulables por los explotadores. También la retención ilegal de documentos es practicada por los explotadores que suelen apoderarse de pasaportes, visados o documentos de identidad de las víctimas. Por fin, ha de señalar que a través del aislamiento se limita y/o vigila todo contacto con persona ajena.

En caso del delito de trata de personas, no existe un sólo bien jurídico protegido, sino se advierte la posibilidad de que exista una pluralidad de bienes jurídicos que resultan afectados, siendo un delito pluriofensivo, afectándose la libertad ambulatoria, la libertad sexual, la indemnidad sexual, la salud física y mental, la libertad de autodeterminación personal, la seguridad laboral, la salud pública, y sobre todo, se afecta la dignidad humana. Por ello, el Estado busca a proteger la igualdad de derechos entre todo ser humano, y prohibir que se disponga de un ser humano como si fuera una cosa materia de tráfico.

No obstante, el confronto entre el delito de tráfico ilícito de personas (art. 318 bis del CP) y el favorecimiento a la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313 del CP) se establece en razón del grado de afectación de los derechos de la personas, con vistas a las circunstancias del caso concreto, que en los supuestos de éste no alcanza una severidad propia de una auténtica explotación personal. Según dispone el art. 313 del CP, “El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”. Ese ilícito penal supone que la conducta del sujeto activo no quede claramente descrita en su juicio histórico en las figuras delictivas más graves de tráfico

ilícito de personas (art. 318 bis del CP) o de trata de seres humanos (art. 177 bis del CP).

En efecto, la protección del art. 318 bis se centra más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, mientras que los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal constituyen un elemento típico *conditio sine qua non* para la subsunción por la vía del art. 177 bis del CP. Tales preceptos constituyen delitos de medios determinados, y son enumerados con carácter alternativo. El tipo subjetivo es eminentemente doloso. La finalidad del sujeto activo, el fin que justifica la captación, el traslado, la acogida, la recepción o el alojamiento de la víctima, ha de ajustarse también a algunas de las alternativas que acoge el texto vigente⁴²⁹.

⁴²⁹ La jurisprudencia señala que “con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del CP); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: “De la trata de los seres humanos”). El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad. Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el art. 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no sólo a la inmigración clandestina” (Cfr. STS 2070/2015). “Que la explotación sexual de una tercera persona puede realizarse en provecho propio es innegable. Así se desprende del significado gramatical del vocablo explotar. Son perfectamente imaginables supuestos de explotación sexual en los que el tratante esclavice a su víctima anulando su capacidad de determinación sexual. Pero forma también parte del concepto de explotación el carácter abusivo, reiterado, del aprovechamiento que el tratante aspira a obtener de la víctima. Y es aquí donde el juicio histórico no ofrece las claves precisas para la subsunción. Mantener relaciones sexuales “(...) siempre que lo desease”, sin mayores precisiones, no describe una práctica de explotación susceptible de integrar el delito de trata de personas. Es indiscutible, claro es, que esos episodios sexuales, de haber llegado a repetirse y de haber sido impuestos mediante medios violentos o coactivos, tendrían que ser castigados con las penas asociadas a hechos de tal gravedad. Pero lo que resulta decisivo, desde el punto de vista de la tipicidad que ofrece el art. 177 bis del CP es que la finalidad de explotación sexual -por el tratante o por terceros- quede claramente descrita en el juicio histórico. Esa carencia nos impide calificar la acción enjuiciada como constitutiva del delito previsto en el art. 177 bis del CP, sin perjuicio de que, como razonamos en el siguiente apartado, los hechos hayan de ser calificados como constitutivos de un delito previsto en el art. 318 bis del CP” (Cfr. STS 2070/2015).

O. Las declaraciones de la víctima y del acusado

La declaración de la víctima es un elemento probatorio hábil. Actividad esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

El testimonio de la víctima está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio que supone que está rodeada de corroboraciones periféricas, y persistencia en la incriminación. Esos criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad representen.

La cuestión relativa a la posibilidad de valorar como única prueba de cargo las declaraciones de acusados y testigos realizadas ante la policía y no ratificadas, o rectificadas, ante las autoridades judiciales, ha sido examinada en numerosas ocasiones por los tribunales. Para de la doctrina jurisprudencial entiende que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba.

Sin embargo, la regla general según la cual la única prueba de cargo es la válidamente practicada en juicio oral, según otra parte de la doctrina, admite excepciones. Los tribunales han condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y

requisitos que ha clasificado como: *a)* materiales - que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; *b)* subjetivos - la necesaria intervención del Juez de Instrucción; *c)* objetivos - que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo, salvo que la falta de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa; *d)* formales - la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

Antes de la sentencia STC 68/2010 había sido en general pacífico en el seno del Tribunal Constitucional admitir el valor de una declaración policial luego retractada, incluso aunque estuviese huérfana de elementos corroboradores, para destruir la presunción de inocencia si en el acto del juicio oral se había practicado prueba tendente a acreditar la realidad de esas manifestaciones, normalmente a través de las declaraciones de los agentes policiales que la habían recibido.

Esa vieja doctrina constitucional está abandonada. Puede afirmarse ahora: *1)* La confesión realizada por el detenido en dependencias policiales ha de estar revestida de todas las garantías. Si falla alguna (falta de asistencia letrada, omisión de la previa información de derechos etc.) esa declaración ha de ser apartada sin contemplación alguna del acervo probatorio, por más que su realidad (que no veracidad) sea refrendada en el acto del juicio oral por testigos y acusado; y sea más o menos fiable (no siempre esa ausencia de garantías resta fiabilidad). Es un tema de prueba inutilizable. *2)* Por otra parte como diligencia de investigación nadie le regatea su valor, presupuesto el respeto a las garantías legales (en otro caso su nulidad arrastrará la de las pruebas derivadas). *3)* La declaración policial ha de incorporarse al plenario con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (manifestación de quien declaró y de quienes recibieron la declaración. Normalmente no se cuenta solo con ese testimonio policial de referencia (los agentes intervinientes en la declaración narran en el juicio oral lo que se dijo y en qué

condiciones); sino también con el reconocimiento por parte del declarante de que efectuó esas manifestaciones, aunque las explique con razones más o menos convincentes, más o menos verosímiles (presiones, torturas, afán de exculpar a otro, jactancia etc.). 4) El problema estriba en determinar si, una vez que ha sido objeto de prueba (como puede serlo cualquier otra confesión extraprocesal, la realizada ante un familiar, o ante un vecino, o un conocido) el mismo acto de la declaración puede erigirse en medio de convicción indirecto de la realidad de los hechos; nunca en el más destacado o decisivo medio de prueba.

Por su vez, el derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora en atención al fin para el que está previsto, es decir el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso justo; en este sentido, hay que valorar y enfocar circunstancias concretas, independientemente de su calificación técnica, procesal o de su inserción en un trámite de este orden, mirando la finalidad de defensa y a la protección que la norma fundamental otorga al derecho en cuestión⁴³⁰.

⁴³⁰ Según ha señalado la jurisprudencia, “la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio para enervar dicho principio encuadrable en la testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia, que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial. La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como sucede en hechos como los enjuiciados, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios que no exigencias (STS de 15.4.2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio que supone que está rodeada de corroboraciones periféricas, y persistencia en la incriminación, bien entendido que en todo caso - se insiste - los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad representen” (Cfr. STS 202/2014). “En relación a la declaración policial, sin intérprete de la denunciante, conviene precisar que ciertamente es doctrina constitucional - SSTC 9/84, 74/87 y 71/88, que dice: “El Derecho positivo español, en esta materia de nombramiento y designación de intérpretes, para facilitar y posibilitar la comunicación de los llamados ante la justicia penal y sus colaboradores no es, en efecto, completo. El art. 398 de la L. E. Crim. provee en cierto modo a esta necesidad al establecer que “si el procesado no supiera el idioma español o fuese sordomudo se observará lo dispuesto en los arts. 440, 441 y 442” de dicha Ley. Estos preceptos regulan el nombramiento de intérpretes y la forma de realización del interrogatorio del testigo, del procesado o de cualquier persona que precise su asistencia. En el mismo o parecido sentido se pronuncian los arts. 785 - actual 762.8ª reformado Ley 38/2002 para el procedimiento abreviado y el 711, ya en la fase del juicio oral, entendiéndose que tal precepto, por natural analogía y sentido final, es aplicable al inculcado o acusado. Por otra parte, y en

aplicación estricta a detenidos o presos, el art. 520 de la misma Ley sienta el derecho a ser asistido de intérprete respecto del extranjero que no comprenda o no hable el español, derecho éste que este Tribunal, en su STC 74/1987, de 25 de mayo, lo ha interpretado como extensivo a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano, valorando no sólo el derecho y deber de conocerlo (art. 3 CE), sino el hecho concreto de la ignorancia o conocimiento precario del castellano, en cuanto afecte al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa (art. 24 CE). Sin embargo, estas normas, en lo que pudieran tener de incompletas, han de ser interpretadas, no sólo de acuerdo con la Constitución, sino con las internacionales, por obra del art. 10.2 de la CE y en cuanto constituyen también (art. 96) nuestro ordenamiento interno. Tanto el art. 6.3 c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como el art. 14. 3 f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia. En este sentido la Comisión Europea ha indicado (informe de 18 de mayo de 1977, serie B, vol. XXVII) que la finalidad de este derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua y porque es un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de “una buena administración de justicia”. Doctrina que se repite en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28 de noviembre de 1978 (caso Luerdecke Belkacen y Koc). No cabe duda que esas normas y doctrina han de relacionarse con las demás reglas contenidas en los mismos y citados preceptos, tanto por su conexión lógica, como por su idéntica finalidad, es decir, la consecución de un proceso justo. En este sentido hay que aludir al derecho del detenido a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda [art. 6.3 a) del Convenio; 14.3 a) del Pacto], al de disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa [6.3 b) del Convenio; 14.3 b) del Pacto, y al de ser asistido por un defensor elegido o, en su defecto, por uno designado de oficio [6.3 c) y 14.3 d) respectivamente]. El TEDH en sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Ártico) indica que este precepto “consagra el derecho de defenderse de manera adecuada ... derecho reforzado por la obligación por el Estado de proporcionar en ciertos casos una asistencia jurídica gratuita”. Lo expuesto ha de llevar a la conclusión de que el derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora en atención al fin para el que está previsto, es decir el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso justo, en este sentido, hay que valorar y enfocar circunstancias concretas, independientemente de su calificación técnica, procesal o de su inserción en un trámite de este orden, mirando sólo la finalidad de defensa y a la protección que nuestra norma fundamental otorga al derecho en cuestión que, como se dijo en la STC. 74/87, debe entenderse comprendido en el art. 24.1 en cuanto dispone que en ningún caso pueda producirse indefensión. De lo anterior se desprende que no es lo mismo la carencia de intérprete para el acusado que le asegure la comprensión sobre el sentido y significado de los actos procesales realizados y de las imputaciones efectuadas como garantía de un proceso justo y del ejercicio de la adecuada defensa -lo que en el caso presente no se ha producido-, que la ausencia de intérprete en la inicial denuncia que un extranjero formula y que la policía plasma con sus propios conocimientos de la lengua de aquél, irregularidad procesal cuyos efectos se limitarían a su validez como tal prueba, no olvidemos que incluso las declaraciones policiales practicadas legalmente no tienen, por regla general, valor de prueba si no se reproducen en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pero no afectaría a las posteriores declaraciones sumariales y en el juicio oral por la denunciante ratificando o matizando aquella denuncia inicial, que suplen cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (SSTC 155/2002 de 22.7, 206/2003 de 1.12, 238/2009 de 11.12) (Cfr. STS 8542/2012). “La cuestión relativa a la posibilidad de valorar como única prueba de cargo las declaraciones de acusados y testigos realizadas ante la policía y no ratificadas, o rectificadas, ante las autoridades judiciales, ha sido examinada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Se ha entendido, como principio, que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba” (Cfr. STS 1872/2014). “Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, debe concluirse que carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (STC 31/1981; 9/1984; 51/1995; y 206/2003), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. Es cierto que la doctrina ha entendido que, en supuestos

P. Las dilaciones indebidas

El problema surge cuando el proceso penal se dilata progresivamente en el tiempo, sin que este trascurso ayude a clarificar los hechos, y sin que estos retrasos sean de utilidad alguna ni para la acusación ni para la defensa. Cuando estos retrasos acontecen sin culpa del acusado, se ha estimado por la doctrina y la jurisprudencia, que se puede estar causando un daño innecesario al mismo. Este perjuicio se concreta en los quebrantos de cualquier tipo, inquietudes, angustias internas, molestias y prevenciones que todo proceso causa en un imputado, y que han sido nombrados como "pena de banquillo".

excepcionales, cuando concurren circunstancias “que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías” (STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. (SSTC 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de febrero; 7/1999, de 8 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre). En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron. Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de estas últimas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo, y tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la sustitución del testigo directo por el referencial cuando se trata de la única prueba de cargo; y en segundo lugar, lo que se constituye en elemento decisivo, porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias; y se contrapone en sentido de una declaración prestada ante el Juez con el de otra que no lo fue. Es por ello que, aunque existen algunas sentencias, del Tribunal Constitucional especialmente, que permitirían construir otra posición sobre el particular, en realidad son afirmaciones que no pueden ser interpretadas en un sentido tal que deje sin efecto las constantes exigencias jurisprudenciales relativas a la necesidad de la presencia del Juez en la declaración sumarial del testigo para que pueda considerarse prueba preconstituida, o la doctrina consolidada del mismo Tribunal acerca de la eficacia probatoria de las declaraciones de los testigos de referencia” (Cfr. STS 1872/2014). “Según una doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional, la regla general según la cual la única prueba de cargo es la válidamente practicada en juicio oral, admite excepciones. En concreto, este último Tribunal ha condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que ha clasificado como: a) materiales, que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) subjetivos - la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) objetivos - que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo, salvo que la falta de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa; d) formales la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral” (Cfr. ATS 884/2013).

Como medio paliativo a este sufrimiento, que a partir de una determinada fecha puede ser calificado como de innecesario, se ha construido la atenuante penal de dilaciones indebidas⁴³¹. Para la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6º del CP) se exige que se trate de una dilación extraordinaria, que no sea atribuible al propio inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa, como ha reseñado la jurisprudencia⁴³².

⁴³¹ El derecho de cada ciudadano a tener un juicio dentro de un plazo razonable (*The right to a trial within a reasonable time*) está incluido en los artículos 5.3 (detención preventiva) y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre dicha base el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha manifestado que el propósito de "la garantía de un plazo razonable", que se aplica tanto a los casos criminales como al resto de casos no criminales, es la de proteger "a todas las partes involucradas en un procedimiento judicial contra los excesivos retrasos judiciales" y ello para "resaltar la importancia de aplicar la justicia sin retrasos, pues estas tardanzas pueden poner en cuestión la efectividad y credibilidad de la propia justicia". El plazo de duración de un proceso, a los efectos de considerar violada o no "la garantía de un plazo de tiempo razonable", empieza a discurrir desde el momento en que una persona es formalmente acusada o viene sustancialmente afectada por un proceso criminal en curso. La garantía se aplica hasta que el caso es finalmente decidido, incluyendo el posible recurso que se realice ante la Corte Constitucional de cada Estado. El análisis sobre si la duración de un proceso ha sido razonable o no depende de las circunstancias particulares de cada caso. No existe en absoluto un límite en el tiempo, debiendo de valorarse, en todo caso, los siguientes factores: la complejidad de asunto, la conducta del solicitante y la conducta de las autoridades competentes administrativas y judiciales. Véase las Sentencias STOGMULLER v. AUSTRIA (Application no 1602/62) de 10 de noviembre de 1969; H. V. FRANCE (Application no. 10073/82) de 24 de octubre de 1989; STOGMULLER v. AUSTRIA (Application no. 1602/62) de 10 de Noviembre de 1969; FRYDLENDER v. FRANCE (Application no. 30979/96) de 27 de junio de 2000; HENWORTH v. UK (Application no. 515/02) de 2 de noviembre de 2004; PORTINGTON v. GREECE (109/1997/893/1105) de 23 de septiembre de 1998; BUCHHOLZ v. GERMANY (Application no. 7759/77) de 6 de mayo de 1981; & EASTAWAY v. UK (Application no. 74976/01) de 20 de julio de 2004 (Company Director); SYLVESTER v. AUSTRIA n. 2 (Application no. 54640/00) de 3 de febrero de 2005; HOKKANEN v. FINLAND (Application no. 19823/92) de 23 de septiembre de 1994; BOCK v. GERMANY (1/1988/145/199) de 21 de febrero de 1989; RPD v. POLAND (Application no. 77681/01) de 19 de octubre de 2004; PIENIAZEK v. POLAND (Application no. 62179/00) de 28 de septiembre de 2004; POISS v. AUSTRIA (Application no. 9816/82) de 29 de septiembre de 1987; HENTRICH v. FRANCE (Application no. 13616/88) de 22 de septiembre de 1994; LEHTINEN V. FINLAND (Application no. 43160/98) de 16 de mayo de 2006; SUSSMANN v. GERMANY (Application no. 20024/92) de 16 de septiembre de 1996; KÖNIG v. GERMANY (Application no. 6232/73) de 28 de febrero de 1977; PEDERSEN AND BAADSGAARD v. DENMARK (Application no. 49017/99) de 17 de diciembre de 2004; ORCHIN v. UK (Application no. 8435/78) de 1982; GIROLAMI v. ITALY (Application no. 13324/87) de 19 de febrero de 1991; VAYIC v. TURKEY (Application no. 18078/02) de 20 de junio de 2006; y VENTURA v. ITALIA (Application no. 7438/76) de 15 de diciembre de 1980.

⁴³² Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, introducida como atenuante específica en el artículo 21.6º del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, "se exige que se trate de una dilación extraordinaria, que no sea atribuible al propio inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. En la jurisprudencia se ha resaltado la necesidad de examinar el caso concreto, y se ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (en este sentido la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre; la STS nº 835/2003, de 10 de junio y la STS nº 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la jurisprudencia la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre; STS nº 258/2006, de 8 de marzo; STS nº 802/2007, de 16 de octubre; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre, y STS nº

Q. La penalidad

En España la acción penal es pública y su ejercicio está legalmente configurado como un deber para el Ministerio Fiscal y como un derecho para todos los ciudadanos. La legitimación de la acusación popular deriva del art. 125 de la Constitución Española, como derecho de participación de los ciudadanos en la administración de la justicia y, por ello, no se precisa ser perjudicado u ofendido por el delito para ejercerla en los delitos públicos. Tal reconocimiento constitucional tiene reflejo en el art. 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, la acción popular se restringiría al ejercicio de la acción popular *stricto sensu* a las personas individuales, pues ciudadano significa persona individual, no social o jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia tiene admitido la legitimidad de asociaciones o agrupaciones colectivas.

Por su vez, la condena en costas no puede comprender las ocasionadas por la acusación popular pues supondría cargar al condenado unos gastos que no era necesario ocasionar. El ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado.

El condenado no tiene por qué soportar las cargas económicas derivadas de la intervención de quienes no siendo perjudicados por el delito se personan en la causa en la defensa de un interés público que ha de presumirse respaldado por el Ministerio Fiscal. Se admiten en ese principio general algunas excepciones: *a)* los supuestos de ejercicio de la acción popular en defensa de intereses difusos; *b)* algunos casos en que podría hablarse una acusación “cuasi-particular” por cuanto su interés no es del todo ajeno a los del perjudicado directo que viene a asumir, aunque haya tenido que amoldar su personación a la figura del acusador popular por el concepto más estricto de ofendido por el delito; y *c)* cuando su

929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado (STS 175/2011, de 17 de marzo)” (Cfr. ATS 1153/2013).

actuación haya sido imprescindible, decisiva y determinante, de forma que pueda concluirse que el delito no se hubiese sancionado sin la concurrencia de esa acusación popular.

El principio general es que el condenado no ha de asumir los gastos ocasionados por el ejercicio de ese derecho. De no mantenerse, se abriría el paso a una perturbadora proliferación de “acusaciones populares profesionalizadas” con el exclusivo propósito particular, contrario a la esencia y origen de la acusación popular, expresión de una preocupación ciudadana por los intereses generales, de obtener unos honorarios seguros mediante la personación sistemática en supuestos en que siendo su concurso perfectamente prescindible⁴³³.

⁴³³ Como ha estimado la jurisprudencia, “la acción popular se restringe el ejercicio de la acción popular *stricto sensu* a las personas individuales, pues ciudadano significa persona individual, no social o jurídica” (Cfr. STS de 2 marzo 1982, RJ 1982, 1657). “Pese a la indefinición legal, la jurisprudencia sobre esta materia es muy clara: con algunas excepciones singulares, la condena en costas no puede comprender las ocasionadas por la acusación popular pues supondría cargar al condenado unos gastos que no era necesario ocasionar (SSTS 224/1995, de 21 de Febrero de 1995 o 649/1996, de 2 de Febrero, 2/1998, de 29 de julio, 1237/1998, de 24 de octubre, 515/99, de 29 de marzo, 703/2001, de 28 de abril; 1490/2001, de 24 de julio, 1811/2001, de 14 de mayo, 1798/2002, de 31 de octubre, 149/2007, de 26 de febrero o 1318/2005 de 17 de noviembre). “El ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado” (STS1068/2010, de 2 de diciembre). El condenado no tiene por qué soportar las cargas económicas derivadas de la intervención de quienes no siendo perjudicados por el delito se personan en la causa en la defensa de un interés público que ha de presumirse respaldado por el Ministerio Fiscal (SSTS 947/2009, de 2 de octubre o 903/2009, de 7 de julio). Se admiten en ese principio general algunas excepciones: a) los supuestos de ejercicio de la acción popular en defensa de intereses difusos (SSTS. 1811/2001 de 14 de mayo; 1318/2005 de 17 de noviembre, 149/2007 de 26 de febrero; 381/2007 de 24 de abril; o 413/2008 de 30 de junio); b) algunos casos en que podría hablarse una acusación “cuasi-particular” por cuanto su interés no es del todo ajeno a los del perjudicado directo que viene a asumir, aunque haya tenido que amoldar su personación a la figura del acusador popular por el concepto más estricto de ofendido por el delito (vid. STS 1185/2008, de 2 de diciembre que respalda la inclusión de las costas causadas por el tutor testamentario y sustituto hereditario de la incapaz perjudicada por el delito, aunque actuase en nombre propio y sin ostentar una representación que no tenía conferida); y c) cuando su actuación haya sido imprescindible, decisiva y determinante, de forma que pueda concluirse que el delito no se hubiese sancionado sin la concurrencia de esa acusación popular (STS 692/2008, de 4 de noviembre, -aunque la idea está expresada no como *ratio decidendi*, sino en un *obiter dicta* -, STS413/2008, de 30 de junio en la que se llega a conceder que ni siquiera es imprescindible que el Fiscal no ejercitase pretensión acusatoria, bastando con identificar actuaciones procesales exclusivas del actor popular que se hayan revelado como verdaderamente decisivas; o, *sensu contrario*, STS149/2007, de 26 de noviembre). Pero el principio general es que el condenado no ha de asumir los gastos ocasionados por el ejercicio de ese derecho. No queda justificada la fisura en ese principio general consolidado. De no mantenerse, se abriría el paso a una perturbadora proliferación de “acusaciones populares profesionalizadas” con el exclusivo propósito particular (contrario a la esencia y origen de la acusación popular, expresión de una preocupación ciudadana por los intereses generales) de obtener unos honorarios seguros mediante la personación sistemática en supuestos en que siendo su concurso perfectamente prescindible, es pronosticable la alta probabilidad de una condena de quien es o puede ser solvente. La Asociación aquí constituida como acusación popular por sus fines estatutarios y por su trayectoria está muy lejos de ese perfil y se mueve en ámbitos de mayor

Respecto de la pena, el que intencionadamente ayude la víctima a entrar en territorio o a transitar será castigado “con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año” (art. 318 bis, n. 1, del CP), mientras que el que ayude, con ánimo de lucro, la víctima a permanecer en España será castigado “con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año” (art. 318 bis, n. 2, del CP).

En la misma pena, además, de “inhabilitación absoluta de seis a doce años”, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 318 bis, n. 4, del CP).

A la persona jurídica 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” (art. 318 bis, n. 5, del CP). Los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33, es decir: la disolución de la persona jurídica; la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva, y si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. Y la intervención

proximidad con las asociaciones constituidas para la defensa de intereses colectivos o difusos, que han propiciado la apertura de algunas brechas en la regla general. Pero es básico mantener la máxima rigidez del criterio general y una perspectiva restrictiva en la admisión de excepciones. No estamos aquí ante esos derechos de tercera generación a que se refería la STS 1318/2005 y cuya defensa reclama el concurso de asociaciones o agrupaciones colectivas; ni la actuación procesal de la acusación popular, siendo correcta en todos los sentidos, ha aportado elementos determinantes de forma que pudiese llegar a considerarse que ha servido para suplir omisiones o déficits de la acusación pública; ni existe esa proximidad de lazos con la persona física ofendida necesitada de tutela que ha servido de argumento para otras excepciones” (Cfr. STS 977/2012).

judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La responsabilidad penal es exigible a una persona jurídica respecto de los delitos tasados que están expresamente declarados en las disposiciones del Libro II del Código Penal, a saber: trata de seres humanos, tráfico ilegal de personas, delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos, estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos, delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, delitos de riesgo provocados por explosivos, delitos contra la salud pública, falsificación, cohecho, tráfico de influencias, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, financiamiento del terrorismo, y contrabando en las condiciones previstas en el art. 2.6 de la Ley Orgánica n. 6/2011 por relación al 31 bis del Código Penal.

R. Libertad condicional

Respecto de la libertad condicional, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal, ha traído entre sus novedades una nueva concepción de la libertad condicional. Esta deja de entenderse a partir de ahora como tiempo efectivo de cumplimiento de condena, para convertirse en una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena que resta por cumplir.

Resulta especialmente llamativo, dentro de ese cambio operado en la forma de entender la libertad condicional, que el legislador haya decidido no tener en cuenta el período transcurrido en situación de libertad condicional a efectos de cómputo del tiempo de cumplimiento de condena en caso de producirse la revocación de la libertad condicional, al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora.

Dicho de otro modo, si durante el tiempo de suspensión de la condena el juez revoca la libertad condicional, bien por comisión de nuevo delito, bien por incumplimiento grave de las condiciones impuestas, el penado deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin que el tiempo que ha pasado en situación de libertad condicional sea tenido en cuenta. Es decir, lo que en la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se introdujo como excepción para los penados por delitos de terrorismo, se generaliza ahora para toda la población penitenciaria.

La última reforma del Código penal, llevada a cabo por la LO 1/2015 acomete una completa revisión y actualización del Código penal de contenido heterogéneo, que afecta a ámbitos muy diversos, entre otros, se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas para ofrecer una sistema penal más ágil y coherente, se introducen nuevas figuras delictivas, se adecuan otras ya existentes y se suprimen aquellas que por su escasa gravedad no merecen reproche penal, todo ello con el objetivo de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia, que aparecen en una sociedad moderna y evolucionada en los términos que se referencian en la propia Exposición de motivos.

Por lo que se refiere al aspecto material, las principales reformas que introduce esta LO 1/2015, que afectan al cumplimiento de la condena, se concretan en cuatro materias principales: 1) La clasificación directa a tercer grado en el art. 36.3 del CP; 2) La sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional en el art. 89 del CP; 3) La suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional de los arts. 90, 91 y 92 del CP; 4) La introducción de la nueva modalidad punitiva de la prisión revisable⁴³⁴.

Sobre la clasificación directa a tercer grado, posibilita la clasificación en tercer grado por parte de tribunal y/o juez de vigilancia directamente, tanto para las condenas de prisión permanente revisable como en el caso de los delitos enumerados en el n. 2 del precepto. A estos efectos son importantes para las autoridades judiciales las informaciones precisas

⁴³⁴ Cfr. Instrucción n. 4/2015 de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior).

sobre la valoración de la escasa peligrosidad del interno para delinquir, y, particularmente, de los septuagenarios en prisión.

Respecto al régimen de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, el art. 89 del CP supone una reforma frente a la anterior regulación, al limitar el ámbito objetivo de aplicación de la sustitución por expulsión a penas superiores a una año de prisión y ampliar el ámbito subjetivo a cualquier ciudadano extranjero, no solamente a los que carezcan de residencia legal, si bien establece que no procederá la expulsión cuando ésta resulte desproporcionada.

Entre las modificaciones más significativas en relación con la ejecución de penas cabe destacar lo siguiente: 1) Resolver sobre la sustitución de la ejecución de la pena sólo cabe en sentencia o, si no fuera posible, posteriormente con la mayor urgencia. Salvo que la expulsión resulte desproporcionada, los jueces y tribunales deberán acordar en sentencia la sustitución íntegra o, excepcionalmente, la ejecución de una parte de la pena, cuando se trate de penas no superiores a cinco años y para el caso de penas superiores la ejecución de todo o parte de la pena. 2) Son condiciones alternativas para la sustitución parcial de la pena por expulsión el cumplimiento de la parte determinada de la pena, el acceso al tercer grado y la concesión de la libertad condicional. 3) Se ha regulado expresamente la sustitución de penas de prisión por expulsión de ciudadanos de la Unión Europea reservada para aquellos supuestos en los que el autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.

A su vez, con relación a la suspensión del resto de la pena y concesión de la libertad condicional de los arts. 90, 91 y 92 del CP, la reforma ha introducido un único régimen de suspensión de la pena, que ofrece diversas alternativas, siendo una de ellas la libertad condicional. De esta forma la libertad condicional deja de ser una figura autónoma, y pasa a convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena. Esto supone que la libertad condicional deja de ser una forma específica de cumplimiento de la pena privativa de libertad, convirtiéndose en la suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un determinado plazo, que puede ser el que resta de condena u otro

superior entre 2 y 5 años, computable desde la puesta en libertad del penado. Si durante ese plazo el penado no comete un delito y cumple las condiciones que le hayan sido impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; si por el contrario, delinque o incumple gravemente las condiciones, la libertad le será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin abono del tiempo de la suspensión.

Por su vez, la LO 1/2015 mantiene los requisitos para la concesión en los cinco supuestos de libertad condicional existentes (libertad condicional básica, adelantada, cualificada, de terroristas y crimen organizado y de septuagenarios y enfermos incurables) con algunas modificaciones a las que se hará referencia, e introduce dos nuevas clases de libertad condicional: la libertad condicional de los primarios y la libertad condicional de los condenados a la nueva pena de la prisión permanente revisable.

La libertad condicional básica está regulada en el apartado 1º del art. 90 del CP, que mantienen los mismos requisitos para su concesión: 1) Que se encuentre clasificado en tercer grado; 2) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta; 3) Que haya observado buena conducta. El art. 90.1, párrafo 2º, del CP, con la nueva redacción introducida por la LO 1/2015, pasa a señalar que “para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Ello conlleva un pronóstico de baja peligrosidad criminal, como tácitamente advierte el art. 90.5, párrafo 3º, del CP, cuando señala que “asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”.

En la libertad condicional adelantada, regulada en el apartado 2º del nuevo art. 90 del CP, se confirma la subsistencia de la libertad condicional adelantada a los 2/3 de la condena. También se introduce en la nueva regulación un matiz de flexibilidad, cual es que las actividades laborales, culturales y ocupacionales durante el cumplimiento de la condena se hayan desarrollado bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa del recluso.

En la libertad condicional cualificada, disciplinada también en el apartado 2º del art. 90 del CP, se reproduce el régimen vigente sobre el adelantamiento cualificado de la fecha de la libertad condicional sobre el plazo de las 2/3 partes de la condena, a propuestas de las instituciones penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, una vez extinguida la mitad de la condena, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena.

Respecto a la libertad condicional de internos primarios, el apartado 3º del reformado art. 90 del CP incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados que cumplen su primera condena de prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena corta, que no supere los tres años de duración. En estos casos, se adelanta la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena, si cumplen el resto de los requisitos exigidos en dicho precepto. Este régimen favorable para la delincuencia primaria no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 90.3, apartado último, del CP), ni tampoco cuando estén condenados por delitos de terrorismo (Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP) o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.8, apartado final, del CP).

En la libertad condicional de terroristas y crimen organizado, en los términos del art. 90.8 del CP, conforme la nueva regulación, se reproduce la suspensión de la ejecución del resto de la condena y la concesión de la libertad condicional en los mismos moldes que la

anterior; no se han introducido innovaciones significativas y, tal como ya estaba regulado, en estos casos, no es posible el adelantamiento de la libertad condicional en ninguno de sus supuestos.

En el reformado art. 91 del CP, a su vez, se regula la libertad condicional de septuagenarios y enfermos incurable, manteniéndose esta institución de corte humanitario y conservando, en gran medida, la regulación del anterior artículo, con algunas reformas puntuales. Se mantiene la diferencia entre la situación de enfermo muy grave con padecimientos incurables y de enfermo terminal en peligro inminente de muerte.

Esta diferencia es trascendental, pues significa que al enfermo muy grave con padecimientos incurables, el único requisito del que se le dispensa para la suspensión de la ejecución del resto de la condena y la concesión de la libertad condicional es el del cumplimiento del tiempo mínimo exigible (3/4, 2/3 partes de la condena o, en su caso, la mitad), lo que supone que el penado deberá cumplir el resto de los requisitos (tercer grado, buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social). Sin embargo, cuando se trata de un enfermo terminal en peligro inminente de muerte se puede prescindir de cualquier requisito, incluido el tercer grado, aunque es preciso contar con un pronóstico final del centro penitenciario, en el que se valoren las circunstancias personales del penado, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

Con relación a la libertad condicional a los condenados a la prisión permanente, el art. 92 del CP se dedica a regular los requisitos aplicables a la suspensión condicional parcial de la pena de prisión permanente, que son muy semejantes a los exigidos para las penas temporales. Se añade como específico en estos casos que si el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) del art. 92 del CP, se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos y, además, que la competencia para su concesión es del Tribunal sentenciados, aunque la revocación corresponde al juez de vigilancia.

Por último, respecto a la libertad condicional de los extranjeros, sigue la posibilidad

de proposición de la vía del retorno voluntario. Se ha de señalar, entretanto, que la transposición de la Decisión Marco (2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada, con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas por la Ley n. 23/2014, de 20 de noviembre, no ha sido amplia suficiente para atender a las exigencias del precepto de la Unión Europea.

CAPÍTULO X

**LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LA REPRESIÓN DEL
TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS**

I. La tutela jurídica de tercera generación

Históricamente, los derechos humanos resultan la razón última del constitucionalismo moderno⁴³⁵. Este vínculo esencial entre el Estado y la Libertad, en los denominados sistemas demoliberales, ha permitido una evolución coetánea entre las instituciones de éstos y las exigencias de aquélla, siempre con el impulso acordado por la sociabilidad, de reconocer al hombre en sociedad unos grados más altos de aseguramiento de su dignidad⁴³⁶.

La praxis de la libertad ha impuesto una lógica de categorizaciones que se traduce, por virtud de la especialización, en clasificaciones doctrinales y legales, cuya primera consecuencia se encuentra en el abandono del tratamiento de la libertad, como valor singular, propio del pensamiento liberal clásico, para adoptar el reconocimiento de libertades de distinta categoría según el fin perseguido por la autodeterminación, el principio garantizador del Estado y la protección Internacional de derechos humanitarios. De ahí, el surgimiento de los derechos conocidos como de la primera, segunda y tercera generación⁴³⁷.

Los derechos de la primera generación se integran por “las libertades públicas” que durante el periodo clásico del liberalismo imponían al Estado la obligación de “dejar hacer y

⁴³⁵ La forma de constitucionalismo hoy imperante en Estados con justicia constitucional concentrada está más cerca en su sustancia del modelo de la *judicial review*, si bien combinando decisivamente la idea de “norma fundamental de garantía”, tomada de esa tradición, con la de “norma directiva fundamental”, proveniente de la revolucionaria francesa. Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; y RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*, Madrid: Doxa, 2000.

⁴³⁶

Véase FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta/Universidad Carlos III, 1996; y CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Ciudad de México: Porrúa/UNAM, 2002; LA PORTA, Francisco, *El ámbito de la Constitución*, Madrid: Doxa, 2001.

⁴³⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 2005; y PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

dejar pasar", a fin de proteger el libre desarrollo de la personalidad individual. Se tratan de garantías que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de ésta y se niegan posibilidades propias del ser. La lista de los derechos de esta generación se encuentra en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789. Estas garantías vienen a inspirar todo el Constitucionalismo europeo, y por transferencia cultural el latinoamericano del siglo XIX⁴³⁸.

Los derechos de la segunda generación se conforman por el conjunto de garantías que reciben el nombre de "derechos asistenciales", cuya principal característica es la de que no son simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga u obligación al Estado, frente al cual el individuo es situado en el marco social en la condición de acreedor de ciertos bienes que debe dispensarle el aparato político, principalmente a través de la función administrativa, que con la adopción garantizadora comentada, viene a ocupar un amplio espacio en el poder público. Igualmente imponen estos nuevos derechos, cargas a ciertas libertades públicas, tal el caso de la función social que es señalada a la propiedad privada. Esta generación nace, adicionada a la anterior, en el siglo XX.

Sin perjuicio de algunos textos constitucionales precursores, entre los cuales se encuentran la Constitución Alemana de 1919, los cambios llevados a cabo por la interpretación de la Constitución en los países neocapitalistas, a fin de señalar los alcances sociales del Estado, llegó a convertirlo en un Estado Social de Derecho, es decir, un Estado de Derecho que actualizase los postulados liberales del Estado de Derecho y los armonizase con las exigencias de la Justicia Social. Así, nacen los derechos de la tercera generación. La componen los derechos a la paz, al entorno, al patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social. Se diferencian estos derechos de los de la primera y segunda generación en cuanto persiguen garantías para la "humanidad considerada globalmente". No se tratan en ellos del individuo como tal ni en cuanto ser social, sino de la promoción de la "dignidad de la especie humana en su conjunto", por lo cual reciben igualmente el nombre de derechos "solidarios". Su carácter solidario presupone para el logro

⁴³⁸ Cfr. GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Breve historia de la cultura europea*. Madrid: Rialp, 2005, pág. 17.

de su eficacia la acción concertada de todos los "actores del juego social"⁴³⁹.

A partir de los años 70, en general, se está asistiendo a la aparición de todo un conjunto de nuevos derechos humanos, que tratan de responder a los retos más urgentes que tiene planteados ante sí la comunidad internacional. Entre los derechos humanos que han sido propuestos para formar parte de esta nueva frontera de los derechos humanos se encuentran el derecho al desarrollo; el derecho a la paz; el derecho al medio ambiente; el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad y el derecho a la asistencia humanitaria⁴⁴⁰.

Diferentes son los factores que han propiciado, y siguen propiciando, la aparición de estos nuevos derechos humanos. En primer lugar, el proceso descolonizador de los años 60 supuso toda una revolución en la sociedad internacional y, por ende, en el ordenamiento jurídico llamado a regularla, el Derecho internacional. Este cambio también ha dejado sentir su influencia en la teoría de los derechos humanos, que cada vez se va a orientar más hacia los problemas y necesidades concretos de la nueva categoría de países que había aparecido en la escena internacional: los países en vías de desarrollo. Si fueron las revoluciones burguesas y socialistas las que dieron lugar a la primera y segunda generación de derechos humanos, respectivamente, es esta revolución anticolonialista la que da origen a la aparición de los derechos humanos de la tercera generación⁴⁴¹.

Otro factor que ha incidido de una forma notable en el surgimiento de estos derechos de la solidaridad es la interdependencia y globalización presentes en la sociedad internacional a partir de los años 70. Cada vez más los Estados son conscientes de que

⁴³⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio, *La tercera generación de Derechos humanos*, Navarra: Aranzadi, 2006, pág. 28.

⁴⁴⁰ Véase GÓMEZ ISA, Felipe, *Derechos humanos: concepto y evolución*, Vizcaya: Universidad del País Vasco, 2006; además, ALSTON, Philip, *The United Nations and human rights*, Oxford: Clarendon Press, 1992; BUERGENTHAL, Thomas y KISS, Alexander, *La protection internationale des Droits de l'Homme*, Estrasburgo: N.P. Engel, 1991; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995; CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, Barcelona, 1991.

⁴⁴¹ Véase GÓMEZ ISA, Felipe, *Derechos humanos ... op. cit.*, pág. 4.

existen problemas globales, como es el fenómeno del tráfico ilegal de personas, cuya solución exige respuestas coordinadas, esto es, recurrir a la cooperación internacional. Consecuencia de este cambio global, los derechos de la tercera generación son derechos que enfatizan la necesidad de cooperación internacional y que tienen una dimensión básicamente colectiva.

Ahora bien, esta nueva generación de derechos humanos no ha sido aceptada de forma pacífica ni por la doctrina iusinternacionalista ni por los propios Estados, existiendo un intenso debate en torno a ellos. Salvo el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, ninguno de los otros nuevos derechos ha sido reconocido mediante un instrumento convencional de alcance universal, es decir, mediante un tratado internacional vinculante para los Estados que lo ratifiquen. El reconocimiento de estos nuevos derechos se ha efectuado principalmente a través de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que nos plantea el espinoso tema del valor jurídico de tales resoluciones.

Por lo tanto, se está ante unos nuevos derechos humanos que estarían todavía en proceso de formación; serían derechos humanos en *statu nascendi*, dado que los Estados, principales creadores del Derecho internacional, se muestran reacios a su reconocimiento en otro instrumento que no sean resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁴².

El reconocimiento de derechos de tercera generación que respectan la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto justificaría una extensión extraterritorial de incidencia de la ley penal, más allá de la existencia de intereses particulares de cada Estado, es decir, el reconocimiento, en el plan del Derecho internacional, de un verdadero deber de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, no más restringido a los imperativos sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva, en los casos de represión al fenómeno de tráfico de personas.

⁴⁴² Véase GÓMEZ ISA, Felipe, *Derechos humanos ... op. cit.*, pág. 12.

Los principales retos que se le plantean en la actualidad a los derechos humanos serían los siguientes: 1) El establecimiento de una concepción amplia y omnicomprensiva de los derechos humanos - Para una adecuada comprensión de éstos es necesario proteger tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. En la actualidad, una vez caído el Muro de Berlín, parece acechar una especie de pensamiento único sobre la teoría de los derechos humanos, dando importancia tan sólo a las libertades clásicas de las democracias occidentales, los derechos civiles y políticos. Sin embargo, desde la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos hay que defender también la urgente necesidad, sobre todo en el Tercer Mundo, de promover los derechos económicos, sociales y culturales y, asimismo, los derechos de la tercera generación. 2) El logro de una verdadera concepción universal de los derechos humanos - Ello constituye uno de los principales problemas a los que se enfrentan actualmente los derechos humanos, pues su proclamado carácter universal es cuestionado por el relativismo cultural de quienes sostienen que no deben prevalecer sobre las prácticas sociales y culturales tradicionales propias de diferentes sociedades, aunque supongan una conculcación de aquéllos. El camino hacia la universalidad pasa inexorablemente por el diálogo intercultural, un diálogo abierto, sincero, sin prejuicios y que, progresivamente, vaya acercando unas posturas que en la actualidad se encuentran muy alejadas entre sí. 3) La influencia de la globalización en los derechos humanos - La globalización, uno de los signos de los tiempos actuales, está ejerciendo una influencia cada vez mayor en el disfrute de los derechos humanos en áreas importantes del planeta. 4) Mejora de los mecanismos de protección de los derechos humanos tanto en la esfera nacional como en la internacional - Una vez que el desarrollo normativo en el campo de los derechos humanos ha llegado a ser muy importante, mediante el crucial papel de las Naciones Unidas y las diferentes organizaciones internacionales, la siguiente tarea es el perfeccionamiento de los sistemas de protección de los derechos humanos, haciendo más cercano al ciudadano el poder acudir a instancias que puedan proteger efectivamente sus derechos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional⁴⁴³.

⁴⁴³ Véase GÓMEZ ISA, Felipe, *Derechos humanos ... op. cit.*, pág. 17. Los derechos de tercera generación suponen una mayor participación por parte del gobierno para lograr que efectivamente sean respetados, en muchos de los casos implican una intervención positiva a diferencia de los de primera

El apoyo fundamental de toda doctrina y de toda teoría acerca de los derechos humanos se encuentra en una filosofía humanista, cualquiera que sea el matiz o la fórmula concreta y definida que adopte. Para este efecto, filosofía humanista es la que postula los más altos valores del hombre como el objetivo de toda construcción de la cultura. El derecho de la persona humana a ser respetada por los demás y a que se le considere el eje de toda estructura social, debe ser la base de cualquier teoría de los derechos humanos⁴⁴⁴.

Las circunstancias que dan nacimiento a los nuevos derechos de tercera generación son específicas del momento actual y pueden ser resumidas de la siguiente manera: 1) Contaminación de las libertades que alude a la degradación sufrida por los derechos humanos ante el uso de nuevas tecnologías - La revolución tecnológica ha afectado los derechos humanos ya que afecta todas las dimensiones de la vida social: a) La relaciones con la naturaleza que dan nacimiento a los derechos ecológicos o del medio ambiente. b) El replanteamiento del derecho a la vida en virtud de los avances en biología genética. c) Respecto de la posibilidad de prolongar artificialmente la vida, en virtud de los avances en tecnología médica y que por contraposición plantean el derecho a morir. d) Los avances en materia de informática y telecomunicaciones nos plantean el derecho a la intimidad. e) Así mismo el derecho a la libertad informática y en general la contraposición del derecho a estar informado con el derecho a la intimidad y con el derecho a no estar informado. f) Los avances en tecnología armamentista y que han llevado a la posibilidad de destruir toda vida humana sobre la tierra, ha dado surgimiento al derecho a la paz. g) El derecho a la seguridad social-laboral también se ha visto transformado en virtud de las nuevas tecnologías como la energía nuclear y atómica. 2) También encontramos la decepción ante el incumplimiento por parte de los Estados para proteger las garantías consagradas en los diversos cuerpos legales. 3) La falta de garantía eficaz en los derechos económicos sociales y culturales tanto

generación, que generalmente exigen del gobierno una abstención, es decir, que se limite a respetarlos. Los derechos de tercera generación son los de las personas, pero también de los grupos étnicos, laborales, sociales o de cualquier otra naturaleza a los cuales pertenezcan.

⁴⁴⁴ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Madrid: Editorial Aranzadi, 2006; MARTIN LIPSET, Seymour, *El excepcionalismo norteamericano*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000; y DE LA CUEVA, Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación*, Madrid: Tecnos, 1990.

en el ámbito regional como en el ámbito internacional⁴⁴⁵.

En gran medida los derechos de tercera generación están impulsados por el sentimiento de una mayor eficacia en la observancia de los derechos humanos, y de alguna manera al tratar de individualizarlos se les concede una mayor posibilidad de ser efectivamente respetados; es palpable que impera la idea de que los derechos humanos que están planteados de una manera más general, y por lo tanto con una menor intervención y responsabilidad del Estado, son más difíciles de salvaguardar, en tanto que los derechos más individualizados y que exigen una mayor participación del Estado, pueden ser más eficazmente protegidos. En realidad, los derechos de tercera generación, para que garanticen una concordancia con los derechos fundamentales del hombre, deberá derivar de ellos y no emanar como algo nuevo derivado de las circunstancias actuales; que es como la mayor parte de la doctrina los concibe o al menos, justifica o explica.

II. La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción universal

La jurisdicción internacional es la capacidad de la corte de cualquier Estado para juzgar o enjuiciar a personas por crímenes cometidos fuera de su propio territorio (jurisdicción territorial) sin que esto esté unido al Estado por la nacionalidad del sospechoso (jurisdicción de la personalidad activa), o de las víctimas (jurisdicción de la personalidad pasiva) o por daño a los intereses nacionales del propio estado (jurisdicción protectora).

La consideración (*de lege ferenda*) del delito de tráfico de personas, en dadas circunstancias, como un delito de tercera generación⁴⁴⁶, determinaría en el plan del Derecho

⁴⁴⁵ Cfr. ESTRADA LÓPEZ, Elías, *Derechos de tercera generación*, Guadalajara: Universidad Panamericana, 2006, pág. 250. Véase además KRIEGER, Emilio, *En defensa de la Constitución*, México: Grijalbo, 1994; y CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1994.

⁴⁴⁶ Es importante diferenciar y no confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales o fundamentales. Aunque generalmente los derechos humanos se suelen recoger dentro de los derechos constitucionales, no siempre coinciden. Para determinar qué derechos son constitucionales, basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por las constituciones políticas de los Estados; el concepto de “derechos humanos” pertenece más bien al ámbito de la Filosofía del Derecho. Véase GALLARDO, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Quito: SERPAJ/Editorial Tierra Nueva, 2000.

internacional, que la jurisdicción universal incondicionada pueda ser aplicada sin importar la nacionalidad de la persona acusada o la de la víctima. La aplicación más amplia de la jurisdicción internacional permitiría a los Estados ejercer su jurisdicción sobre los perpetradores de crímenes bajo la ley internacional si éstos fuesen cometidos en el exterior, incluso si el sospechoso no estuviese presente en el Estado donde el fiscal o los jueces investigan el delito.

A nuestro modo de ver, la mencionada jurisdicción universal incondicionada debería ser priorizada para los siguientes casos: 1) en que se pueda observar una falta de voluntad política del Estado de origen, cuando deja sistemáticamente de perseguir esa clase de delitos (en ese contexto, se incluye la ineficacia de los órganos persecutorios (policía, poder judicial, y de ejecución); 2) en los casos en que la penalidad a ser aplicada para el delito en el país de origen no sea suficiente para la punición ejemplar del delincuente; y 3) cuando no haya acuerdos o tratados de extradición y readmisión entre los países.

Sin embargo, esa evolución normativa internacional aún es una frontera más que necesita ser superada por la sociedad de los Estados. Así, la “transnacionalidad delictiva”, ya reconocida a nivel de positivación del fenómeno de tráfico de personas sería convertida en persecución reforzada, en virtud de la aplicación del principio de la jurisdicción universal incondicionada donde, además, no se hablaría de la necesidad de una “conexión con un interés nacional” como elemento legitimador en el marco del principio de justicia universal, siempre, claro, con observancia a las leyes internas y los tratados, que dan efectivamente lugar a la aplicación de los criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal.

Ha de resaltarse que la jurisdicción universal incondicionada no se rige por el principio de “subsidiariedad”, sino por el de “conurrencia”, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la jurisdicción territorial. Ello no exige una acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querrela, sino la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido perseguidos de modo efectivo.

La persecución del tráfico de personas, en los moldes de principio de justicia universal, se aplicaría idealmente como principio de *ius cogens* del Derecho internacional. La importancia del *ius cogens* o Derecho imperativo internacional se deriva de su contenido. Sus normas protegen valores esenciales compartidos por la comunidad internacional. Se puede decir que el *ius cogens* sería la encarnación jurídica de la conciencia moral de la sociedad internacional.

La década de los sesenta representó para los miembros de la comunidad internacional, el surgimiento de un nuevo espíritu de renovación y transformación de las relaciones interestatales en donde la sustitución de una antigua noción de soberanía absoluta por el concepto de interdependencia de los Estados fue considerado, no solamente como un deseo altruista de sus miembros sino como una necesidad realizable a través del derecho.

Es así como, la idea de una sociedad internacional consolidada, en la cual los fines egoístas de Estados yuxtapuestos y la simple coexistencia empiezan, aparentemente, a ceder ante el concepto de una comunidad de intereses y valores, más democrática e institucionalizada, regulada por un orden público internacional, fundado en la imperatividad de ciertas normas de derecho internacional general o normas *ius cogens*⁴⁴⁷.

La imperatividad de estas normas se justifica en la existencia de un orden público internacional que, aunque se encuentre en proceso de consolidación, existe para todos los Estados, quienes no podrían sustraerse válidamente de su cumplimiento sin atentar contra valores y principios propios de la comunidad internacional y sin poner en riesgo la seguridad e intereses colectivos del sistema. Un reconocimiento de las normas *ius cogens* por los Estados, que puede surgir inclusive desde sus representaciones en conferencias multilaterales, en las cuales se materializa la conciencia internacional y se expresan las exigencias y tendencias de la vida internacional, en cuanto escenario propicio, para que los

⁴⁴⁷ Cfr. VARÓN MEJÍA, Antonio, *Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho internacional y la Convención de Viena de 1969*, Rosario: Universidad del Rosario, 2014, pág. 12.

Estados se pronuncien sobre el valor de las reglas preexistentes⁴⁴⁸.

Es el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el *ius cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

Las normas de *ius cogens* generan obligaciones frente a todos los sujetos de la comunidad internacional, por lo que el alcance de la responsabilidad derivada de la violación de una norma imperativa es más amplio que la que surge de un ilícito común. La relación entre la consolidación del concepto de *ius cogens* y los derechos humanos es evidente y por eso el derecho imperativo ilustra perfectamente el proceso de “humanización” del Derecho internacional. Se trata también de un ámbito del Derecho internacional que tiene un considerable potencial transformador del ordenamiento jurídico en su conjunto y, en última instancia, de la sociedad internacional.

La idea de la existencia de normas superiores de la comunidad internacional, imperativas, de *ius cogens*, tiene una larga presencia histórica, si bien, formalmente, con esa designación, recién ha ingresado en el Derecho internacional, a través de la referida Convención de Viena. Y las principales cuestiones en materia de *ius cogens* giran en torno a su origen, a su fundamento filosófico, a su naturaleza, a su contenido, a las consecuencias de su violación⁴⁴⁹.

El hecho de que la Convención de Viena en materia de tratados haya definido a la norma imperativa de Derecho internacional general como aquella que es “aceptada y reconocida” por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior que

⁴⁴⁸ Cfr. VARÓN MEJÍA, Antonio, *Orden público internacional op. cit.*, pág. 14.

⁴⁴⁹ Cfr. DE CLÉMENT, Zlata Drnas, *Las normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens). dimensión sustancial*, Buenos Aires: Acader, 2011, pág. 5.

tenga el mismo carácter, ha llevado a algunos internacionalistas a entender que el art. 53 de la referida normativa reflejaría un reconocimiento de la existencia del Derecho natural.

Ello, en tanto la “aceptación” al igual que el “reconocimiento”, si bien constituyen procesos diferentes, ambos actos presuponen la preexistencia de la formulación normativa, llevando al *ius cogens* a un plano extrapositivo. Quienes han negado que haya recepción alguna del jusnaturalismo en esa conceptualización han puesto el acento en que para que la norma exista hace falta la voluntad de la comunidad internacional de Estados de aceptarla y reconocerla como tal. Por otra parte, han acentuado que el hecho de que una norma de *ius cogens* pueda ser modificada por otra norma de igual carácter es prueba de que su origen no se halla en el derecho natural⁴⁵⁰.

En realidad, la noción jurídica de norma imperativa de Derecho internacional general, expresa en términos jurídicos una aspiración ética que aparece incluso en diversas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la que ha invocado “elementales consideraciones de humanidad”, “principios que obligan a los Estados al margen incluso de todo vínculo convencional”, “intereses de la humanidad en general” y “misión sagrada de civilización”⁴⁵¹.

Ha de destacarse que si bien las normas de *ius cogens* poseen una fuerte connotación ética, no significa necesariamente que ellas sean normas éticas pertenecientes a un derecho natural exterior al derecho positivo. Son normas del derecho positivo con un rango particularmente elevado en el seno de ese tipo de normas. El que se reconozca que ellas tienen un alto contenido ético no implica ninguna contradicción. Además, resaltase que el *ius cogens* ha tomado su puesto en el derecho positivo principalmente en reacción a los crímenes cometidos en el siglo XX. Tal el ejemplo del genocidio, acto de interdicción plena, absoluta, definitiva, por parte del Derecho internacional.

⁴⁵⁰ Cfr. DE CLÉMENT, Zlata Drnas, *Las normas imperativas ... op. cit.*, Buenos Aires: Acader, 2011, págs. 6-7.

⁴⁵¹ Véase <http://www.icj-cij.org/>

Por su vez, se ha señalado en la doctrina la diferencia entre normas de derecho internacional general y normas particulares. Así, se ha destacado el carácter relativo de las normas particulares, en la medida en que sólo son oponibles a los Estados que han contribuido a su formación, a diferencia de las normas universales, generales, las que son oponibles a todos los Estados. En otro orden de cosas, también se ha resaltado la necesidad de probar la existencia de una norma particular por parte de quien la invoca, a diferencia de quien invoca la existencia de una norma universal, quien no necesita hacerlo.

Además, suele acentuarse la diferencia relativa a los efectos del incumplimiento de una norma consuetudinaria por parte de los Estados. En el caso de violación de una norma convencional, el incumplimiento por parte de un Estado de una norma del tratado, habilita al otro a suspender o dar por terminado el deber de cumplimiento de otra norma del mismo tratado. Pero, en el caso del derecho consuetudinario, el hecho de que un Estado no cumpla una norma no justifica que el otro Estado se rehúse a cumplirla. Ello es así dado que las obligaciones convencionales, en principio, revisten carácter correlativo, en tanto las normas consuetudinarias, de Derecho internacional general, lo trascienden.

Se ha señalado también que las normas de *ius cogens* constituyen “deberes” y no “obligaciones”; que su violación, *erga omnes*, no genera para los Estados de la comunidad internacional derechos subjetivos tales como para exigir el comportamiento en que el deber consiste, sino, como mucho, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber, por ejemplo, a través de órganos representativos de la comunidad de Estados. Tal posición se debe a la falta de distinción en la relación (género-especie) “violación de norma *erga omnes*” y “violación de normas de *ius cogens*” y las consecuencias sustanciales que tal distinción implica.

En lo que hace a la generación formal de la norma de *ius cogens*, aparentemente, para que la norma exista, basta constatar la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” o “comunidad internacional en su conjunto”, no significa la unanimidad sino que se refiere a los “componentes esenciales” de la misma (todos los sectores de la

comunidad internacional). No obstante, esa imperatividad de la norma es fijada para todos los miembros de la comunidad internacional.

III. La consideración del delito de tráfico de personas como delito internacional

En muchos casos de tráfico ilegal de personas se ha constatado la participación, sea por decisiones u omisiones, de autoridades públicas y políticas, y de particulares que tienen una gran influencia en la conducción de las políticas internas de un país. La situación especial exige *de lege ferenda* que, en plano del Derecho internacional, el delito de tráfico de personas se constituya en un “delito internacional”, cuando tales agentes violen o amenacen derechos fundamentales, a fin de evitar un atentado grave contra la dignidad de la persona humana.

Son situaciones que resultan que el “Estado es sensible al tráfico”, que recibe el tráfico de personas y está amenazado de convertirse en un “Estado bajo la influencia del narco”. Éste presenta características del país en el cual ciertos miembros del aparato de Estado están implicados, a título individual, en el tráfico de drogas a todos los niveles. Hay también situaciones donde existe un “Narco-Estado”, es decir, un país en el cual el Estado o un sector del aparato de Estado se encuentra implicado en el tráfico y/o utiliza los beneficios del tráfico de drogas, armas, de personas etc. Y, por fin, algunos países pueden encontrarse en una posición otra concreta, real, aún más dramática, cuando los supuestos básicos del Estado han sido superados por el tráfico, como el caso del “No-Estado o Territorio del Tráfico”, cuando el gobierno del país no controla el territorio en el que se desarrolla el tráfico⁴⁵².

⁴⁵² El Narco-Estado se deriva del término “Estado Profundo” (en turco: *derin devlet*), y es entendido como las relaciones entre fuerzas de seguridad, mafia y grupos nacionalistas; y por Peter Dale SCOTT como la “simbiosis entre los gobiernos (y en particular sus agencias de inteligencia) y las asociaciones criminales”. A partir de ese acontecimiento, los carteles de la droga, mediante millonarios aportes económicos, financian las candidaturas de políticos a cargos públicos electivos a cambio de garantizarles impunidad, protección y amparo del poder estatal en sus operaciones. Asimismo, dicho poder se ha extendido a los estamentos militares y policiales, aprovechando las bajas condiciones de vida de sus componentes para infiltrarlos y corromperlos para que sirvan a sus intereses. Un país o territorio para alcanzar ese estatus debe caracterizarse por un escaso poder de las autoridades, graves deficiencias legales, un Estado demasiado débil y funcionarios

A menudo, los Estados extranjeros persiguen indirectamente a esas autoridades o a las personas que actúan detrás del poder estatal a través de “órdenes de arresto internacional”, con objetivo, por ejemplo, de represión a la práctica de blanqueo de capitales, producto del tráfico de personas, y que haya repercutido en sus esferas de interés⁴⁵³. Esas medidas, no obstante bien intencionadas, son claramente insuficientes para contrastar el fenómeno de tráfico de personas en esas graves situaciones, pues, sólo el cambio de paradigmas para considerar el delito de tráfico de personas, en casos especiales, como un delito internacional, autorizaría la persecución y la entrega de tales autoridades, administrativas, políticas, bien así de personas influyentes del poder, a un tribunal internacional cuya jurisdicción haya sido reconocida por el Estado, como la Corte Internacional de Justicia.

Ha de destacarse que las normas del Derecho humanitario relativas a los crímenes y a la responsabilidad internacional no siempre han parecido lo suficientemente claras. Uno de los problemas más espinosos es el relacionado con la naturaleza jurídica de los crímenes internacionales cometidos por individuos y considerados como violaciones graves a las normas del Derecho humanitario, descritos en su tripartición tradicional (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad).

En efecto, el mundo se enfrenta hoy a una inquietante proliferación de conflictos cuya naturaleza no es ya internacional, como era el caso tradicionalmente, y en los que, por lo que atañe a la clasificación de los delitos, el problema fundamental parece ser la difuminación de la línea divisoria entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁴⁵⁴. Sea como fuere, ambos tipos de crímenes, junto con el crimen del genocidio,

permeables a la corrupción. Véase SCOTT, Peter, *Wealth, Empire, and the Future of America*, Sacramento: Univesidad de California, 2008.

⁴⁵³ El arresto propiamente dicho es la acción de la policía, o de alguna persona que actúa bajo orden de la ley o del Estado, para tomar a una persona bajo custodia, de forma que estén en disposición de contestar a la acusación de un delito. Véase <http://www.interpol.int>.

⁴⁵⁴ Se ha dejado de lado la categoría de crímenes contra la paz, pues su ámbito es más difuso y las particularidades que presentan implican una estrecha conexión con el *ius ad bellum*.

quedan comprendidos dentro del más amplio concepto de *crimina iuris gentium*.

No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se inició un movimiento al interior de la comunidad internacional, que claramente comenzó a crear una conciencia más clara de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra, en los que se considerara tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos. En vista de los atroces crímenes cometidos por los nazis y por los japoneses, las Potencias aliadas concertaron rápidamente acuerdos entre sí y, posteriormente, instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio encargados del juicio y castigo de criminales de guerra por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos estén acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades⁴⁵⁵.

Los procesos de Nuremberg (y, con un menor impacto, los procesos de Tokio) emitieron un gran número de fallos que contribuyeron ampliamente a la formación de la jurisprudencia con respecto a la responsabilidad penal individual a la luz del derecho internacional. La experiencia jurisdiccional de Nuremberg y Tokio marcó el inicio de un

⁴⁵⁵ Estas jurisdicciones especiales tuvieron también en cuenta las nuevas categorías de crímenes contra la humanidad y de crímenes contra la paz. El art. 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estableció las bases jurídicas para el enjuiciamiento de individuos acusados de los siguientes actos: 1) Delitos contra la paz - planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados. 2) Delitos de guerra - violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. A continuación se da una lista de ellos, en la que se incluyen, *inter alia*, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen el mar; la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. 3) Delitos contra la humanidad - el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de la guerra o durante ella, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando sean cometidos al perpetrar un delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con tal delito, e independientemente de que el acto implique o no una violación del derecho interno del país donde se hay a cometido. Por lo que atañe a la jurisdicción *ratione personae*, ésta cubría a los dirigentes, los organizadores, los instigadores y los cómplices que hubieran participado en la preparación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de esos delitos; todos ellos quedaban incluidos en cuanto responsables por actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan (Cfr. GREPPI, Edoardo, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el Derecho internacional*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 1999, págs. 4-5).

proceso gradual de formulación precisa y de consolidación de principios y normas, durante el cual algunos Estados y organizaciones internacionales (en particular, las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja) lanzaron iniciativas para conseguir la codificación mediante la aprobación de Tratados.

Ya el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por voto unánime la Resolución n. 95, titulada “Confirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg”. Después de haber tomado nota del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y del Estatuto anexo al mismo, y de los documentos paralelos relativos al Tribunal de Tokio, la Asamblea General tomó dos cruciales medidas. La primera ha tenido una importancia jurídica considerable: la Asamblea General confirmó los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por las sentencias de dicho Tribunal. Esto significó que, en concepto de la Asamblea General, el Tribunal ha tenido en cuenta los principios vigentes de Derecho internacional. La segunda fue el compromiso de codificar dichos principios, tarea encomendada a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), órgano auxiliar de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Mediante esta resolución, las Naciones Unidas han confirmado una serie de principios generales pertenecientes al derecho consuetudinario que ha sido reconocida por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y sus sentencias, a punto de incorporarlos a un instrumento de codificación más amplio, bien fuera mediante una codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, bien, incluso, mediante un Código penal internacional. La resolución ha reconocido asimismo el carácter consuetudinario de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Londres⁴⁵⁶.

Las características sobresalientes de la evolución descrita son la proliferación de tratados y el trabajo constante para expandir el ámbito del Derecho internacional mediante la creación de nuevas jurisdicciones y la dilucidación de conceptos tanto en disposiciones jurídicas como en decisiones judiciales.

⁴⁵⁶ Cfr. GREPPI, Edoardo, *La evolución de la responsabilidad ... op. cit.*, pág. 7.

La noción de crímenes de lesa humanidad parece haber sufrido el desarrollo más notable. Según el Estatuto de Nuremberg, los crímenes contra la humanidad estaban ligados a los crímenes de guerra (los cuales, a su vez, estaban vinculados a los crímenes contra la paz). El punto de referencia era la Segunda Guerra Mundial, y se consideraban únicamente los crímenes cometidos antes de la guerra o durante ella. Pero con la Sentencia se anticipó el carácter autónomo de dichos crímenes: Julius Streicher y Baldur von Schirach fueron condenados únicamente por crímenes contra la humanidad. Para Streicher, esto dio lugar a su condena a muerte. Si bien los crímenes contra la humanidad se reconocieron de manera explícita sólo después de la Segunda Guerra Mundial, ya se los tenía en cuenta desde mucho antes, pues se consideraba que estaban estrechamente relacionados con el principio de humanidad, que es una piedra angular del derecho humanitario. Von Hagenbach y otros responsables de *crimina juris gentium*, en tiempo de guerra, en tiempo de paz y en situaciones limítrofes entre ambos, cometieron actos que, a la luz del derecho internacional, podrían calificarse de crímenes contra la humanidad.

Después de 1946, quedó claro, más allá de cualquier duda, que esta categoría de delitos había pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario. La sentencia del TPIY en el caso Tadic lo confirmó abiertamente. En el Estatuto de Ruanda se considera que los crímenes de lesa humanidad constituyen una categoría autónoma. Ha desaparecido su conexión con los crímenes de guerra: el art. 1º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, al referirse a los crímenes de lesa humanidad mencionados en el art. 6º del Estatuto de Nuremberg, complementa el enunciado añadiendo los crímenes cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Además, la amplitud de la gama de situaciones codificadas por los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I demuestra que las violaciones pueden clasificarse como crímenes de guerra y como crímenes contra la humanidad. El art. 19 agrega una nueva disposición relativa a los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, perpetrados con el fin de impedir o dificultar el cumplimiento del mandato de una operación en la que participe dicho personal. La única excepción al artículo ocurre cuando los miembros del personal de las Naciones Unidas participan como combatientes contra fuerzas armadas organizadas en cumplimiento de una acción coercitiva autorizada por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En ese caso, se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales. En el Estatuto de Roma, la protección del personal de las Naciones Unidas se contempla en el art. 8º (b) III y (e) III.

Aunque los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad constituyen ahora dos categorías autónomas y válidas por sí mismas, no puede negarse que a menudo están estrechamente ligadas en los conflictos modernos, especialmente por lo que atañe a los crímenes contra la población civil. La inclusión del tráfico ilegal de personas, en las situaciones especiales de Estados sensibles a la criminalidad, de Estado bajo la influencia del narco, de Narco-Estado, y de No-Estado o territorio de la criminalidad, en las competencias de la jurisdicción y tutela internacionales, tal y como el asesinato, la deportación y otros actos, que ya conforman las largas listas de los instrumentos recientes, son imperativos de *lege ferenda*, y ejemplos claros de conexión y superposición.

Actualmente, no sólo se ha ampliado la tipología de los crímenes que implican responsabilidad individual y se le ha brindado una descripción más clara, sino que, además, se han establecido algunos principios generales. Cuando se estudia un acto, se tiene en cuenta el delito de omisión. Desde la sentencia de la comisión militar estadounidense en el caso del General Yamashita sobre atrocidades cometidas contra la población civil en Filipinas, se comenzó a considerar que el hecho de no evitar que se perpetre un crimen es un acto tan grave como el crimen mismo y merece igual castigo. Cuando el homicidio, la violación y acciones vengativas depravadas son delitos generalizados y no hay ningún intento eficaz de un jefe militar para descubrir y controlar los actos criminales, dicho jefe puede ser considerado responsable, en incluso ser sujeto a sanción penal, por los actos ilegales de sus tropas. Los arts. 86 y 87 del Protocolo adicional I y el Estatuto de Roma presentan el mismo enfoque⁴⁵⁸.

Por lo que atañe a la práctica de la codificación del Derecho internacional, cabe mencionar aquí otro progreso importante: existe una creciente conexión entre derecho humanitario y derecho de los derechos humanos. En efecto, algunas disposiciones sobre derecho humanitario recientemente aprobadas están claramente influenciadas por las normas y los estándares de protección de los derechos humanos.

El Estatuto de Roma hace alusión a conceptos como “dignidad de la persona”,

⁴⁵⁸

Cfr. GREPPI, Edoardo, *La evolución de la responsabilidad ... op. cit.*, pág. 9.

prohibición de los “tratos humillantes y degradantes”, “garantías judiciales”, prohibición de la “persecución”, entendida como la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad, discriminación y *apartheid*. Todos estos conceptos han quedado instituidos en los instrumentos más importantes aprobados por las Naciones Unidas para la protección de los derechos del individuo. El principio de humanidad, en cambio, se encuentra en el centro del derecho internacional humanitario y constituye la base de todos los progresos mencionados. Principalmente, en el derecho humanitario ha quedado claramente establecido el principio de la responsabilidad individual.

Por último, existe una creciente influencia recíproca entre derecho internacional convencional y derecho internacional consuetudinario. Éste ha llegado a desempeñar un papel de capital importancia, pues el derecho humanitario contemporáneo aplicable en los conflictos armados no se limita ya a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos adicionales. El derecho consuetudinario ha acelerado el desarrollo del derecho de los conflictos armados, particularmente en relación con los crímenes cometidos durante conflictos internos. A este respecto, la jurisprudencia establecida por el Tribunal *ad hoc* para ex Yugoslavia ha constituido un aporte importante. Pero la idea básica que subyace al patrimonio jurídico, cuyos fundamentos se establecieron muchos años atrás y se han venido desarrollando desde entonces, sigue siendo la misma: el principio de humanidad debe considerarse como la esencia misma de todo sistema jurídico encaminado a brindar protección contra actos criminales cometidos por individuos, tanto en tiempo de guerra, sea ésta interna o internacional, como en tiempo de paz. No se trata únicamente de una obligación moral, sino de una obligación fundamental en virtud del derecho internacional consuetudinario⁴⁵⁹.

Las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública, hoy al igual que en el pasado, exigen esfuerzos excepcionales destinados a la promoción de los principios y normas concebidos para garantizar una protección eficaz al individuo que, cada vez más, en una dimensión preocupante, es víctima de actos de violencia generalizada. La paz y la

⁴⁵⁹ Cfr. GREPPI, Edoardo, *La evolución de la responsabilidad ... op. cit.*, pág. 15.

seguridad de la humanidad, junto con la protección de los derechos humanos y las sanciones severas a las violaciones e infracciones graves del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados son parte de los bienes más importantes de la comunidad internacional.

IV. Las políticas actuales de los acuerdos de readmisión en materia de inmigración irregular

El fenómeno de la inmigración irregular y muy en particular la lucha contra la inmigración ilegal de nacionales de terceros países constituye una de las prioridades de acción de la Unión Europea y por ende, de Portugal, España e Italia. La afluencia a estos países de colectivos de inmigrantes, impulsada por la inestabilidad político-social y económica de sus países de origen, que cruzan ilegalmente las fronteras por puestos no habilitados con riesgo de sus vidas e integridad o que una vez realizada la entrada legalmente al territorio hayan caído en la irregularidad como consecuencia de la expiración de los permisos o autorizaciones correspondientes, es una realidad del fenómeno de la inmigración que supera con creces las previsiones de las normas jurídicas del sistema de Extranjería aplicables a los nacionales de terceros Estados.

Se ha de señalar que, en ese contexto, uno de los flujos de inmigrantes irregulares de mayor repercusión social y mediático por su dimensión más trágica de pérdidas de vidas humanas es el procedente de África a través de embarcaciones marítimas dirigidas a las costas españolas y a las de otros países del sur de Europa.

En la búsqueda de soluciones tendentes a evitar la perpetuación de este tipo de situaciones en la práctica, y con la finalidad de combatir y mitigar los flujos migratorios irregulares, la cooperación internacional a través de la conclusión de acuerdos bilaterales de cooperación migratoria y de readmisión con los países de origen y de tránsito de los inmigrantes irregulares, ocupa un lugar central en la política de inmigración de la Unión Europea y de los Estados miembros.

Para la conclusión de acuerdos bilaterales en materia migratoria, de “readmisión de personas en situación irregular”, principalmente con países africanos, se necesita concesiones más amplias por parte de los Estados europeos, para disciplinar, más allá, acuerdos relativos a la regulación y ordenación de flujos laborales y acuerdos marco de cooperación en materia de inmigración⁴⁶⁰.

Con el objetivo de dar una respuesta adecuada a la gestión de los flujos migratorios provenientes de África, los Estados deberían proceder a una “reorientación” de su política exterior y a una toma de conciencia de la necesidad de la adopción de un enfoque global de la inmigración, según el cual la lucha contra la inmigración ilegal debe ir acompañada de una facilitación de los mecanismos de contratación en origen de los trabajadores en cuestión con todas las garantías y la aplicación de políticas activas de integración y el fomento de acciones de cooperación al desarrollo.

A estas dos modalidades o categorías de acuerdos, ha de señalarse la importancia de añadir otros instrumentos de cooperación internacional en materia de readmisión, menos formales, pero no menos importantes en la práctica. En particular, la conclusión de “Memorandos de Entendimiento” que se resuelven a través de las autoridades administrativas y consulares competentes al margen, por lo general, de las preceptivas y constitucionalmente necesarias autorizaciones parlamentarias y publicaciones oficiales, no obstante el principal problema que plantean estos instrumentos respecto a su efectiva constatación, ya que, al tratarse de documentos no publicados en el Boletín Oficial del Estado y cuya divulgación se suele realizar por medios extraoficiales, la precisión de contenido de los mismos es más difícil de establecer y hacer cumplir frente a una controversia específica.

⁴⁶⁰ España tiene diversos acuerdos de readmisión, por ejemplo, con ex República Yugoslava de Macedonia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho *ad referendum* en Skopje el 6 de febrero de 2006); con Argelia (Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática Popular sobre circulación de personas, hecho *ad referendum* en Argel el 31 de julio de 2002), con Mauritania (Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, en materia de inmigración, firmado en Madrid el 1 de julio de 2003), Guinea Bissau (Acuerdo en materia de inmigración, firmado en Madrid el 7 de febrero de 2003), con Marruecos (Acuerdo entre España y Marruecos, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992).

V. La necesidad de ayuda humanitaria en países de conflicto como forma de prevención al tráfico de persona

Hoy en día, muchas de las reacciones internacionales a las situaciones de conflicto, incluyendo aquellas a las que se suma el uso de la fuerza armada, tienden a ser etiquetadas como “humanitarias”. A partir de diversas fuentes –foros internacionales, hombres de Estado, medios de comunicación masiva– se escucha la expresión “intervención humanitaria” y a veces frases aún más paradójicas y sorprendentes como “humanitarismo militar”, “guerra humanitaria” y aun “bombardeo humanitario”⁴⁶¹.

Entretanto, estas sugerencias, a nuestro modo de ver, están en contradicción con los principios fundamentales y la naturaleza misma del Derecho humanitario y de la acción humanitaria. La afirmación no es baladí, también no es puramente formal. En los escenarios altamente politizados de los conflictos armados, el uso irresponsable y amplio del término “humanitario” tiene un impacto adverso en la acción de organizaciones que brindan protección y asistencia en el terreno a las víctimas de los conflictos armados.

Los principales instrumentos del Derecho internacional humanitario, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, no solamente crean la obligación para los Estado de respetar esos tratados, sino que también los deben hacer respetar. Esta cláusula se considera generalmente como la expresión de una responsabilidad colectiva que asegura que el Derecho internacional humanitario sea acatado en todas circunstancias. Sin embargo, no está claramente definido de que manera esta obligación debe ser implementada.

Seguramente, no es por medio de intervenciones armadas. El art. 89 del I Protocolo Adicional de 1977 especifica que: “En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o

⁴⁶¹ Sobre las observaciones de intervenciones humanitarias, véase <https://www.icrc.org>.

separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. En efecto, si en los supuestos de violaciones serias del Derecho internacional humanitario no es autorizado desencadenar una acción coercitiva de la parte de las Naciones Unidas, particularmente cuando representan una amenaza para seguridad internacional, con más razón el Derecho internacional humanitario no puede ser utilizado como fundamento para llevar a cabo una acción fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas.

Una justificación legal de intervención armada yace más allá de las fronteras del Derecho humanitario y debe ser buscada en otra parte, notablemente en los Capítulos VII y VIII de la Carta, en el derecho a hacer la guerra, que también se conoce como *jus ad bellum* y se encuentra implantado en la Carta de las Naciones Unidas, en evidente contraste con el derecho al modo de hacer la guerra, también conocido como *jus in bello* o Derecho internacional humanitario.

Con la multiplicación de las crisis se ha incrementado la necesidad de ayuda humanitaria para atender las necesidades fisiológicas fundamentales de las víctimas como alimentación, agua, asistencia médica y cobijo.

La desnutrición, las enfermedades, las heridas, las torturas, el hostigamiento de la población, las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales y los traslados forzosos son efectos que se observan en muchos conflictos armados. Además de estas consecuencias para las personas, hay que tener asimismo en cuenta los efectos directos sobre las estructuras locales: destrucción de las cosechas, de la infraestructura económica, de las estructuras sanitarias, como los hospitales, y de los lugares culturales etc.

La estrategia de la ayuda humanitaria deberá idealmente de presentar varios aspectos. La responsabilidad de la asistencia a las víctimas ha de corresponder, en primer lugar, a las partes en conflicto. La cuestión del papel de la ayuda humanitaria exterior se ha de plantear cuando las partes en conflicto no pueden o no quieren asumir sus responsabilidades, y trata de prevenir las dramáticas consecuencias mencionadas, interviniendo antes de que se

agraven las condiciones de salud de las víctimas.

Esta manera de proceder exige una intervención temprana, ya sea actuando directamente en favor de los afectados o previniendo el deterioro de los sistemas locales, por ejemplo, los sanitarios y agrícolas. Una intervención de este tipo permite a estos sistemas hacer frente a la situación y evita, por consiguiente, el deterioro de las condiciones de salud de las víctimas.

La asistencia humanitaria ha de procurar la liberación a las víctimas de la dependencia de la ayuda exterior. La distribución de alimentos, por ejemplo, es una opción válida cuando la situación lo exige, pero la mayor parte de las veces deberá ser acompañada de actividades de reactivación económica que permitan a la población asistida autoabastecerse pronto⁴⁶².

La evolución de la asistencia humanitaria hacia la prevención o, por lo menos, hacia una disminución de las consecuencias de los conflictos armados, tiene sido considerable. La asistencia humanitaria tiene adoptado formas muy diversas, como intervenciones limitadas y ocasionales; complejas intervenciones de reactivación económica de larga duración; acciones de socorro a las víctimas cuyas vidas corren un peligro inmediato; intervenciones que incluyen actividades inmediatas de socorro y de reconstrucción a medio plazo; y operaciones preventivas en general.

⁴⁶² Con relación al tema asistencia humanitaria, ver <https://www.kinoborderinitiative.org>.

VI. La labor indispensable de distinción de la migración económica, del refugio y de la situación de infiltración de terroristas

Una de las razones que explican el movimiento de personas de unos lugares a otros es que la distribución de las oportunidades en el mundo es extremadamente desigual, a cualquier escala, sea nacional, regional o global: no se encuentran semejantes posibilidades como calidad de vida, trabajo bien remunerado y servicios en todos los sitios⁴⁶³.

Pese a la falta de una definición de “migrante” aceptada internacionalmente, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)⁴⁶⁴ califica como migrante todas aquellas personas que se mueven de sus países por “conveniencia personal” y como resultado de una decisión tomada libremente.

La OIM distingue entre migrantes documentados e indocumentados. Los primeros son inmigrantes cualificados, que se mueven con un contrato laboral bajo el brazo o que tienen derecho a reunirse con un familiar. El migrante irregular, en cambio, es quien entra de forma ilegal o que, al vencer el término de su asilo, no deja el país de acogida. Ellos son los que se suelen llamar “clandestinos” o “sin papeles”, y que la OIM define como “migrante indocumentado” o “migrante en situación irregular”. El migrante económico es quien busca una mejora de sus condiciones de vida en otro país. Para la OIM, son inmigrantes económicos tanto los que intentan entrar en un país sin permisos legales o intentando falsificar sus expedientes para obtener asilo, como los trabajadores que se

⁴⁶³ De acuerdo con el Banco Mundial, “mientras el 10% más rico de la población gana 48% del ingreso total, el 10% más pobre solo gana un 1,6%”. Ver WORLD BANK, *INEQUALITY IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN: BREAKING WITH HISTORY I-1* (2003).

⁴⁶⁴ La Organización Internacional para las Migraciones es una organización intergubernamental fundada en 1951 y que se ocupa de la problemática de las migraciones. Con sede en Ginebra, cuenta con oficinas locales en más de 100 países. Se trata de una organización creada por tratado por los Estados soberanos. La OIM es uno de los principales organismos en el ámbito de la migración, y trabaja para ayudar a garantizar una gestión ordenada y humana de la migración, promover la cooperación internacional en la materia, ayudar en la búsqueda de soluciones prácticas a sus problemas y proporcionar asistencia humanitaria a los migrantes que la necesiten, ya sean refugiados, personas desplazadas u otro tipo de personas desarraigadas (Véase <https://www.iom.int/es>).

desplazan de estancia fuera de su país a través de contratos laborales temporales.

Todos los años intentan llegar a Europa, Estados Unidos, Australia, Japón etc. millares de personas migrantes y refugiadas. A algunas las mueve la necesidad de escapar de la pobreza extrema; otras buscan refugio contra la violencia y la persecución. Cuando se habla de migrantes no siempre se hace la diferenciación entre los que emigran en búsqueda de un trabajo o de una vida mejor de los que huyen, por ejemplo, de una guerra, por tanto, refugiados. La diferencia no es semántica, puesto que de eso depende la condición que permitirá a un migrante ser considerado jurídicamente un refugiado, y de ahí poder obtener el asilo.

Principalmente, cuando se realizan huidas masivas de países en guerra a los migrantes se les ha de considerar refugiados de *prima facie*, a la espera de que cada petición de asilo sea analizada adecuadamente. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en 2007, garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la ONU. Pese a estos esfuerzos de armonización, ha de resaltarse que no existe un modelo de procedimiento común a todos los países de la Unión Europea.

La inmigración internacional ocurre también en razón de los conflictos armados y guerras. Actualmente, Europa viene sufriendo los efectos de una crisis migratoria, en la que ha sido considerada por la ONU como la mayor crisis humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial, y, no sólo los países europeos, ya que la mayoría de los refugiados se han movilizado hacia los países vecinos como Turquía, Líbano y Jordania para escapar de la guerra en Siria.

De acuerdo con los datos revelados por la Comisión Europea y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a Turquía –ubicada en el norte de Siria– han llegado 1.938.999 sirios en los últimos cuatro años, el Líbano ha contado 1.113.000 y Jordania alberga a 629.666, mientras que la Unión Europea lucha y analiza donde ubicar los 120.000 beneficiarios de asilo a los que planea aceptar en los próximos dos años, estos tres países ya han recibido en conjunto cerca de 3,6 millones de sirios, 30 veces la cifra

europea⁴⁶⁵.

Según el reporte de ACNUR, por la guerra civil en Siria unas 7,6 millones de personas se han tenido que movilizar dentro del país para escapar de la violencia entre los bandos enfrentados. Muchas de las personas que han huido no lo han hecho porque tengan una amenaza directa, sino que deben abandonar sus viviendas antes de que ocurra algo más grave. Es una crisis humanitaria incluso ya era motivo de preocupación a los países vecinos desde el inicio del conflicto en Siria. La diferencia es que ahora los refugiados, en un gran número, están tratando de llegar a los países de Europa. Y la razón fundamental para que ellos continúen con su empeño de huir es que el conflicto no tiene un final a la vista.

Las imágenes de decenas de miles de sirios cruzando las fronteras de Europa en busca de una mejor vida han conmovido a la comunidad internacional. Algunos países europeos han ofrecido dar respuesta al sufrimiento de los desamparados. Alemania ha prometido aceptar a 98.700 refugiados sirios y Suecia se ha comprometido a albergar a 67.000 más. Francia ha aceptado a 6.700 refugiados en su territorio y el Reino Unido no aceptará a más de veinte mil. Desde 2010, Estados Unidos ha aceptado a 1.500 refugiados sirios. Y la decisión de se aceptar a 10 mil más, bajo la cuota de inmigración anual de Estados Unidos, ha causado gran controversia. En total, unos 270 mil sirios buscan asilo en Europa y Estados Unidos, pero no todos lo lograrán, y representan apenas un 6,5% (aproximadamente) de los sirios que han dejado su país⁴⁶⁶.

Para poner las cosas en perspectiva, se ha de tomar en cuenta que el Líbano es un país de 4,5 millones de habitantes y ha recibido a 1.800.000 sirios. Es decir, la población de migrantes sirios en el Líbano representa actualmente alrededor del 28% de la población total del país. A esto se le deben sumar los 300 mil refugiados palestinos que hacen vida en el Líbano desde hace décadas. Resaltase que el Líbano no es un país pobre, tampoco es un país rico; tiene un producto interno bruto anual de 46 mil millones de dólares y una distribución per cápita de la renta de 9.800 dólares por persona. Pocos países del mundo pueden aguantar

⁴⁶⁵ Véase <http://www.acnur.org/t3/>.

⁴⁶⁶ Véase <http://www.acnur.org/t3/>.

una inmigración de esa magnitud. Máxime cuando se trata de un país cuya estabilidad política depende de un delicado equilibrio poblacional entre musulmanes chiitas, musulmanes sunitas, cristianos y druzos. Principalmente, en el Líbano, el efecto de la inmigración ha sido desestabilizador, el desempleo y el crimen han aumentado y los servicios públicos están colapsados⁴⁶⁷.

La comunidad internacional podría hacer mucho más por ayudar a los refugiados sirios. Pero las organizaciones de asistencia de las Naciones Unidas han anunciado que apenas han podido recaudar un 25% de los 5,5 mil millones necesarios para atender a los migrantes sirios en países vecinos. En otras palabras, los países donantes, los desarrollados, no están asumiendo su responsabilidad de ayudar a la población siria que se ha visto obligada a abandonar su país. Como consecuencia, la Organización Mundial para la Alimentación se verá en la necesidad de cortar toda ayuda a cientos de miles de refugiados en Jordania, sumándose a los más de 1,6 millones que ya han perdido asistencia alimentaria en otros países vecinos y los 750 mil niños que han dejado de asistir a la escuela.

En Siria se enfrentan iraníes y sauditas, chiitas y sunitas, rusos y estadounidenses, turcos y kurdos, hasta ISIS y Al Qaeda se enfrentan entre sí. Mientras tanto, millones de ciudadanos sufren. Cómo y cuándo se podrá resolver el conflicto es difícil de prever, pero mientras tanto la comunidad internacional, en particular aquellos con los recursos y las capacidades, deben ir mucho más allá, ya sea acogiendo a los cientos de miles de sirios que buscan refugio u ofreciendo asistencia financiera a las agencias de las Naciones Unidas para que puedan hacer frente a las necesidades de quienes subsisten en países vecinos. En realidad, cuando el foco y las barreras se levantan en un punto, la crisis se desplaza a otro, y así sucesivamente. Los diques levantan más diques y la llegada de inmigrantes sigue la lógica de los vasos comunicantes.

Muchos expertos buscan establecer las principales rutas de la migración, habiendo un consenso que son dos, la del Mediterráneo Central por Libia, que sería la más peligrosa y mortífera, y la de Grecia y Balcanes por Turquía, la más numerosa.

⁴⁶⁷ Véase <http://www.acnur.org/t3/>.

En el año de 2015, hasta 322.914 inmigrantes y refugiados han conseguido llegar a Europa tras cruzar el Mediterráneo, conforme datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). De ellos, 209.457 han llegado a Grecia, 111.197 a Italia, 2.166 a España y 94 a Malta. Pero dejan atrás a más de 2.000 personas, que murieron en los primeros siete meses de 2015⁴⁶⁸. Al menos 132.240 inmigrantes y refugiados llegaron a Europa de enero a julio de 2015 a través de la ruta Mediterráneo Este, según datos de FRONTEX, que aglutina especialmente dos principales flujos: desde los Balcanes y desde Asia, a través de Bulgaria-Turquía o Grecia-Turquía para llegar a Hungría, como puerta de entrada al espacio Schengen. No obstante, cerca de 2.000 inmigrantes cruzan a diario la frontera entre Grecia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, y posteriormente continúan su viaje en tren o en autobús hacia Serbia⁴⁶⁹.

El principal puerto de salida ha sido Libia, desde donde han partido cientos de barcas atestadas de inmigrantes: sirios (43%), afganos (12%), eritreos (10%), nigerianos (5%) y somalíes (3%). Viajan a bordo de embarcaciones básicamente de dos tipos: neumáticas tipo zodiacs o bien barcas pesqueras con casco de madera. Así, en la ruta del Mediterráneo Central, miles zarpan desde los principales puertos de salida libios, ubicados al oeste de Trípoli, de localidades como Zawiya, Sabratha y Zuwara. Se dirigen allí porque no hay un gobierno fuerte que proteja las fronteras, puesto que tienen otras prioridades entre el caos general, además de que tradicionalmente ha sido punto de encuentro de inmigrantes.

De la multitud de rutas que conducen a Libia hay dos diferenciadas: para sirios y subsaharianos. Los primeros tradicionalmente han optado por cruzar la frontera con Turquía, y de ahí se embarcan al país magrebí. Y los subsaharianos optan en su mayoría por un desplazamiento terrestre, a través de las porosas fronteras de los países vecinos de Eritrea y Somalia, especialmente a través de Sudán del Sur, que son los principales focos emisores de la zona⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Véase <https://www.iom.int/es>.

⁴⁶⁹ Véase <http://frontex.europa.eu/>.

⁴⁷⁰ Pero con la amenaza de Estado Islámico (EI) en el Magreb tras los atentados de Túnez y las

Entretanto, el problema de se precisar la migración económica de las situaciones de asilo tiene llevado a que Unión Europea y sus Estados miembros establezcan zona de contención por medio de acuerdos de cooperación con países vecinos que les ayudan a bloquear la migración irregular hacia Europa, por medio de la financiación de centros de acogida y detención de migrantes en países como Turquía, Marruecos y Ucrania, donde el acceso de las personas detenidas a los procedimientos de asilo es motivo de honda preocupación⁴⁷¹. En muchos casos, son firmados acuerdos de readmisión con países de origen y de tránsito, en virtud de los cuales les resulta más fácil enviar de regreso a quienes consiguen llegar a Europa, aunque existente las situaciones conducentes a la concesión de asilo.

Por otro lado, actualmente, una tercera preocupación, además de la migración económica y de los refugiados, se acerca de los países de la Unión Europea. La migración de terroristas. Algunas autoridades gubernamentales sustentan la posibilidad de que entre esas avalanchas de inmigrantes se cuelan, también, terroristas (por ejemplo, yihadistas). Otros especialistas, entretanto, sustentan que los grupos terroristas tendrían otro medio más seguro y eficaz para intentar introducir en Europa alguno de sus militantes, sin que estos grupos arriesguen la vida de sus miembros poniéndolos en barcos que no se sabe si van a llegar o se van a hundir. No obstante no haya evidencia de que ésta sea una vía efectiva y relevante de entrada de terroristas, el hecho es que la situación sigue preocupante, ya que es plausible que los tránsitos ilegales puedan financiar el terrorismo y también tener por objetivo el traslado a miembros de organizaciones terroristas, como Estado Islámico, Frente al Nusra, Boco Haram y Al Shabab⁴⁷².

ejecuciones en Libia, el control fronterizo en países como Argelia o Egipto ha aumentado considerablemente.

⁴⁷¹ Véase, por ejemplo, la creación de los centros de acogida en Marruecos bajo financiación extranjera: http://elpais.com/diario/2005/07/19/espana/1121724023_850215.html.

⁴⁷² El gobierno ruso ya alertó sobre el peligro de que terroristas de Medio Oriente ingresen a Europa, ante la presente oleada de inmigrantes que ingresa a diario a algún país de la zona en busca de refugio. Véase <http://www.excelsior.com.mx/global/2015/09/10/1045005>.

Hay una probabilidad de que los terroristas que han actuado en Francia, algunos de ellos, tengan utilizado el mismo paso fronterizo de los migrantes sirios. Desde los ataques a la revista satírica Charlie Hebdo y el supermercado judío Hypercacher (ciudad de París el 7 de enero de 2015), la presencia de militares en lugares públicos de Francia es habitual. Sin embargo, existe una impresión de que los atentados del Estado Islámico (ISIS) en París, durante los que fueron asesinadas 130 personas, el 13 de noviembre de 2015, representan un antes y después, tal vez la transformación más profunda que haya vivido el país desde la descolonización de Argelia en los sesenta.

No se trata sólo de un cambio en la seguridad o del restablecimiento de las fronteras. Es algo mucho más profundo, que afecta a la propia visión que el país tiene de sí mismo, pues, las extraordinarias medidas de seguridad marcan la vida pública. El Estado de Emergencia, que se prolongará hasta el 26 de febrero de 2016, otorga poderes extraordinarios a las autoridades, y todas las escuelas y lugares públicos, desde museos hasta cines, muestran carteles que anuncian el Plan de Seguridad Vigipirate⁴⁷³. En realidad, ante la brutalidad de los atentados, las medidas de seguridad dejan la impresión de no parecer extraordinarias, pese a que el Estado de Emergencia sólo se ha decretado seis veces desde 1955.

VII. Reflexiones generales de síntesis

Inicialmente, ha de señalarse que fue importante ahondar en una línea de investigación el estudio del fenómeno tráfico ilegal de personas bajo una metodología jurídica comparada dado el interés y la proyección científica del Derecho comparado en el mundo. Se ha realizado, para una mejor exégesis y precisión de conocimiento del tema investigado, cotejos con naciones como Brasil, Portugal, Italia, y, de un modo especial, España, que basan sus sistemas jurídicos en la tradición jurídica Romano-Germánica.

⁴⁷³ El metro transporta a menos pasajeros, la asistencia al teatro ha caído a la mitad y a conciertos hasta el 80%, la ocupación hotelera y la restauración ha descendido en torno al 40%. Véase <http://internacional.elpais.com>.

Sin embargo, no ha sido la misma tradición entre los sistemas jurídicos de esos países la principal razón de esa selección comparativa. No obstante ya ha sido mencionado que la migración no sólo se produce del sur al norte, sino que cada vez más se está produciendo una migración del sur al sur -y que esta nueva situación dificulta realmente establecer una distinción clara entre países de origen y países de destino, pues en mayor o menor medida muchos países son ambas cosas a la vez-, el hecho incontestable es que esos países mediterráneos representan en la actualidad un papel destacado en la inmigración mundial, pues se sitúan en la confluencia de dos sistemas migratorios de alto interés: una gran zona de movilidad como es África y una de las regiones de acogida más importantes del mundo, Europa. Además, específicamente en el caso de Brasil, su ubicación de importante país de origen y tránsito de migrantes ha sido decisiva para su inclusión en los estudios, sin embargo, haya una constatación de surgimiento de una nueva realidad en el país, de creciente destino final de migrantes⁴⁷⁴.

Un repaso a la evolución del tratamiento que se ha ido dando al ámbito de migraciones en el proceso euromediterráneo, permite inclusive destacar algunos aspectos que más dedicación merecen en la gestión de los flujos migratorios en el seno de este proceso de integración regional: 1) Migración y desarrollo en el sentido de potenciar las nuevas lógicas transnacionales de la cooperación al desarrollo y concebir las migraciones como vector de desarrollo; 2) Circulación de personas en el espacio euromediterráneo; y 3) prioridad del ámbito de seguridad: a partir de plantear la ausencia de seguridad (económica,

⁴⁷⁴ Ante esta situación, existe una cuestión del todo relevante y definitiva: a pesar de las restricciones impuestas a las migraciones en todo el mundo, la emigración es una característica constante y que previsiblemente va a continuar siéndolo en el medio plazo en la región mediterránea. El principal flujo de migraciones que va a entrar en competencia con los flujos del sur del Mediterráneo tendrán origen en los países que se encuentran al Este de los países de nueva adhesión. De ahí que se estime que después de la adhesión, será sobretodo Turquía, los países al este de la nueva frontera de la UE, los países balcánicos y sobretodo los países de la orilla sur del mediterráneo, el origen de los principales flujos de entrada migratoria hacia una UE ampliada. De hecho, la frontera Este presenta unas características muy específicas: fronteras permeables, amplias zonas de contacto, la atracción que suponen los países de nueva incorporación a la UE, desarrollo de redes de inmigración clandestina, y el pronunciado diferencial de renta entre ambos lados fronterizos. Por su lado, parece que los movimientos migratorios continuarán estableciéndose en razón a la proximidad (mediterráneo hacia el sur, y el este hacia los nuevos miembros). A medio plazo, la incorporación de Turquía incrementaría un flujo interno procedente de éste país, pero además hay que tener presente que las puertas de la UE serían en este supuesto fronterizas con países del próximo oriente como Siria, Irán e Irak, y los países del Cáucaso. Véase AUBARELL, Gemma, *Inmigración en el espacio euromediterráneo*, Barcelona: Instituto Europeo del Mediterráneo, 2011, págs. 6 y ss.

social, civil y política) y el déficit de gobernabilidad como factores clave de la emigración.

Las crecientes disparidades económicas, demográficas, políticas y securitarias entre esos países emisores y receptores han sido clave para entender los flujos migratorios entre países situados al sur y al norte del mediterráneo. Estos desequilibrios, sumados a la proximidad geográfica van a explicar que Europa es y seguirá siendo el principal destino de las migraciones en el Mediterráneo, a pesar de los crecientes esfuerzos para reducir la entrada de inmigrantes tanto regulares, irregulares como demandantes de asilo. No obstante, de modo antagónico, entre los efectos que producen las políticas migratorias de carácter restrictivo están justamente el incremento de la migración ilegal y el afianzamiento de bolsas de marginación de los migrantes ilegales, perseguidos por tal condición.

De un modo general, en los últimos 25 años, se ha aumentado la distancia entre ricos y pobres, lo que convierte el combate a la desigualdad en el principal desafío del siglo tanto para el combate de las desigualdades en sí mismo como para la solución de la criminalidad del tráfico personas. Uno de los obstáculos que dificulta la respuesta política está ligado al problema del hambre, y la percepción de que las causas de la desnutrición son demasiado numerosas y complejas como para hacerles frente de forma eficaz, incluso, como ya mencionado, existe el problema de los conflictos bélicos.

Las tácticas militares empleadas en muchos conflictos son indicativas de lo que podría ser calificado como una guerra por los medios de vida, en la que los recursos básicos se convierten en objetivos de guerra, como la quema de campos y huertos, y la destrucción de almacenes de cereales. En esos casos, tras sufrir ataques e intimidación, los civiles se ven forzados a convertirse en refugiados y desplazados internos, y a perder por completo sus medios de vida. Así, desde este punto de vista, las respuestas a la crisis no tendrían como único objetivo el restablecimiento de la paz, sino el necesariamente más amplio y más ambicioso de restablecer los medios de vida.

Hay también el problema de la violencia difusa como consecuencia de la fragmentación social y de la polarización en espacios donde se imponen los actores

criminales, es decir, en lugares donde el Estado está ausente o tiene poca capacidad reguladora sobre los conflictos cotidianos, o no es capaz de proteger a las minorías o al conjunto de la población, con lo que aparecen estructuras paralelas de autoridad, dominio, control político y social, además de estructuras económicas irregulares, donde la violencia ejercida por los grupos tiene también una función reguladora en el marco de una cultura de la violencia sustentada por el machismo, el comportamiento mafioso, la amenaza y el uso de la violencia.

La causa principal del tráfico ilegal de personas, de una forma general, es el sistema político, económico y social que produce desigualdades y exclusiones de los derechos económicos, sociales y culturales. La situación de vulnerabilidad que padecen millones de personas, que por razón de su edad, sexo, raza, circunstancias sociales, económicas, culturales o políticas, encuentran grandes dificultades para ejercitar sus derechos y desarrollarse plenamente en las sociedades, hace que caigan en las redes de abuso y explotación, muchas veces en búsqueda de una vida más digna.

Las raíces de la desigualdad son complejas y, en cierta medida, dependen de fuerzas globales. Y la paliación de las desigualdades, ya sean económicas, políticas o sociales, ha sido tradicionalmente relegada a un segundo plano por la cooperación internacional. Por ejemplo, ella no aparece de forma explícita entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)⁴⁷⁵.

Algunas sugerencias, a nuestro modo de ver, pueden ser revelar importantes al combate a las desigualdades entre los países, como: 1) combatir los monopolios para impedir el enriquecimiento en condiciones de favor; 2) fomentar la competencia entre las empresas, para que bajen los precios a beneficio de todos los ciudadanos, también los pobres; 3) establecer procedimientos más transparentes en las contrataciones y concesiones

⁴⁷⁵ Los ODM establecieron objetivos medibles, acordados universalmente, sobre la erradicación de la extrema pobreza y el hambre, la prevención de las enfermedades mortales pero tratables, y la ampliación de las oportunidades educacionales de todos los niños, entre otros imperativos del desarrollo. Los ODM impulsaron el progreso en muchos ámbitos importantes: pobreza económica, acceso a mejores fuentes de agua, matrícula en la enseñanza primaria, y la mortalidad infantil. Cfr. <http://www.undp.org>.

protagonizadas por el Estado y las instituciones públicas, y evitar la formación de oligopolios y oligarquías; 4) reducir el gasto en pensiones por el procedimiento de aumentar la edad de la jubilación y aumentar así la vida laboral de los ciudadanos, cada vez con una expectativa de vida más prolongada y en mejores condiciones de salud; y 5) invertir lo ahorrado en pensiones en una enseñanza secundaria obligatoria y gratuita.

Para tal fin, y dadas las diferentes manifestaciones, perfiles, causas, y medidas a emprender para combatir las desigualdades, será siempre necesario un diagnóstico previo a cualquier acción externa, sobre problema específico de cada país, porque las actuaciones de cooperación internacional necesitan variar conforme los perfiles y las causas, individualmente.

El papel de la cooperación internacional en este ámbito está vinculado no solamente a las características de cada donante bilateral o multilateral sino también, para cada caso, de qué áreas sean consideradas de carácter fundamental. Para cada análisis, se ha de contemplar las manifestaciones de las desigualdades urbano-rurales, étnicas, religiosas, raciales, de género, también a través de un mapeo de la pobreza. También son importantes a la reducción de las desigualdades las políticas la promoción del sector rural, bien así el apoyo a reformas fiscales, a procesos de descentralización o a la construcción de un sistema de protección social.

Entretanto, la tendencia mundial hacia la formación de bloques de Estados, a fin de que éstos puedan ganar peso específico en la competencia internacional, sea para optimizar las posibilidades de comercio sea para incrementar las tasas de ahorro e inversión, o aumentar el nivel del empleo y desarrollo de los países coligados, está dificultando aún más los intentos cooperación internacional para la disminución de las desigualdades, porque, contrariamente, la amenaza del “proteccionismo” hace crecer la preocupación por nuevas barreras arancelarias y no arancelarias (además, prohibiciones, cuotas, licencias de importación, escollos administrativos etc.), que estos bloques suelen erigir en “defensa” de sus fortalezas económicas y comerciales, aislando aún más los países subdesarrollados. En ese sentido, se puede constatar que el problema actual de la migración internacional y del

tráfico de personas está directamente relacionado a esas políticas internacionales equivocadas.

Incluso principios fundamentales y rectores de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como la apertura de las fronteras, la garantía del principio de la nación más favorecida y del trato no discriminatorio entre los miembros, así como el compromiso de lograr la transparencia en sus actividades, la apertura de los mercados nacionales al comercio internacional (con excepciones justificables o con la flexibilidad adecuada, con vistas a favorecer el desarrollo sostenible, mejorar el bienestar de las personas), la reducción de la pobreza y la promoción de la paz y la estabilidad, constantemente son quebrantados por la fragmentación del sistema comercial internacional, resultante de la tendencia a la proliferación de mega-acuerdos comerciales, preferenciales e interregionales⁴⁷⁶.

Los acuerdos comerciales regionales han incluido imperios y esferas de influencia coloniales, acuerdos comerciales bilaterales y, más recientemente, acuerdos multilaterales. Esos acuerdos a menudo se han superpuesto y han interactuado entre sí, creando un panorama comercial definido en menor medida por elecciones precisas entre el regionalismo y el multilateralismo -o entre la discriminación y la no discriminación- que por relaciones complejas, e incluso competencia, entre múltiples regímenes comerciales⁴⁷⁷.

Pese a esta complejidad, en los últimos tiempos la cooperación comercial se ha hecho más amplia y más inclusiva. Han marcado jalones en esta tendencia la creación del GATT en 1947⁴⁷⁸ y de la OMC en 1995. Al mismo tiempo, las relaciones comerciales se han hecho

⁴⁷⁶ Más allá de sus notorias diferencias, tanto la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el plano global, como la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (Mercosur) en el plano regional, parecen compartir desafíos similares. Ellos implican preservar relevancia a través de su adaptación a nuevas realidades globales y regionales que son, como se sabe, muy diferente a las de sus respectivos momentos fundacionales.

⁴⁷⁷ Véase <https://www.wto.org/>.

⁴⁷⁸ GATT (en inglés) significa Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles. En su origen el GATT fue un tratado promovido por los principales países desarrollados, y el régimen que estableció respondía a sus intereses. En las rondas de negociaciones comerciales multilaterales anteriores a la Ronda Uruguay siempre fue notorio que las discrepancias y discusiones quedaban zanjadas una vez que se llegaba a un acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Europea. Se llegó así a un sistema multilateral que imponía el objetivo de la

más profundas y han adquirido más alcance, al incorporar esferas como el comercio de servicios, la inversión extranjera, la propiedad intelectual y los regímenes reglamentarios.

Estas tendencias reflejan claramente la creciente integración de la economía mundial y la “internacionalización” de políticas que se consideraban anteriormente internas. En algunos casos, los acuerdos regionales han progresado más en esta dirección que los comprendidos en el marco multilateral global.

En realidad, el progreso de la OMC no ha sido continuo, y ha habido reveses importantes en el camino. El establecimiento después de la guerra del sistema multilateral de comercio no redujo el atractivo de los enfoques bilaterales o regionales de los acuerdos comerciales y llevó en cambio a un período de interacción creativa y a veces de tensión entre el multilateralismo y el regionalismo.

Además, ha de señalarse que el foco principal de la normativa internacional y supranacional es la protección a la víctima en vez de la represión del crimen internacional, pero uno de los principales problemas de las políticas públicas es que no garantiza la protección de los derechos humanos de la víctima bajo una perspectiva de género. El enfoque es policial, centrado en la persecución del crimen organizado internacional y las redes y la protección de víctimas se queda en un segundo plano. En efecto, si las víctimas se sienten protegidas es más fácil que colaboren y que el éxito policial sea también mayor, y la intervención de las ONG's en el proceso es relevante.

Las acciones a ser emprendidas por los órganos e instituciones responsables de intervenir en la trata de personas necesitan ser concretas, específicas y acordes con la competencia de cada órgano o institución a cargo de su realización. Es necesario enmarcarlas en un contexto mayor, proporcionado por los principios, enfoques y estrategias de la intervención. De este modo, es posible realizar acciones más o menos ambiciosas, con

liberalización general del comercio (ante todo por la reducción de aranceles de aduana, subvenciones y otras medidas de “distorsión del comercio”) en todos los sectores en que ello interesaba a los países desarrollados, pero exceptuaba del régimen los sectores en que esos países querían mantener sus medidas proteccionistas (la agricultura y los textiles).

mayores o menores recursos, enlazándolas con una estrategia general e integral. Intervenir en el tráfico ilegal de personas implica llevar adelante una ruta de acción que parte de la prevención y se extiende hacia la detección de las situaciones concretas, la persecución y sanción de los traficantes y la atención de las víctimas.

Durante la definición y diseño de la intervención no se pueden dejar de lado el marco conceptual y normativo de la trata de personas, así como los principios de la intervención, que deben orientar las decisiones en relación a los enfoques y estrategias por desarrollar. Para seguir este proceso de definición con claridad y fluidez, conviene analizar los enfoques, estrategias y acciones de la intervención, así como las pautas orientadoras o las mejores prácticas. También se habrá de considerar especialmente los aspectos específicos que requiere la intervención de la trata de niñas, niños y adolescentes.

Sin embargo, un efecto central y preocupante de las políticas criminales sigue siendo la sistemática invisibilización de situaciones de explotación sexual, porque la mirada de la persecución está más entrenada y dirigida a la detección de situaciones de trata. En la práctica, esto significa que las fuerzas de seguridad, fiscales y jueces han adquirido cierta “expertise” para observar indicadores que revelen que la víctima en cuestión pudo haber sido tratada, siendo no pocas las veces que esos indicadores se toman como parámetros de explotación, de modo que otras formas de explotación no son rápidamente visualizadas⁴⁷⁹.

Es síntoma de esto que la mayoría de los procesamientos y las sentencias en general no contemplan concursos con los delitos de explotación, pese a que casi todos los casos son detectados en esta etapa y no en las que anteceden (captación, traslado y acogida). Esto se observa, inclusive con mayor claridad, en la discriminación que establecen las fuerzas de seguridad y convalidan los operadores judiciales, al momento de los allanamientos, entre víctimas y “mujeres libres”, siendo realmente poco verosímil imaginar que relaciones de explotación puedan coexistir con relaciones de acuerdo y respeto entre las partes.

Otro efecto de esas políticas criminales equivocadas, definidas desde la figura penal

⁴⁷⁹ Cfr. <http://www.vocesenelfenix.com/content/>.

del tráfico de personas, han sido la desresponsabilización indirecta de la justicia ordinaria (o provincial), en los estados federales, sobre los delitos de explotación. Porque mientras el tráfico de personas sigue siendo definido como un delito federal, los delitos de explotación siguen en la competencia de las provincias (corrupción de menores, promoción y facilitación de la prostitución, y explotación de la prostitución ajena). No es razonable esa insistencia política para que la justicia ordinaria investigue los delitos de explotación, denominados genéricamente “delitos conexos” al de tráfico.

En la distancia existente entre la mera tipificación de un delito en el Código penal y su persecución eficaz se ubica el valor de la voluntad político-criminal y el lugar de la política de seguridad. De ahí, la importancia de se diseñar una política criminal para la explotación sexual, y en ese marco darle lugar y entidad a una política criminal subsidiaria en materia de trata. El problema es la explotación como núcleo fenoménico, que sin dudas merece un desglose de sus formas y manifestaciones, inclusive, porque es posible que la respuesta penal sea un instrumento idóneo para algunas, pero contraproducente para otras.

La política de persecución y prevención del delito, en muchos países, ha sido establecida sin definiciones ni prioridades, dejando amplios márgenes para la arbitrariedad policial y judicial. Es imposible pensar en el mercado de la prostitución sin ubicar en perspectiva la participación policial y el modelo de política de seguridad de regulación del delito. La regulación se erige, históricamente, al amparo de la indiferencia social y en aprovechamiento de un marco normativo que deja un escasísimo margen para el ejercicio legal de la prostitución, que en la mayoría de los países no está prohibida. De esa forma, la regulación policial del mercado de la prostitución viene cumpliendo una mala función social, afirmando la invisibilidad de un fenómeno poco asimilable para la sociedad; y una mala función económica, en tanto se configura como fuente de financiamiento ilegal de muchas instituciones.

Como resultado del reconocimiento de esta situación, se argumenta que el delito de tráfico de personas debería en los Estados federales ser competencia de la justicia federal, para que justamente no fueran las policías provinciales, involucradas en prácticas de

regulación de la prostitución por su despliegue territorial, quienes tuvieran la responsabilidad de auxiliar a la justicia en la investigación de este delito.

Entretanto y, paradójicamente, tanto de parte de la justicia como de los responsables de la política de seguridad en muchos países, las decisiones clave de la nueva política de prevención y persecución del tráfico de personas, han sido delegadas a las fuerzas policiales. En muchas provincias esa postura se ha materializado en la creación de divisiones especiales para la lucha contra el tráfico de personas, a semejanza de las divisiones creadas en las fuerzas federales, aunque con un significado institucional necesariamente diferente.

La mayoría de las veces, la creación de tales divisiones provinciales no viene siendo acompañada por un conocimiento y reconocimiento público de la incidencia y las características del problema en los límites de la provincia, ello porque no se deriva en directivas políticas claras respecto de cómo deben organizar su trabajo, ni se conduce al establecimiento de alianzas entre las divisiones especiales y los ministerios públicos fiscales de las provincias de cara a definir estrategias para la persecución de estos delitos. Más aún, en muchos casos las divisiones están pensadas para alivianar, cuando no evitar, la labor de las fuerzas federales en el ámbito provincial. Es decir, en competencia de la labor de las fuerzas federales, reproduciendo el foco sobre la trata y en detrimento, de hecho, de la visibilización y persecución de los delitos de explotación sexual.

Asimismo, es factible argüir limitaciones estructurales al funcionamiento de estas divisiones, ancladas en estructuras policiales que, en su gran mayoría, no han atravesado aún fuertes procesos de transformación y democratización, motivo por el cual conservan una estructura de organización tradicional. Se trata de organizaciones altamente centralizadas y jerarquizadas, conducidas por una cúpula policial, con una fuerte impronta militarista y amplísimos márgenes de autonomía. En el caso de las policías provinciales esta caracterización centralista se refuerza porque es una sola organización la que cumple con todas las tareas (prevención, disuasión e investigación) y se ocupa de todo el territorio.

Como es bien sabido, muchas políticas de prevención del tráfico de personas se concentran en sus modalidades policiales, las que se definen autónomamente por las propias agencias, en ausencia de otras modalidades de intervención extrapenales, a través de políticas de salud, educación, migraciones, u otras.

En este sentido, las fuerzas policiales reconceptualizaron prácticas institucionales de arrastre, como la visita de inspección a cabarets, en términos de una política de prevención policial del delito. El resultado obvio es que sólo encuentran “mujeres libres” que ejercen la prostitución por propia voluntad. En la práctica, este tipo de control policial se vuelve una forma de prevención legitimante de los delitos de explotación. Pues aun en la suposición de una fuerza de seguridad confiable, la dificultad está en cómo se define el problema a abordar, tomando una de sus partes (la trata) como si representara al todo (la explotación). En el medio, no hay un esfuerzo de investigación en torno a las otras formas que puede adquirir la explotación sexual. Básicamente, porque no hay lineamientos político criminales claros, ni desde las fiscalías ni de los ministerios de seguridad, y porque la práctica de investigación penal está delegada en las fuerzas policiales, sin instrucciones ni supervisión.

En definitiva, las circunstancias referidas vuelven sumamente dudosa cualquier expectativa puesta en la capacidad de trabajo de las divisiones especiales, y prácticamente irrelevante la cualidad e idoneidad personal de los agentes que la integren. Pero devuelven la mirada a la responsabilidad política y de gobierno sobre las políticas de seguridad en general y de explotación sexual en particular.

Las nuevas políticas de combate al tráfico ilegal de personas están pasando por alto la realidad y complejidad del fenómeno criminal (la explotación sexual y sus múltiples manifestaciones), las limitaciones estructurales de los mecanismos institucionales con los que se interviene (policías tradicionales con prácticas institucionales de regulación del delito), y las deficiencias de la justicia penal en la persecución de delitos complejos. Es decir, unas políticas que no son proactivas en la detección y prevención del fenómeno, y por la cual los esfuerzos de persecución penal se dirigen al esclarecimiento de casos puntuales, en general, aquellos donde el abuso es extremo. El valor de detectar y sancionar estos casos

nadie lo discute, pero los efectos de estas políticas sobre la dimensión y vigencia del negocio son, la mayoría de las veces, despreciables.

En el ámbito de la migración internacional, sin embargo, una tercera preocupación, además de la migración económica y de los refugiados, se acerca de los países de la Unión Europea en días de hoy. La migración de terroristas. Algunas autoridades gubernamentales sustentan la posibilidad de que entre esas avalanchas de inmigrantes se cuelan, también, terroristas (por ejemplo, yihadistas). Otros especialistas, entretanto, sustentan que los grupos terroristas tendrían otro medio más seguro y eficaz para intentar introducir en Europa alguno de sus militantes, sin que estos grupos arriesguen la vida de sus miembros poniéndolos en barcos que no se sabe si van a llegar o se van a hundir.

No obstante no haya evidencia de que esta sea una vía efectiva y relevante de entrada de terroristas, el hecho es que la situación sigue preocupante, ya que es plausible que los tránsitos ilegales puedan financiar el terrorismo y también tener por objetivo el traslado a miembros de organizaciones terroristas, como Estado Islámico, Frente al Nusra, Boko Haram y Al Shabab. Hay una probabilidad de que los terroristas que han actuado recientemente en Francia, algunos de ellos, tengan utilizado el mismo paso fronterizo de los migrantes sirios.

Ha de destacarse que la importancia cada vez más creciente del fenómeno del tráfico ilegal de personas, con la consiguiente preocupación que ello suscita, ha provocado la intervención en los últimos años de diversas organizaciones internacionales, además de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, OIM, OIT y OSCE, con el objetivo de proteger a nivel internacional los derechos humanos de las víctimas del tráfico de personas y su explotación, así como por la necesidad de establecer unas mínimas bases comunes para la prevención y punición de estas conductas.

Principalmente las Naciones Unidas han desempeñado una labor jurídica innovadora en muchos ámbitos, la cual ha cobrado una dimensión de vanguardia al abordar los problemas en cuanto empiezan a despuntar en el horizonte internacional, al establecer el

marco jurídico para proteger el medio ambiente, al regular el trabajo de los emigrantes, y al luchar contra el tráfico de estupefacientes y de personas, por mencionar unos cuantos ámbitos. Y siguen desempeñando esa labor mediante su contribución a la centralización del Derecho internacional que regula las relaciones de una amplia gama de cuestiones, como los Derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. A su vez, la Corte Internacional de Justicia viene impulsando el desarrollo del Derecho internacional con fundamentales sentencias y opiniones consultivas.

Esta necesidad de alcanzar puntos comunes a nivel internacional sobre la tipificación de los delitos de tráfico de personas se manifiesta en que el fenómeno del tráfico normalmente implica a varios países (países de origen, de tránsito y de destino), así como en la constatación de la intervención de organizaciones criminales transnacionales en la mayor parte de los casos. Por consiguiente, resulta casi imprescindible una armonización legislativa en el orden penal con el objetivo de alcanzar una mayor protección para las víctimas del tráfico de personas y hacer más efectiva la persecución y punición de los sujetos que intervienen en el mismo.

Se observa incluso una tendencia a la teorización general de las normas de combate al tráfico ilegal de personas, y que puede ser verificada por la adopción de una lógica tendencialmente unificadora, consistente en ordenar y sistematizar los diversos preceptos legales, principios generales y conceptos abstractos, relacionándolos entre sí y construyendo un sistema completo y unitario, en la medida proporcional y creciente a los compromisos normativos internacionales y supranacionales de disciplina en materia penal.

La sistematización doctrinaria tendencialmente uniformizante, tal y como precisada por la doctrina, lleva consigo ventajas, como facilitar el estudio del material jurídico y permitir la existencia de una jurisprudencia racional objetiva e igualitaria, contribuyendo a la seguridad jurídica. No obstante la tendencial teorización universal tenga un carácter civilizatorio, en cuanto establece condiciones necesarias a las realizaciones humanas, ello no es suficiente, porque lo hace efectivamente en la medida que el sistema económico consigue emplearlo, y el poder político dirigirlo, distribuyendo sus productos en la sociedad, por

encima de discriminaciones racial, social y política. En otras palabras, en atención a las velocidades de evolución divergentes entre los diversos países. Además, desde la perspectiva del derecho interno, persiste la idea de que el derecho se encuentra vinculado a la posibilidad y medios de imponer mandatos o prohibiciones por la vía de la fuerza.

No obstante, ha de resaltarse que la armonización obtenida en días de hoy en la legislación penal de los diversos países indica que el tráfico de personas viene castigado sea como “delito de lesión” sea como “delito de peligro”. La razón de la incriminación de todo supuesto o consiste en la circunstancia de que el hecho constitutivo del mismo produzca un daño al interés que la ley pretende tutelar o bien en la circunstancia de poner en peligro ese propio interés, y, por tanto, en el primer caso se hablará de delito de lesión; en el segundo caso, en delito de peligro.

Para los Estados que conceptúan como delitos de peligro el tráfico de personas, se plantea una segunda división que atiende a la esencia misma del peligro acontecido y así, dependiendo de que el hecho típico exija únicamente la peligrosidad que se supone traer consigo la acción o si, por el contrario, se requiere expresamente una efectiva situación de peligro o resultado de peligro, para situarse el tráfico de personas entre los delitos de “peligro abstracto” y los delitos de “peligro concreto”, respectivamente.

En los casos de los delitos de peligro, no es preciso que quien proceda a la realización de la acción haya dado lugar a un riesgo específico y concreto, referido a un bien jurídico individual o colectivo, y aún menos a un resultado. Como todo delito de peligro presumido, el juez está dispensado de la concreta verificación del peligro individual o a la colectividad. La tipificación ya se encuentra caracterizada por el legislador que, con base en estudios científicos y las máximas de experiencia, ha seleccionado y punido un hecho típicamente peligroso. En los supuestos de delitos de peligro concreto, a su vez, debe hacerse una valoración sobre la conducta para verificar si efectivamente los bienes jurídicos estuvieron en peligro. El Derecho penal, así plasmado, ya no valora qué hechos merecen ser reprobados mediante la pena, sino simplemente castigar todos aquellos hechos que entrañen peligro social.

Ha de destacarse que muchos especialistas Derecho penal vienen contestando genéricamente la legitimidad de la llamada anticipación penal en materia de tráfico ilegal de personas, que se refiere al modo de actuación penal que prevé una intervención ante conductas que tradicionalmente constituirían actos preparatorios de delitos o que no representarían un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado.

No obstante el tenor de esas teorías u opiniones de la doctrina, con relación específicamente a la normativa penal del tráfico ilegal de personas, sea en la modalidad contrabando de personas sea en la trata de seres humanos, no se puede vislumbrar una adecuación mínima en el sentido de que haya una ilegitimidad de la misma, por diversas razones.

Primeramente, la forma como está reglada la cuestión en los documentos internacionales, supranacionales y por los sistemas jurídicos nacionales, referida a la tipificación del delito de tráfico de personas en cuanto delito de peligro, en las hipótesis analizadas comparativamente, no demuestra una incursión represiva de manera a incluir actos preparatorios, conforme sustenta genéricamente la doctrina tradicionalista. Ha de señalarse que los Estados que adecuaron su legislación para conferir al delito de tráfico de personas la cualidad de delito de lesión, a ejemplo de Brasil y Portugal -que se consumaría produciéndose un daño o un riesgo de lesión-, el bien jurídico se lo ha mantenido protegido, tanto si se produce un resultado como si no se produce; en el primer caso como delito consumado y, en el segundo caso, como delito en grado de tentativa, pues, se ha de señalar que lo que sería consumación en los delitos de peligro, en los delitos de lesión o resultado se ha aplicado la tentativa, según reconocido por los tribunales nacionales.

De un modo general, el verbo rector de la oración descriptiva del tráfico es “trasladar” la víctima para fuera o para dentro del territorio del Estado o entre regiones (o “transportar”, “desplazar” etc.), en el caso del tráfico de seres humanos, y justamente para evitarse que algunas acciones deletéreas permanezcan fuera del ámbito de incidencia de la norma penal, el legislador viene valiéndose de la posibilidad técnica de previsión de más de

un núcleo (tipo penal mixto), como para reprimir las acciones de “reclutar” la persona a ser traficada.

Segundo, porque el argumento de la mencionada doctrina no se aplicaría porque la forma de comprensión del principio de ofensividad no es universalmente compartida: no todos consideran que el fin del Derecho penal sea la protección de los bienes jurídicos ni, consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico. En tales términos, la racionalidad sistémica renunciaría a someterse a unos determinados valores que actúen como constantes límites externos.

Efectivamente, las orientaciones que han sufrido el Derecho penal muestran una fuerte inclinación por el endurecimiento de los castigos existentes, la anticipación de las barreras penales, y con ello la criminalización de conductas sociales que afectan bienes jurídicos abstractos y/o colectivos, y, finalmente, su expansión a fenómenos y conflictos sociales que necesitan solucionarse, principalmente con referencia al combate a la criminalidad organizada y al tráfico ilegal de personas.

Importante destacarse que las organizaciones criminales son algunos de los máximos beneficiarios del progreso tecnológico. Los avances vividos en áreas como las telecomunicaciones, el transporte y, fundamentalmente, el desarrollo del ciberespacio, han proporcionado enormes oportunidades y un amplio escenario en el que operar a los grupos de delincuencia organizada.

La extensión del comercio electrónico y la posibilidad de crear las denominadas identidades virtuales facilita y oculta tanto las actividades delictivas como a los delincuentes mismos ofreciéndoles el anonimato. La evolución significativa que se ha vivido en el área de la tecnología informática ha incrementado la capacidad de los grupos de delincuencia organizada para producir documentación falsa de diverso tipo para ellos y para sus víctimas, así como moneda falsa. Permite ofrecer y vender de forma anónima en la red servicios sexuales, trabajadores, órganos o esposas. Y las ganancias procedentes de estos delitos pueden hacerse circular rápidamente mediante los ordenadores, de modo que resulta cada

vez más difícil controlar tales transacciones financieras.

De ahí, el surgimiento del concepto sociedad del riesgo que se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social del riesgo. En las sociedades contemporáneas, una proporción bastante elevada de estos riesgos está directamente relacionada con la tecnología y el sistema productivo, y se caracteriza porque trata de riesgos difícilmente detectables por los sentidos humanos.

También como evidente factor del que se aprovechan las organizaciones criminales ha de apuntarse a las políticas de migración limitativas de la entrada de extranjeros. La existencia de un número mayor de migrantes que quiere entrar en las fronteras que del número de extranjeros que los países puedan o están dispuestos a asumir conduce a un remanente de individuos que opta por intentarlo por la vía ilegal, muchos de ellos en situación de extrema necesidad y de vulnerabilidad.

También el aumento de la demanda de servicios sexuales al que se hacía mención anteriormente se ve auspiciado y aumentado exponencialmente por los avances de la informática y las facilidades que ofrece este ámbito. Así pues, Internet facilita el anonimato que los clientes buscan y que los traficantes precisan para operar impunemente y agrandar su negocio.

Ello demuestra el enorme interés que tienen los Estados en la persecución de estas organizaciones criminales, las cuales se caracterizan por la enorme potencialidad lesiva tanto de los derechos de las personas con las cuales trafican (ej. atentados contra su dignidad, detenciones, secuestros, explotación laboral y sexual), como respecto a la seguridad de los Estados ya que poseen un importante potencial corruptor y están en el origen de muchos delitos.

VIII. Propuestas *de lege ferenda*

El tráfico ilegal de personas se ha convertido en un fructífero y rentable negocio internacional, que está gestionado fundamentalmente por la delincuencia organizada transnacional. Este negocio puede consistir en la gestión del “contrabando de migrantes”, es decir, en la ayuda o en el control de la entrada, estancia o salida irregulares o clandestinas de migrantes para obtener un provecho económico. En este caso, se puede llegar a suplantar, incluso, la función estatal de policía de fronteras y, de este modo, vulnerar el interés de los Estados en el control del flujo transfronterizo de personas.

Pero, la actividad más importante de este complejo fenómeno la constituye la gestión de la “trata de seres humanos”, especialmente de mujeres y niños que son las principales víctimas de los traficantes y explotadores. Dicha actividad consiste básicamente en ayudar o controlar la recluta, el traslado o el establecimiento de personas, generalmente en un país distinto al suyo, con el fin de su explotación personal. Esta explotación se puede producir en el contexto laboral, sexual o en el sometimiento a esclavitud o servidumbre, empleando medios o aprovechando situaciones que no permitan mostrar una opción real y libre a la víctima.

El contrabando de migrantes y trata de personas son dos conceptos que pretenden referirse a dos realidades distintas, aunque en su trasfondo tiene como elemento común el fenómeno de la migración internacional.

De ahí deriva una diversidad de conceptos, que varían en cada Estado en función de la amplitud de conductas que incluyen. Aunque estos particulares elementos que distinguen el contrabando de migrantes de la trata de seres humanos puedan ser mostrados claros en determinadas ocasiones, en muchos supuestos el filo que separa ambos es muy sutil y es difícil su prueba sin una activa investigación.

Establecerse esa diferenciación no es baladí, ni puramente doctrinal, y se puede constatar una confusión bastante generalizada, inclusive entre operadores de justicia, en confundir o ver como sinónimos la trata de seres humanos y el tráfico de personas. La confusión puede originarse también por un tema de traducción equivocada del término trata de personas, que en inglés es *human trafficking*, mientras que tráfico de personas es *smuggling* (literalmente “contrabando de personas”).

En efecto, es importante identificar si una persona es víctima de la trata de seres humanos o es un migrante que ha recibido ayuda para entrar ilegalmente en un Estado. En el primer supuesto se estará produciendo una explotación de la víctima que atenta a sus derechos más esenciales como persona y, por eso, el tratamiento del fenómeno y las medidas a adoptar respecto de la persona implicada en cada caso son necesariamente distintos.

En el caso específico de trata de seres humanos, hay la necesidad de dar un énfasis en los fines de la explotación que puede tener varios modos, como, por ejemplo, la prostitución ajena, la pornografía infantil y adolescente, el turismo sexual, la explotación laboral, la venta de niños y niñas y adopciones ilegales. Esas situaciones de explotación personal deben estar muy bien precisadas en las normas penales.

La trata es un proceso que exige medios comisivos y una finalidad de explotación y el tráfico no. La diferencia radica en lo siguiente: 1) no son todos los casos de tráfico de personas que culminan en un supuesto de trata porque no se dan las condiciones de la explotación y sometimiento, ni los elementos de engaño; así, muchos casos de tráfico culminan con la contratación de una movilización hacia el lugar pactado a cambio de un precio determinado y no necesariamente hay explotación; 2) el tráfico es un delito contra el Estado y una violación de las leyes de inmigración de un país, mientras que la trata es un delito contra una persona y una violación de los derechos humanos, de manera que el tráfico de personas, cuando va más allá de un traslado pactado, se puede convertir en trata de personas si se dan las condiciones de explotación.

El tráfico de personas está más relacionado con la gestión de transportar o facilitar la movilización de las personas de un país a otro con cualquier finalidad. Puede resultar que una vez que la persona que ha pactado ese traslado, luego defina su situación en el país de destino sin que sea sometida a alguna modalidad de trata de personas.

De ahí, adviene la necesidad de que el tráfico de personas esté tipificado como delito de manera independientemente al de trata de personas, ya que la trata involucra otros elementos como toda la cadena de actos que culmina con un control y custodia de la persona tratada desde su país de origen, cuando se tratare de la trata trasnacional, o desde su ciudad, en los casos de trata interna, hasta el lugar de destino, sometiendo a la víctima a actividades de explotación sexual, o de cualquier otra naturaleza.

Por su vez, ha de señalarse que en el ámbito interno de los Estados, algunos pasos importantes necesitan definitivamente ser concretizados, para un eficiente combate al fenómeno del tráfico de personas. El primer paso, es la inclusión del tema en la agenda política; el lado positivo es que el tema esté sobre la mesa, como, por ejemplo, creándose una comisión oficial de estudio del fenómeno, para que de esa manera se traduzca en políticas futuras. El segundo, buscar la creación de una ley específica sobre el tráfico de personas, incluyéndose la trata, tanto con fines de explotación sexual, laboral, tráfico de órganos o mendicidad y que ataje el delito internacional que hay detrás. El tercer, la coordinación internacional y administrativa en razón de la necesidad de abordar más a fondo el problema en los países de origen, siendo imprescindible la implementación de acuerdos con los principales países emisores de tráfico; además, reforzar las embajadas en los países de origen con programas en la prevención del delito, con ayudas al desarrollo en estos países y con planes policiales conjuntos. El cuarto paso sería financiar ONG's que trabajan con las víctimas para darles una mayor dotación económica para que sigan luchando y enfrentándose al tráfico, con fondo proveniente de los decomisos incautados a los traficantes de personas.

Hay otro aspecto importante en el combate al tráfico de personas, que es invertir en educación y atajar el fenómeno desde las escuelas para generar un desprecio social hacia

esas prácticas igual que se ha hecho con la violencia de género, y buscar un compromiso con los medios de comunicación para erradicar los anuncios de contactos, es decir, de prostitución.

Ha de destacarse que una mayor sensibilización humana, con relación a los nuevos problemas que la posmodernidad nos presenta, ha sido un factor constitutivo de los actuales derechos humanos en la inevitable “historicidad” del ser humano. Referida estructura de la historicidad se concretiza de manera especial en la hermenéutica de los textos, en cuanto la recepción operada en la lectura modifica la experiencia del intérprete al fusionarse su horizonte de experiencia con el mundo abierto por el texto.

Efectivamente, un grado más alto de sensibilización de la civilización frente a los problemas sociales fue responsable por la constatación social de una nueva esclavitud, y los aportes de la Victimología fueron y siguen siendo fundamentales en esa tarea de revelación y clarificación de las nuevas formas de esclavitud.

Este cambio de sensibilidad humana conduce al reconocimiento de nuevas formas de esclavitud donde antes serían inimaginables, es decir, el vislumbrar de nuevos “modos de concreción” del fenómeno, a partir de una relectura de los textos normativos existentes interpretación evolutiva o progresiva, o de una reformulación de los mismos, en todo caso para disciplinar hechos que ya se revelan reprochables socialmente.

En otras palabras, la eficaz represión a las nuevas formas de esclavitud y de marginalización requiere cambios fundamentales en la sociedad contemporánea, lo que suelen implicar en profundos cambios de paradigmas. Se ha de señalar que todo cambio de paradigma se da por lo que se conoce por paradoja del paradigma, porque todo paradigma oculta los problemas que no se puede resolver, y así deja puesto el escenario para su propio cambio. Y es exactamente aquello que se puede observar en la esclavitud de hoy en día: una nueva realidad social y, paralelamente, nuevos problemas a arreglar.

De hecho, hay situaciones reales y recurrentes que representan la cara más compleja

del tráfico, sin utilizarnos tan sólo los elementos más visibles y menos contestados del paradigma contemporáneo, que es la explotación personal de menores de edad, de minusválidos y de mujeres aprisionadas -cuya percepción de restricción a la libertad personal en esos supuestos es algo inclusive presumible social y normativamente-, y que carecen de nuevas ideas y propuestas útiles para la descubierta de caminos, todavía desconocidos, que pueden llevar a la concreción conceptual de la nueva esclavitud, algo más allá de lo elemental.

La nueva esclavitud, por ejemplo, “puede resultar sea del trabajo no remunerado sea del servicio muy mal pagado”, y así persiguen los idealizadores de los nuevos paradigmas. Pero algunas situaciones, pueden excluir en términos absolutos referida perspectiva, de subsunción normativa penal, y, otras más, dificultar la determinación de esa realidad; el primer caso, puede ser ejemplificado con el trabajo voluntariado, altruista, y aquel realizado en el seno del núcleo familiar; en el segundo caso, se puede invocar la constatación de que no todos los países estipulan por norma un salario mínimo vigente para servir de parámetro de “medida de justicia” de la remuneración laboral.

La remuneración por debajo del salario mínimo constituye innegablemente una infracción contractual, administrativa y a la legislación laboral; no lo tanto, sin que efectivamente no se prive el trabajador de todas o de parte importante de los derechos y garantías fundamentales, difícilmente el régimen de esclavitud sería reconocible. Para empeorar la adecuación fáctico-normativa, son pocos los países que garantizan salarios mínimos en grado de promover la dignidad humana en su plenitud.

Otro ejemplo emblemático, y de complicada adecuación fenomenológica, es el ejercicio de la prostitución por personas mayores de edad, principalmente la practicada por mujeres, que, para algunos investigadores, impondría a la prostituta una condición de esclava, *ipso facto*, víctima merecedora de una tutela penal. Entretanto, no se puede olvidar que en la mayoría de los países el ejercicio de la prostitución no configura un delito, y, en algunos otros, se trata de una “profesión reglamentada”. Además de eso, sería difícil considerarse el sometimiento contrastado con la paga, que en la mayoría de los casos puede

superar bastante el que perciben los trabajadores en general.

Existen también las situaciones no bien definidas normativamente como la retirada de órganos o fluidos corporales sin observancia de los “permisivos legales”, término éste extremadamente amplio e impreciso, principalmente en los casos en que haya autorización de la persona; la producción de pornografía consentida de personas mayores de edad; el trabajo infantil en algunas circunstancias, a ejemplo de la celebración de contratos de aprendizaje; las contrataciones de personas para experimentos medicinales; las adopciones civiles irregulares etc., contextualizadas evidentemente al interno de la “nueva esclavitud” y del fenómeno del “tráfico ilegal de personas”.

Por otro lado, ha de destacarse que el delito de trata de seres humanos está relacionado principalmente a la explotación sexual y laboral. Pero, la prostitución, la pornografía referente a mayores de edad, y el trabajo mal pagado no son aisladamente fenómenos típicos en diversos países. Ellos han pasado a ser valorados positivamente por el Derecho penal cuando se encuentran ligados al tráfico de personas, pues si la finalidad de la acción es traficar la persona para el ejercicio de esas actividades, aunque no haya ocurrido una efectiva violencia, se estará practicando la conducta descrita en la trata de seres humanos, lo que fuerza a concluir que esas actividades, no obstante admitidas o toleradas cuando realizadas por nacionales, son rígidamente perseguidas cuando se trata del ejercicio de las mismas por parte de migrantes.

Como mencionado en la explicación de la nueva esclavitud, porque el migrante víctima del tráfico de personas procede a menudo a la “portabilidad de sus desgracias”, pasa a ser estigmatizado en cuanto “trabajador indocumentado”, no pudiendo, en circunstancias de igualdad con los nacionales, ejercer tales actividades.

Hoy en día, además, tanto los conceptos de prostitución como de pornografía carecen urgentemente de una reconstrucción de sentidos, para su correcto encuadramiento normativo; son muchas las preguntas que siguen sin respuestas mayoritarias, como, por ejemplo: ¿Sexo virtual es prostitución, pornografía, o es un hecho con características

propias?, ¿Qué es acto sexual?, o ¿Qué es pornografía o material pornográfico? La cuestión no es baladí. La finalidad del delincuente es condición elemental a ser comprobada en el delito de trata de seres humanos.

La tecnología y el sexo han desarrollado lazos estrechos, que de alguna forma han modificado la vida sexual de las sociedades. El denominado “sexo virtual” ha sido, cada vez más y de manera contundente, centro de debate en los círculos académicos y en las conversaciones cotidianas. La multiplicación de las relaciones entre las personas, gracias a la tecnología, ha permitido situaciones particulares como el surgimiento de las “aventuras virtuales”. El fortalecimiento de la cibercultura ha liberado nuevos problemas para la psicología social, relacionados con la fusión entre el sexo y la tecnología.

El problema reside también en la conceptualización de la pornografía. Se puede afirmar, por ejemplo, que nada es pornográfico en sí mismo, y su etiquetamiento es solamente realizado después de una evaluación subjetiva variable. Esto es, el concepto de pornografía no ha tenido una sola vigencia a lo largo de la historia; además, sufre cambios más o menos constantes. Tanto la prostitución como la pornografía son fenómenos que, una vez haciendo parte de la condición elemental de un tipo penal, requiere una “evaluación normativa” por parte del juez para se identificar la tipificación de la conducta practicada, lo que crea también una “inseguridad jurídica” respecto a los destinatarios de la norma, en virtud de ese defecto de individualización de la conducta a ser reprimida.

No siempre tal clase de elementos del tipo es admitida en derecho. Ello porque los “elementos normativos” del tipo penal son, en muchas ocasiones, una amenaza al principio constitucional de legalidad estricta en materia penal, pues deja un juicio más o menos amplio de evaluación por parte del hermeneuta y del aplicador del derecho.

En realidad, la única premisa que se puede sustentar sin dudas es que el “mínimo común denominador” de la esclavitud del pasado y aquella de hoy en día es indiscutiblemente la “restricción a la libertad personal” y la “cosificación o reificación del individuo”, a que se les atribuye ahora una semántica evolutiva y progresiva, de manera que

los derechos que se verán afectados tal y como demuestra la realidad, serán inherentes a la condición humana, y, en ese sentido, se puede hablar de una afección o menoscabo a la libertad, la seguridad y, sobre todo, a la dignidad de la persona vilipendiada tanto en la esclavitud como en el tráfico ilegal de personas, conceptos que todavía carecen de contenidos de precisión.

Cabe destacarse también que un principio fundamental de la intervención en el tráfico es la adhesión plena a los derechos humanos de las personas víctimas, especialmente de aquellas relacionadas con la participación de las mismas durante la intervención en el reconocimiento y el respeto de su opinión, en la debida y transparente información acerca de su situación y derechos y en la no discriminación ni revictimización.

Desde esa perspectiva, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha formulado diez principios básicos para combatir el tráfico ilegal de personas, conforme sigue: 1) se deberá dar la más alta prioridad a la protección de los derechos humanos y a la dignidad de las personas objeto de trata y de las personas en la prostitución; 2) los gobiernos tienen que aceptar la responsabilidad por el problema de la trata de personas y por el desarrollo e implementación de respuestas apropiadas, no siendo suficiente manifestar que la trata es un mal privado, ya que es una injusticia que nos involucra y nos implica a todos; 3) la inclusión del fenómeno del tráfico de personas en las leyes, políticas y programas, que no se debe restringir a la explotación sexual, sino que ha de ser lo suficientemente amplia para que abarque otros propósitos identificados sin ambigüedad, tales como el trabajo forzado o en cautiverio y demás prácticas afines; 4) los tratantes y sus colaboradores deberán ser perseguidos y castigados en forma apropiada, dándole atención completa a los derechos del debido proceso y sin comprometer los derechos de las víctimas; 5) las personas objeto de trata no deberán ser criminalizadas por la ilegalidad bajo coerción de su entrada o residencia en países de tránsito y destino, o por las actividades que desempeñan bajo coerción como consecuencia de su condición de personas objeto de trata; 6) a las víctimas de la trata de personas, incluso a aquellas con estatus irregular de inmigración, se les deberá otorgar protección y la atención física y mental necesaria por parte de las autoridades del país receptor; 7) a las víctimas de la trata se les

deberá proporcionar asistencia legal y demás en el transcurso de cualquier acción criminal, civil u otra contra los tratantes, y, más allá, se deberá animar a las autoridades gubernamentales para que concedan permisos de residencia provisionales o permanentes, al igual que un albergue seguro durante el transcurso de los procesos legales; 8) deberá asegurarse el retorno seguro de las víctimas, en vez de la repatriación automática, particularmente en aquellos casos en que esté involucrado el crimen organizado; 9) las mujeres y los niños no deben ser tratados de la misma forma en el proceso de identificación, rescate y repatriación porque tienen derechos y necesidades especiales que deben ser reconocidos y protegidos; y 10) deben realizarse esfuerzos por atender las causas de la trata de personas de raíz, incluyendo la pobreza, la desigualdad, la discriminación y el racismo.

El Manual de Intervención de Casos de Tráfico de Personas, del Departamento de Estado de Estados Unidos, establece también algunos principios generales de investigación de casos de tráfico de personas, que son útiles para orientar a los gobiernos en la persecución del delito, en los siguientes términos⁴⁸⁰: 1) prevalece la protección a la integridad física y psíquica de las víctimas de trata de personas por encima de los resultados de la investigación misma; 2) protección a las víctimas desde el enfoque de condición de vulnerabilidad y no revictimización; 3) eficiencia y eficacia en la investigación previa a cualquier operativo policial o judicial (inteligencia); 4) protección a la víctima de trata de personas como bastión principal de los procesos de investigación, es decir, la víctima como sujeto de protección y no sólo como objeto del proceso; 5) enfoque diferenciado en los riesgos de la investigación por la naturaleza de los victimarios (por ejemplo, miembros de grupos de crimen organizado); 6) protocolo paralelo de programas o medidas de protección a la integridad física y psíquica de las víctimas, familiares, testigos y peritos; 7) niveles más elevados de confidencialidad de la investigación y del manejo de la información; 8) convenios de cooperación internacional con instituciones homólogas (policías, fiscalías) para la obtención de asistencia mutua y obtención de pruebas en el extranjero y de operativos conjuntos; 9) coordinación interinstitucional con otras entidades públicas que tienen competencia en el tratamiento de la trata de personas o con sus víctimas; 10) celeridad en la investigación o en la evacuación de prueba testimonial fundamental, debido

⁴⁸⁰ Véase <http://www.fundacionmariadelosangeles.org/>.

a procesos de repatriación de víctimas extranjeras, cuando procede; y *II*) vigilancia del marco general de respeto de derechos humanos de todas las partes involucradas en el proceso y, en especial, del debido proceso legal, tanto de víctimas como de victimarios.

En 2014, los Estados Unidos también han publicado un informe global sobre trata de personas, que es considerado por muchos especialistas una herramienta importante en el combate del tráfico ilegal de personas, y que tiene información de todas las partes del mundo: una dimensión que ni la ONU tiene clasificada, porque, generalmente, las Naciones Unidas tienen estudios que se concentran en documentar las violaciones de Derechos humanos⁴⁸¹.

Inicialmente, el Informe ha calificado a todos los países del mundo en tres grandes bloques: primer, los que en su metodología cumplen con los estándares, un segundo grupo de países que avanza en esa lógica con debilidades, y un tercer, que no cumple los estándares mínimos, son reprobados. Este sistema de calificación evalúa la existencia de leyes que combaten el tráfico de personas, políticas públicas que persiguen a los delincuentes, de prevención y de protección a las víctimas, con participación de las ONG's.

El Informe se legitima con el discurso de proteger a las víctimas, sin olvidarse de la necesidad de protección las fronteras nacionales de la delincuencia organizada. Hay tres aspectos positivos principales del estudio. En primer lugar, documenta que en el mundo hay un avance en materia normativa en el combate a la delincuencia organizada. En segundo lugar, ha visibilizado otro tipo de violaciones, que no son sólo responsabilidad de los Estados sino de las empresas transnacionales, que practican el trabajo forzado, formas de explotación no sexual, sino laboral, en el marco del comercio mundial. Y, en tercer lugar, evidencia que el Protocolo de Palermo, no es suficiente para proteger los derechos humanos de las víctimas, y por eso han surgido otros protocolos como la Convención contra el Trabajo Forzado aprobada en 2014.

⁴⁸¹ Cfr. <http://mundo.sputniknews.com/politica/20150729/1039810778.html>.

CONCLUSIONES

La formulación de las conclusiones resaltarán los principales puntos analizados en el trabajo, a los que se adicionarán algunas reflexiones personales, que tienen el propósito de complementar el tratamiento efectuado, que se orienta hacia la finalidad de clarificación y explicación del fenómeno del tráfico ilegal de personas.

En efecto, se puede sustentar que la globalización ha sido una de las principales causas de la migración internacional de personas. La globalización representa un proceso histórico de integración mundial en los ámbitos político, económico, social, cultural y tecnológico, que ha convertido al mundo en un lugar cada vez más interconectado: en una aldea global. Como tal, la globalización fue el resultado de la consolidación del capitalismo, de los principales avances tecnológicos (revolución tecnológica) y de la necesidad de expansión del flujo comercial mundial. En este sentido, las innovaciones en las áreas de las telecomunicaciones y de la informática, especialmente con el Internet, jugaron un papel decisivo en la construcción de un mundo globalizado.

Pero, el término globalización es muy amplio, y tiene la pretensión de organizar unas ideas multifacéticas. De ahí que se hable de globalización de mercados cuando se atiende al hecho de que el comercio internacional se ha intensificado brutalmente, formando verdaderas redes de interacciones subjetivas. Se habla, además, de globalización tecnológica, es decir, un intercambio de avanzados contenidos científicos en todas las áreas de conocimiento, como por ejemplo de la Física, de la Química, y también del Derecho.

No se pretende aquí proceder a una definición de todos los sentidos que la globalización pueda conllevar, sino poner de relieve que hay un sentido muy particular de

globalización de importante a la investigación: la globalización de sociedades. Ella es poco analizada por los expertos del derecho, no obstante haya un valor preponderante en cuanto objeto de estudios de la Sociología y de la Criminología.

La negación por parte de las sociedades nacionales, que insisten en oponer resistencia a la globalización de sociedades al interno de los países es el punto de partida para la justificación de leyes en materia de Extranjería y de represión criminal al tráfico de personas, no obstante los mercados, la economía y la prosperidad tecnológica se puedan dañarse en razón de una migración internacional sin controles.

Sucede, entretanto, que tales leyes de represión en materia de tráfico ilegal de personas no se aplican exclusivamente a los supuestos de la migración internacional desmedida, pero también en los supuestos de simple migración internacional.

En el substrato de todo ello se advierte una resistencia al multiculturalismo; un deseo de mantenimiento del *status quo* ante la globalización, porque existe en realidad un desasosiego por el hecho de que la cultura migrada pueda mezclarse con la cultura nacional, formando así un tercer género, o, en los casos más drásticos, sea superada por los usos y costumbres de la cultura nacional, llevando a la pérdida de la identidad social de la sociedad. En efecto, el discurso de la necesidad de integración cultural de los migrantes está en evidente contraste con el multiculturalismo.

Las leyes de represión al tráfico de personas se aplican a la simple migración internacional y no exclusivamente a aquella que se muestra desmesurada, y esa es una de las causas por las que los estudiosos del Derecho siguen debatiendo sobre el fundamento de justificación para la regulación del fenómeno a través del Derecho penal. Pues, en relación al principio de legalidad, el principio de *ultima ratio* se proyecta en especial hacia el legislador y al resto de operadores jurídicos, y exige que sólo quepa recurrir a la vía penal en último término.

Un ejemplo sencillo puede refinar mejor lo que ahora se pretende resaltar. En el

interior de la Unión Europea, aquel que facilita la migración internacional entre ciudadanos de la Unión Europea es una persona solidaria y altruista, mientras que quien la facilita a los migrantes provenientes de países terceros es poco menos que un criminal.

El principio de subsidiariedad en materia penal constituye, para muchos especialistas del Derecho, una barrera deontológica al tratamiento penal del fenómeno de contrabando de personas, pero se acepta de forma generalizada que no puede invocarse el principio de *ultima ratio* de igual forma para la gestión de los fenómenos de trata de personas que para los supuestos de comportamientos cometidos por organizaciones criminales, con el fin de desvirtuar el sistema de la persecución.

La trata de personas es el comercio ilegal de seres humanos con propósitos de esclavitud reproductiva, explotación sexual, trabajos forzados, extracción de órganos, o cualquier forma moderna de esclavitud. Uno de los logros más importantes del Derecho internacional y de la organización política interna de los países ha sido el reconocimiento normativo de los derechos humanos, o derechos de las personas, y la dignidad de las personas, y la garantía penal de los mismos es la respuesta más emblemática de los países al fenómeno de la criminalidad del tráfico de personas.

En las sociedades actuales existe una preocupación creciente también por el fenómeno de la criminalidad organizada y son numerosas las noticias que hacen referencia a este tipo de delincuencia; hecho que genera una sensación de inseguridad en la población y que ha sido germen de importantes y profundas reformas legislativas por todo el mundo. La realidad criminal viene acentuando la importancia del factor organizativo en la comisión de los grandes delitos como el terrorismo, el narcotráfico, los delitos de trata de personas, o la criminalidad informática.

Se ha destacado que la globalización es un proceso, lo que indica que su constancia deberá influenciar y determinar el contenido de las leyes que regulan el fenómeno de tráfico de personas, incluidos problemas que no han alcanzado aún satisfactoria solución, como falta de concreción de las leyes que definen los supuestos criminales de tráfico de personas

tanto en los instrumentos internacionales y supranacionales como en las normativas internas de los países. Así, hay necesidad de una definición concreta de situaciones susceptibles de justificar la aplicación de la ley penal, en especial una concreción más pormenorizada de qué se deba entender por pornografía (¿qué es pornografía?), por explotación sexual (¿qué es acto sexual?), por explotación laboral (¿consistirá en una violación de la normas laborales respecto a la remuneración, condiciones de trabajo, etc.?), por comercio de órganos (¿qué es acto comercial a efectos de incidencia de la ley penal?), o explotación de la mendicidad (¿qué se debe entender por mendicidad?).

La necesidad de concreción de la leyes constituye un problema estrechamente relacionado con la importancia de la seguridad jurídica, que es un presupuesto del ordenamiento jurídico, pero no tanto por su apego a la legalidad ordinaria cuanto por su vinculación a los derechos que fundamentan o sustentan el entero orden jurídico, y, a su vez, se convierte en función del Derecho porque éste tiene como deber prioritario, preeminente e inexcusable dar y poner en efectiva vigencia la seguridad jurídica de los valores fundamentales e imprescindibles en la convivencia social.

La seguridad jurídica, dicho sea con otras palabras, representaría la cualidad del Ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica establece el necesario clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho, pues más allá de suponer el conocimiento de las normas vigentes también implica una cierta estabilidad del Ordenamiento.

La referida falta de concreción normativa en materia de diseño de los tipos establecidos en el sistema penal, que contribuye a la inseguridad jurídica, demuestra una falta de consenso social y también científico de la comunidad internacional, por lo que se habla de la necesidad en mayor o menor medida de una igualdad de conjuntos de creencias, que surge de los distintos argumentos y elementos teóricos en cada caso; se habla, además, de la necesidad de aplicar un método científico, que implícitamente requiere la existencia de

intercambios en la comunidad científica, donde se lleven a cabo procesos de revisión en plano de uniformidad, pues es la comunidad científica la que reconoce y soporta el actual consenso científico dentro de un campo, es decir, el paradigma científico reinante que se mantendrá vigente y resistirá el cambio hasta que se presente una verdadera evidencia sustancial y repetida que tenga el argumento suficiente para poder demandar y demostrar la exigencia de un cambio de paradigma o de nuevo enfoque o complemento.

La experiencia demuestra incluso que en los países investigados el delito de tráfico de personas es estructurado de manera distinta. La tipificación no tiene una misma extensión represiva, por ejemplo, en Brasil, que castiga sólo la facilitación de la salida de migrantes, y tampoco en lo que se refiere al castigo, cuyas penas o el régimen de su cumplimiento sufren extremas variaciones. Además, surge el problema del modelo de persecución criminal, pues mientras unos sistemas configuran el tráfico de personas como un delito de peligro (como España e Italia), otros lo consideran un delito de acción causante de un resultado lesivo (como Brasil y Portugal), no obstante la pretensión de armonización defendida en los diversos instrumentos internacionales y supranacionales de combate a la criminalidad de tráfico de personas y de las organizaciones criminales.

A su vez, ha de señalarse que la principal medida a ser adoptada para el combate al tráfico ilegal de personas es la prevención, principalmente por la necesidad de la reducción de la separación en bienestar humano entre ricos y pobres a nivel mundial. La globalización se debe extender a la globalización del bienestar humano, por medio de avances en el combate contra el hambre, la mortalidad infantil, el trabajo infantil y mejoras en la expectativa de vida y acceso a agua potable, que viene castigando a los ciudadanos de países subdesarrollados.

Por supuesto, un comercio más libre ha fortalecido la seguridad alimenticia, pero el deterioro en algunos indicadores de desarrollo humano en ciertos países se debe principalmente a su insuficiente incorporación al proceso globalizador. A primera vista, se advierte que la transformación que están sufriendo las culturas se halla directamente relacionada con las turbulencias económicas, la aparición de nueva tecnología, la creación

de nuevo conocimiento y la irrupción de paradigmas distintos que barren literalmente nuestras creencias y convicciones más arraigadas. Sin embargo, la parte más peliaguda del asunto estriba en que esta transformación se complica extraordinariamente por la coexistencia cada vez más estrecha de la gran diversidad de culturas que conviven ahora mismo en el mundo.

La existencia de culturas diferentes ha existido siempre. Esto no es nuevo. Pero tal fenómeno ha sido relativamente llevadero hasta ahora, porque los distintos ámbitos culturales se mantenían relativamente estancos unos respecto de los otros y nunca se habían visto en un contacto tan inmediato como ahora. En el pasado las tensiones interculturales sólo aparecían en los lindes que separaban las grandes áreas culturales. El hecho nuevo ahora es que el mundo se está interconectando a gran velocidad. Cada día millones de personas entran en relación con otros tantos millones, que viven con arreglo a prescripciones culturales distintas, en lugares remotos. Cada área cultural recibe a diario y a gran escala los efluvios y las peculiaridades de otras culturas diferentes a la propia. Esas nuevas vecindades y los brotes de violencia asociadas a ellas aparecen en las páginas de todos los periódicos del mundo. Ello demuestra la complejidad en esa labor de combate a los males que aquejan a la Humanidad como tal; una verdadera barrera para se llegar a la pretendida globalización del bienestar humano.

En realidad, lo que se ha pretendido con la represión criminal del tráfico de personas ha sido claramente impedir la portabilidad de las desgracias por parte de los ciudadanos de países subdesarrollados hacia los países en mejores condiciones económicas, pues el núcleo principal de las leyes penales de represión al tráfico de personas es integrado por las acciones de trasladar, es decir, desplazar, facilitar la entrada de migrantes, sea sólo para facilitarla sea para una finalidad de explotación personal. En otras palabras, la ley penal combate la facilitación del traslado de la persona o el traslado de seres humanos para la esclavitud. Y muchos países no tipifican el mantenimiento en esclavitud o servidumbre como un delito autónomo de severa punibilidad.

No se puede olvidar que en su búsqueda de una vida mejor, a menudo huyendo de

situaciones traumáticas como la guerra, disturbios civiles y desastres naturales, los migrantes suelen ser blanco de la violencia y la victimización en muchas formas, desde ser explotados como víctimas de la trata de personas, corriendo el riesgo de no terminar el viaje vivos si son objeto de tráfico ilícito, hasta hacer frente a la discriminación en las oportunidades de educación, económicas y sociales, e incluso para hallar una casa o un empleo. De hecho, la actual crisis económica ha agravado aún más los factores que hacen a los migrantes vulnerables y muy probablemente víctimas.

Específicamente con relación a la criminalidad de la trata de personas, el análisis se ha realizado bajo una perspectiva de género y los derechos humanos. Como hemos mencionado, la trata constituye una de las formas más extremas de la violencia contra las mujeres. Para terminar con tal situación, es fundamental desnaturalizar las relaciones de poder basadas en patrones culturales patriarcales que reproducen las desigualdades de género, eliminar los prejuicios sexistas, y comenzar a deslegitimar ciertas prácticas todavía aceptadas o toleradas y que favorecen la dominación y el abuso de un sexo por el otro.

También es de destacar el problema de la trata de menores de edad, que tiene un ámbito mundial y lesiona a gran cantidad de niños y niñas. La trata de menores de edad es una actividad lucrativa y que está vinculada a redes de delincuencia y corrupción, y comporta en todo caso una vulneración del derecho del niño a crecer en el seno de un entorno familiar. Es de resaltar asimismo el comportamiento por el que los menores son reclutados para la guerra, para que lleven a cabo distintas actividades: para que combatan, secuestren, minen campos, extorsionen y ejecuten otras labores como las de ranchería, cocina y logística, etc. La trata de menores conlleva invariablemente para estos niños y niñas una serie de peligros graves a los que se someten, como la violencia y el abuso sexual. En ocasiones, los niños y niñas que son víctimas de la trata de personas padecen incluso arresto y detención por emigración ilegal.

La situación de vulnerabilidad que afecta a millones de personas en el mundo, que por razón de su edad, sexo, raza, circunstancias sociales, económicas, culturales o políticas, encuentran grandes dificultades para ejercitar sus derechos y desarrollarse plenamente en las

sociedades, hace que caigan en las redes de abuso y explotación, muchas veces en el desesperado esfuerzo por la búsqueda de una vida más digna. Estas difíciles condiciones de vida, mayormente producto de la segregación social, económica y cultural, tienden a proporcionar aun más motivos de discriminación y marginación, lo cual aumenta el riesgo de la trata.

Asimismo a ello se suma en la mayoría de los casos la tolerancia y complicidad política, judicial, de las fuerzas de seguridad, además de la falta de capacitación y perspectiva de derechos de los distintos operadores y autoridades competentes para detectar e investigar los casos de trata.

El propósito de la investigación teórica y jurisprudencial del problema no ha sido otro que la consideración del Derecho positivo aplicado a la realidad, a fin de no perderse en el pantanoso terreno de diversas doctrinas, teorías, dogmas y demás construcciones etéreas acerca del derecho aplicable es el análisis de la jurisprudencia. La jurisprudencia, a través de ese esfuerzo de síntesis de elementos muchas veces divergentes, descubre, precisa o esclarece las reglas jurídicas a las cuales las relaciones internacionales deben de someterse desprendiendo las tendencias dominantes, así como los puntos de concordancia entre las corrientes divergentes. Es así como se ha precisado el grado de apego, y de consolidación o no, con las normas internacionales y supranacionales respectivas.

La herramienta jurídica el Derecho comparado, a nuestro modo de ver, se revela como un instrumento valioso e insustituible en la actividad jurídica. Buen ejemplo ha sido la práctica jurisdiccional en los tribunales de la Unión Europea, donde los jueces, vinculados a su propia formación y sistema jurídicos requieren del conocimiento y evaluación de otros sistemas jurídicos para aplicar soluciones viables y efectivas en sus decisiones jurídicas. Y la creciente importancia del Derecho internacional y de la Unión Europea ha potenciado la actividad investigadora en el orden comparado en las últimas décadas, no sólo en el panorama interno sino también en el extranjero.

El Derecho comparado porque enriquece e intensifica la posibilidad de soluciones a

los conflictos en el dinámico intercambio internacional de temas jurídicos –y de esta manera se contribuye a enriquecer el entendimiento entre los países– ha servido al propósito de la presente investigación para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, para poder visualizar el espíritu jurídico para elaborar consideraciones sobre lo que funciona y vale la pena conservar y lo que no. En resumen, lo mencionado ha sido el sincero objetivo de la tesis doctoral.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAS, Abul, KUMAR, Vinay y Otros, *Fondamenti di patologia e di fisiopatologia*, Roma: Ed. Edra, 2013.

ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, 1ª edic., Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, *Aspectos jurídicos Internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado. Estudios jurídicos en honor al profesor Octavio Pérez*, Barcelona: Vitoria, tomo I, 1983.

ABRIL PONCELA, Adelina, *La prostitución del hombre de clase media victoriano*, Málaga: Diputación Prov. de Málaga, 1994.

ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada: Comares, 2000.

AGUILAR FERNÁNDEZ, Susana, *El reto del medio ambiente*. Madrid: Alianza Universidad, 1997.

AGUIRRE, Mariano, OSORIO, Tamara y Otros, *Guerras periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos*, 1ª edic., Barcelona: Icaria Editorial, 1998.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista. La insostenible situación del Derecho penal*, Granada: Comares, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Madrid: Atelier, 2004

_____, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Perspectiva jurídica y criminológica)*, Madrid: Dykinson, 2001.

ALEXANDER, Gordon, SHARPE, William y Otros, *Fundamentos de inversiones: Teoría y práctica*, 3ª edic., Ciudad de México: Pearson Educación, 2003.

ALFARO DE PRADO SAGRERA, Ana María, RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y Otros, *Los estudios de relaciones laborales en España*, 1ª edic., Sevilla: Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, 1996.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Los nuevos delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, Madrid: La Ley, 2000.

ALSTON, Philip, *The United Nations and human rights*, Oxford: Clarendon Press, 1992.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Manuales de Formación continuada n. 5, CGPJ, 2000.

_____, *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal. El extranjero en el Derecho penal español (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/ 2000)*, Madrid: Manuales de formación continuada, CGPJ n. 5, 1999.

- ALVÁREZ GÓMEZ, Mariano, *Teoría de la historicidad*, 1ª edic., Madrid: Editorial Síntesis S.A., 2007.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, *La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001.
- AMALFITANO, Chiara, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2006.
- AMAR AMAR, José y MADARRIAGA OROZCO, Camilo, *Intervención psicosocial para la erradicación y prevención del trabajo infantil*, 1ª edic., Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2009.
- AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.
- _____, *Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional*, A.P. n. 10, 1998.
- _____, *Violencia sexual en conflictos armados y Derecho penal internacional*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2012.
- AMBROSINI, Maurizio, *Sociologia delle migrazioni*, 1ª edic., Bolonia: Il Mulino, 2005.
- AMOROSO, Giovanni, DI CERBO, Vincenzo y Otros, in *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2009, vol. I.
- ANARTE BORALLO, Enrique, *Criminalidad organizada*, Madrid: Revista Penal n. 2, 1998.
- ANDREOZZI, Matteo, *Verso una prospettiva ecocentrica. Ecologia profonda e pensiero a rete*, 1ª edic., Milán: Edizioni Universitarie di Lettere, Economia e Diritto, 2011.
- ANGOMÁS, Félix Manuel, *Los efectos de la inmigración haitiana hacia la República Dominicana*, 1ª edic., Santo Domingo: Editora Universitaria, 2006.
- ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El Derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*, 1ª edic., Madrid: IEPALA, 2005.
- ANTAL, Edit y Otros, *Nuevos actores en América del Norte: Identidades culturales y políticas*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol. II.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale I*. 5ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2008.
- ANTOLISEI, Francesco y GROSSO, Carlo Federico, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 15ª edic., Milán: A.G. 2008, vol I.
- APARICIO, Marco, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, 2ª edic., Girona: Documenta Universitaria, 2006.
- ARAGONÉS, Ana María, *Migración internacional de trabajadores. Una perspectiva histórica*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- ARAGONÉS, Ana María, VILLALOBOS, Aída y Otros, *Análisis y perspectivas de la globalización: un debate teórico*, 1ª edic., México: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. II, 2005.
- ARAMBURO PENAGOS, Clemencia, *Pobreza y violencia urbana*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo Integral, 1987.
- ARAÚJO COSTA, Alexandre, *O controle de razoabilidade no direito comparado*, Lisboa: FDUL, 2008.

ARÉVALO, Marcel y LÓPEZ RIVERA, Óscar, *Diálogos sobre pobreza y derechos humanos*, 1ª edic., Guatemala: FLACSO, 2007.

ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *La respuesta político-criminal al blanqueo de capitales como fenómeno delictivo económico. Entre la ambigüedad y la expansión*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.

ARIAS SENSO, Miguel, *Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004*, Madrid: La Ley, 2005.

ARNÁIZ AMIGÓ, Aurora, *Ética y Estado*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ARROYO BALTÁN, Lenin, *Victimología: una visión desde el saber penal-criminológico a la afirmación científica de la imputación objetiva*, 1ª edic., Buenos Aires: Arroyo Ediciones, 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo, Servicios Sociales de Higiene y Seguridad en el Trabajo*, Madrid, 1981.

_____ *Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del art. 499 bis CP)*, Madrid: REDT n. 15, 1983.

_____ *Manual de Derecho penal del trabajo*, Madrid: Ed. Praxis, 1988.

_____ *El ne bis in idem en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social. Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1997.

_____ *Criminalidad y contexto urbano en España*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2014.

ARROYO ZAPATERO, Luis y Otros, *La orden de detención y entrega europea*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, y Otros, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán, *Código de derecho penal europeo e internacional*, 1ª edic., Madrid: Ministerio de la Justicia/UCLM, 2013.

ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y Otros, *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.

ARROYO ZAPATERO, Luis y TIEDEMANN, Klaus (Ed.), *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 1994.

AUBARELL, Gemma, *Inmigración en el espacio euromediterráneo*, Barcelona: Instituto Europeo del Mediterráneo, 2011.

AULETTA, Giuseppe y SALANITRO, Niccolò, *Diritto commerciale*, 18ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010.

AYALA GÓMEZ, Ignacio., *Observaciones críticas sobre el delito social*, Madrid: RFDCU n. 6, 1983.

AYMERICH OJEA, Ignacio, *Lecciones de Derecho comparado*, 1ª edic., Castelló de la Plana: Universidad Jaume I, 2004.

AZAOLA GARRIDO, Elena, *Infancia robada: niñas y niños víctimas de explotación sexual*, Ciudad de México: UNICEF, 2000.

- AZUELA GÜITRÓN, Mariano, *Derecho, Sociedad y Estado*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1991.
- BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho penal económico*, Barcelona: Marcial Pons, 1998.
- BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Marcial Pons, 1998.
- BAILEY, John, *Crimen e impunidad. Las trampas de la seguridad en México*, 1ª edic., Ciudad de México: Debate, 2014.
- BAITELLO JUNIOR, Norval, SEGURA CONTRERA, Malena y Otros, *Os meios da comunicação*, 1ª edic., San Paulo: CISC, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y DÍAZ MAROTO, Julio, *Manual de Derecho penal, Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1991.
- BAKINDIKA, Jean Bonane, *Du procès de la globalisation dans la post-modernité: vers un nouvel ordre international*, 1ª edic., Paris: Ed. publibook, 2008.
- BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, 1ª edic., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000.
- BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad y tercer milenio*, Madrid: Persona y derecho, 2000.
- BARBAGLI, Marzio, *Immigrazione e reati in Italia*, 1ª edic., Bolonia: Il Mulino, 2002.
- BARBERO SANTOS, Marino, *Los delitos contra el orden socioeconómico: presupuestos, La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid: AA VV, 1982.
- BASABE SERRANO, Santiago, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*, 1ª edic., Quito: Universidad Andina Simon Bolívar, 2003.
- BATEZINI, André, CITTOLIN ABAL, Felipe y Otros, *Direito do trabalho: Estudos de temas atuais*, 1ª edic., Passo Fundo: Universidad de Passo Fundo, 2014.
- BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal del trabajo*, Madrid: Trotta, 1990.
- _____ *Derecho penal del trabajo*, Madrid: Ed. Trotta, 1991.
- _____ *Notas sobre las migraciones ilegales y su tratamiento en el Código penal de 1995*, Madrid: Cuadernos de Relaciones Laborales n. 10, 1997.
- BECCHI, Ada, *Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia*, 1ª edic., Roma: Donzelli, 2000.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona: Paidós, 1998.
- BEDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, 1ª edic., Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.
- BEGUÉ LEZAÚN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril)*, Barcelona: Bosch, 1999.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Barcelona: PPU, 1986.

- BELING, Ernest Von, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires: Sebastián Soler, 2002.
- BELLIDO PEDANÉS, Rafael, *La condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva*, Madrid: Revista española de Derecho Constitucional, 1999.
- _____ *La extradición en Derecho Español (Normativa interna y Convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid: Editorial Civitas, 2001.
- BENVENUTI, Paolo, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, 1ª edic., Roma: Universidad de Roma III, 2008.
- BERDAL, Mats, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional*, 1ª edic., Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- BERGALLI, Roberto (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- BERISTÁIN IPIÑA, Antonio, *Criminología, Victimología y cárceles*, 1ª edic., Pontificia Universidad Javeriana, 2006, vol. I.
- _____ *Inmigración y xenofobia ante las instituciones culturales y religiosas*, Madrid: La Ley, 2002.
- BERNAL SALVADOR, Arciga, *Del pensamiento social a la participación: estudios de psicología social en México*, 1ª edic., Ciudad de México: SOMEPSO, 2004.
- BERNARDI, Alessandro, *El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo*, Madrid: Revista de Derecho y Proceso Penal n. 2, 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán José, *La historicidad del Hombre, del Derecho y del Estado*, 1ª edic., Buenos Aires, Ediciones Manes, 1965.
- BINGSONG, He, *Le crime organisé en Chine: des triades aux mafias contemporaines*, 1ª edic., Paris: CNRS Éditions, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de direito penal. Parte geral*, 1ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- _____ *Código penal comentado*, 5ª edic. San Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- _____ *Tratado de Direito penal. Parte geral*, 15ª edic. San Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- BLANC ALTEMIR, Antonio, *La violación de los Derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona: Bosch, 1990.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. Criminalidad organizada*, Budapest: Reunión de la Sección Nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP, 1999.
- BLANCO CORDERO, Isidoro y SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición en la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, Madrid: Revista Penal n. 6, 2000.
- BLANCO FIGUEROA, Francisco, *Desarrollo con rostro humano*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad de Colima, 2002.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Perspectivas jurídico-incriminatorias ante el nuevo Código penal de 1995*, Madrid: CPC n. 61, 1997.

- BLANCO PRIETO, Pilar, *La violencia contra las mujeres: prevención y detección*, Madrid: Ed. Díaz de Santos, 2004.
- BOCKELMANN, Paul y VOLKER, Klaus, *Direito penal, Parte geral*, 1ª edic., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.
- BOISVERT, Yves, *Le monde postmoderne: analyse du discours sur la postmodernité*, 1ª edic., Paris: Ed. L'Harmattan, 1996.
- BONTEMPO, Denise, BOSETTI, Enza y Otros, *Explotación sexual de niñas y adolescentes en Brasil*, 1ª edic., Brasilia: UNESCO/CECRIA, 1999.
- BORDAS MARTÍNEZ, Julio, BAEZA LÓPEZ, José Carlos y Otros, *Temas de sociología criminal. Sociedad, delito, víctima y control social*, 1ª edic., Madrid: UNED, 2011.
- BORTOLETTI, Maurizio, *Paura, criminalità, insicurezza: un viaggio nell'Italia alla ricerca della soluzione*, 1ª edic., Catanzaro: Rubbettino Editore, 2005.
- BOSCO, Domenico, CIGLIA, Francesco Paolo y Otros, *Testis Fidelis. Studi di filosofia e scienze umane in onore di Umberto Galeazzi*, 1ª edic., Nápoles: Ed. Orthotes, 2012.
- BOSQUET-DENIS, Jean-Bernard, *La problématique du blanchiment en Chine*, 1ª edic., Paris: Jean-Bernard Bosquet-Denis, 2013.
- BRADLEY, Gerard, *Los costes sociales de la pornografía*, 1ª edic., Madrid: Ediciones RIALP S.A., 2014.
- BRANDÃO, Nuno y JESUS, Solange, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués*, San Sebastián: EGUZKILORE, 2014.
- BRESCHI, Donatella, *L'immaginario mafioso. La rappresentazione sociale della mafia*, 1ª edic., Bari: Edizioni Dedalo, 1986.
- BROCK, Stephen Louis y Otros, *L'attualità di Aristotele*, 1ª edic., Roma: Ed. Armanda, 2000.
- BRUNO BERG, Walter, NOGUEIRA BRIEGER, Cláudia y Otros, *As Américas do Sul: O Brasil no contexto Latino-Americano*, 1ª edic., Berlín: Beihefte Zur Iberoromania, 2001.
- BRUNO, Aníbal, *Direito penal. Parte geral*, 3ª edic. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.
- BRZUSTOWSKI, Marc, FALAVIGNA, Gilles, *Daesh et Hamas, les deux visages du califat*, 1ª edic., Paris: Editions Dualpha, 2015.
- BUENO ARÚS, Francisco, *Nociones básicas sobre la extradición*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.
- _____ *Análisis de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial n. 21, 2000.
- BUENO MAGANO, Octávio, *Manual de Direito do trabalho*, 1ª edic., San Paulo: LTr, 1980.
- BUERGENTHAL, Thomas y KISS, Alexander, *La protection internationale des Droits de l'Homme*, Estrasburgo: N.P. Engel, 1991.
- BUFFONE, Giuseppe, CURTÒ, Emilio y Otros, *in Rito sommario e ordinario di cognizione*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2013.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU, 1987.

- CABRERA, Luis y MEYER, Eugenia, *Obra política de Luis Cabrera*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, vol. II.
- CACCIOTTI, Silvia, *Diritto penale per tutti i concorsi*, 2ª edic., Milán: Alpha Test, 2011.
- CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano y Otros, *Trattato di Diritto penale*, 1ª edic., Turín: UTET, 2009, pág. 689, vol. II.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código penal comentado. Concordado jurisprudencia, doctrina legislación penal especial y normas complementarias*, Bilbao: Deusto Jurídico, 2004.
- CALLEGARI, André Luís, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, 1ª edic., Bogotá: Centro de Investigación de Filosofía y Derecho, 2003.
- CALVO SOLER, Raúl, *Mapeo de conflictos: técnica para la explotación de los conflictos*, 1ª edic., Barcelona: Gedisa Editorial, 2015.
- CAMISÃO, Isabel y LOBO-FERNANDES, Luís, *Construir a Europa: o processo de integração entre a teoria e a história*, 1ª edic., Estoril: Editora Príncipia Ltda., 2005.
- CAMPO CABAL, Juan Manuel, *Comentarios a la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid: Civitas, 2001.
- CAMPOS, Andreilino, *Do quilombo à favela: a produção do espaço criminalizado no Rio de Janeiro*, 1ª edic., San Paulo: Bertrand, 2005.
- CAMUS, Albert, *Il rovescio e il diritto: Il mondo di povertà e bellezza*, Milán: Bompiani, 2012.
- CANALES CERÓN, Manuel, *Metodologías de la investigación social*, 1ª edic., Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GOMEZ, Mario (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005.
- CANIN, Patrick., *Droit pénal général*, 1ª ed., Paris: Hachette Livre, 2013.
- CANTARERO BANDRÉS, Rocío, *Inmigración y Derecho penal en España: líneas para una propedéutica jurídica. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomson, 2005.
- CANTOS FIGUEROLA, José y LÓPEZ DE AZCONA, Juan Manuel, *Aspectos técnicos y económicos de la crisis del petróleo*, 1ª edic., Madrid: Academia de Doctores de Madrid, 1975.
- CAÑAMERO MOYA, Miguel, *De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo*, Madrid: Instituto de Empresa, 1990.
- CAPODIECI, Salvatore y BOCCADORO, Leonardo, *Fondamenti di sessuologia*, Padua: Ed. Libreria Universitaria, 2012.
- CARACUTA, Fernando, BUFFA, Francesco y Otros, *Il lavoro minorile: problematiche giuridiche*, 1ª edic., Roma: Ed. Halley, 2005.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y Otros, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

- CARBONELL, Miguel (Coord.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Ciudad de México: Porrúa/UNAM, 2002.
- CÁRDENAS, Julián, *El poder económico mundial: Análisis de redes de interlocking directorates y variedades de capitalismo*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2014.
- CARDONA, Diego, LABATUT, Bernard y Otros, *in Encrucijadas de la seguridad en Europa y las Américas*, 1ª edic., Rosario: Centro de Estudios Políticos e Internacionales, 2004.
- CARMONA SALGADO, Concha, *Comentario a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Curso de Derecho penal, Parte especial*, Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1994.
- CARRER, Francesco y Otros, *Le politiche della sicurezza. Dalla polizia comunitaria alla tolleranza zero*, 1ª ed., Milán: FrancoAngeli, 2009.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, 2ª edic., Madrid: Editorial Tecnos, 1976.
- _____, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995.
- CARRIÓN MENA, Fernando, DAMMERT GUARDIA, Manuel y Otros, *Economía política de la seguridad ciudadana*, 1ª ed., Quito: Flasco, 2009.
- CARRISI, Giuseppe, *La fabbrica delle prostitute. Un viaggio nel mercato criminale del sesso. Dai villaggi della Nigeria ai marciapiedi italiani*, 1ª edic., Roma: Newton Saggistica, 2011.
- CASANUEVA SAINZ, Itziar, *Derecho penal. Parte general*, 3ª edic., Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.
- CASAS BAAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 1999.
- CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones sobre la libertad y la seguridad en el trabajo en los aspectos penal y constitucional*, Madrid: CPC n. 17, 1982.
- CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, Barcelona, 1991.
- CASTRO CONTE, Macarena, *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, 1ª edic., Madrid: Dykinson Editorial, 2007.
- CASTRO, Carlos David, *Seguridad ciudadana y defensa nacional: dos problemas en busca de solución*, 1ª ed., Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 1998.
- CEA D'ANCONA, María Ángeles y VALLES MARTÍNEZ, Miguel, *Xenofobias y xenofilias en clave biográfica*, 1ª edic, Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2010.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 6ª ed., Madrid, 1998.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.
- CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho: formas de autoría en el delito*, 1ª edic., México: Porrúa, 2005.
- CHARRO BAENA, Pilar y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, *La mal llamada ley de extranjería: ¿Un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I y II)*. Madrid: La Ley, 2000.
- CHATERLON, Lis, *En 1963 aún existe la trata de blancas*, Barcelona: Ed. Rodegar, 1963.
- CHECA, Francisco, CHECA OLMOS, Juan Carlos y Otros, *Las migraciones en el mundo: desafíos y esperanzas*, 1ª edic, Barcelona: Icaria, 2009.
- CHIEFFI, Orlando, BONFIRRARO, Giovanni, FIMIANI, Raffaele, *Ginecologia ambulatoriale*, Florencia: Ed. SEE Firenze, 1997.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, 1ª edic., Madrid: Ediciones Parthenon, 2007.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001.
- CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, *Los derechos fundamentales en la Unión*, Barcelona: Bosch, 2000.
- _____ *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2010.
- CIAPPI, Silvio, *Periferias del imperio: poderes globales y control social*, 1ª edic., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- CLAVILEÑO, Hugo, *La nueva esclavitud*, 1ª edic., Madrid: Instituto de Investigación y Desarrollo Editorial, 1995.
- CLIMENT SANJUÁN, Víctor, *La percepción ambiental en el ámbito productivo*, Sevilla: IESA-Andalucía, 1998.
- _____ *Sociedad del riesgo: producción y sostenibilidad*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2006.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Barcelona: Marcial Pons, 1996.
- COHN, Ilene y GOODWIN-GILL, Guy, *Los niños soldados: un estudio para el Instituto Henry Dunant/Ginebra*, Madrid: Ed. Fundamentos, 1997.
- COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, 1ª ed., Barcelona, José Mª. Bosch Editor, 2015.
- COLLADOS AÍS, Ángela y Otros, *Qualitätsparameter beim Simultandolmetschen. Interdisziplinäre Perspektiven*, 1ª edic., Tübinga: Narr Francke Attempto Verlag GmbH, 2011.
- COLOMBO, Arrigo, *L'utopia: rifondazione di un'idea e di una storia*, 1ª edic., Roma: Ed. Dedalo, 1997.
- COLUCCIA, Anna y FERRETTI, Fabio, *Immigrazione: nuove realtà e nuovi cittadini*, Milán: Franco Angeli, 1998.
- CONDE-PUMPIDO FERRERO, Cándido, *Estafas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- _____ *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Trivium, 1997, tomo I.
- _____ *Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución con menores. Delitos contra la libertad*

sexual, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial n. 21, 1999.

_____ *Comentarios a los artículos del Código penal modificados por leyes posteriores publicadas en el período comprendido en esta actualización (1999 y enero 2000). Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Trivium, 2000.

CORBETTA, Stefano, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2014, vol. II.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORNELI, Alessandro, *Flussi migratori illegali e ruolo dei paesi di origine e di transito*, 1ª edic., Roma: Centro Militare di Studi Strategici, 2005.

CORREA SABAT, Patricia, *Violencia urbana en América Latina*, 1ª edic., Barcelona: Universidad de Barcelona, 2003.

CORREIA, Eduardo, *Problemas fundamentais da comparticipação criminosa*, 1ª edic., Lisboa, 1951.

_____ *Unidade e pluralidade de infracções. Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Lisboa.

COSTA, Paula, *Tráfico de pessoas. Algumas considerações legais*, Lisboa: Working Papers n. 8, 2004.

COSTEIRA, Joana, *Os efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho: a tutela dos créditos laborais*, 1ª edic., Coimbra: Almedina, 2013.

CREUS, Carlos, *Ciencia y dogmática: interpretación y aplicación del derecho penal*, 1ª edic., Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1999.

_____ *Derecho penal. Parte general*, Rosario: Astrea.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal*, Madrid: ADPCP, 1981.

CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada: Comares, 2002.

CURATOLO, Pietro, *La democracia en la Unión Europea*, Madrid: Autor, 2012.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, vol. I.

CUSANO, Pina y INNOCENTI, Piero, *Le organizzazioni criminali nel mondo: da Cosa Nostra alle Triadi, dalla mafia russa ai narcos alla Yakuza*, 1ª edic., Roma: Editori Riuniti, 1996.

D'ORS, Inés, *La inmigración en la literatura española contemporánea*, 1ª edic., Madrid: Editorial Verbum.

DA CÂMARA TEIXEIRA, Rosana, *Os perigos da paixão: visitando jovens torcidas cariocas*, 1ª edic., San Paulo: Annablumme, 2004.

DA COSTA JÚNIOR, Paulo José, SILVA FRANCO, Alberto y Otros, in *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 1ª edic., San Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, vol. I.

- DALLA SEGA, Franco, *Il concetto di valore aggiunto nella dottrina economico-aziendale tedesca*, 1ª edic., Milán: Universidad Católica, 2000.
- DAMMERT, Lucía, *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, 1ª edic., Quinto: Flasco, 2007.
- D'ASCIA, Lorenzo, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2009.
- DAVIS, Benjamin, *Alimentación, agricultura y desarrollo rural: temas actuales y emergentes para el análisis económico y la investigación de políticas*, 1ª edic., Roma: FAO, 2004.
- DAVIS, Enriqueta, *La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, Ciudad de Panamá: IMUP, 2002.
- DE ALMEIDA MELO, José Tarcízio, *Direito constitucional do Brasil*, 1ª edic., Belo Horizonte: Dey Rey Editora, 2008.
- DE BARROS BELLO FILHO, Ney y Otros, *Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei n. 9.605/98*, 2ª edic. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- DE CAMARGO RODRIGUES, Thais, *Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*, 1ª edic., San Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- DE CLÉMENT, Zlata Drnas, *Las normas imperativas de Derecho internacional general (jus cogens). dimensión sustancial*, Buenos Aires: Acader, 2011.
- DE COSSIO Y GÓMEZ-ACEBO, Manuel, *La trata de blancas en España y la Vizcondesa de Jorbalán*, Madrid: Estudio Social, 1911.
- DE FARIA COSTA, José, *La responsabilidad jurídica y penal de la empresa y de sus órganos (una reflexión sobre la alteridad en las personas jurídicas, a la luz del Derecho penal)*, Lisboa: Revista Portuguesa de Ciencias Penales, 1992.
- _____ *Derecho penal económico*, Madrid: Cuarteto, 2003.
- DE FARIAS FALANGOLA, Renata, *Tráfico internacional de pessoas sob a ótica do direito internacional*, 1ª edic., Fortaleza: Faculdades Faria de Brito, 2013.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993.
- _____ *Direito penal*, tomo I, 2ª edición, Lisboa.
- DE FILIPPIS, Bruno, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2011.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, ACALE SÁNCHEZ, María y Otros, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2009.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz María, *Tipicidad e imputación objetiva*, 1ª edic., Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2010.
- DE LA CUEVA, Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación*, Madrid: Tecnos, 1990.
- DE LA VEGA RUIZ, José Augusto, *Los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica 3/1989*, Madrid: La Ley, 1990.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Barcelona: Bosch, 1998.

_____ *Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas. La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca: Univ. Castilla-La Mancha, 2000.

_____ *El Anteproyecto de modificación del Código penal de 2008*. 1ª edic., Bilbao: Deusto Publicaciones, 2009.

DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Ensayo, 1994.

_____ *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Madrid: Icaria, 1996, y *Fronteras de los derechos humanos: racismo y estrategias de legitimación en la Unión Europea*, Valencia: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fachie Fuirió n. 17, 1996.

_____ *¿Qué política de inmigración? Reflexiones al hilo de la Reforma de la Ley de Extranjería en España*, Madrid: Tiempo de Paz, Inmigración y Ley de extranjería n. 55, 1999.

DE MORAES FILHO, Evaristo, *Estudos de Direito do trabalho: doutrina, legislação e jurisprudencia*, 1ª edic., San Paulo: LTr, 1971.

DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, *Direito do mar*, 1ª edic., Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1979.

DE QUADROS, Fausto, *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*, 1ª edic., Coimbra: Almedina, 2004.

DE SALVIA, Michele y ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2007.

DE TOMÁS MORALES, Susana, SOBRINO HEREDIA, José Manuel y Otros, *Retos del Derecho ante las nuevas amenazas*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2015.

DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel, *Blanqueo internacional de capitales: cómo detectarlo y prevenirlo*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Deusto, 2007.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, *Globalización e inmigración, El reto del siglo XXI*, Madrid: La Ley, 2001.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Inmigración y delincuencia*, Valencia: Comunidad Valenciana del diario El País, 2001

_____ *De nuevo sobre inmigración y delincuencia*, Valencia: Comunidad Valenciana del diario El País, 2002.

DELGADO, Augusto y Otros, *Revista de processo*, 1ª edic., San Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo y SANZ HERMIDA, Ágata María, *Problemática de las redes de explotación sexual de menores. Nuevas cuestiones penales*, Madrid: Colex, 1998.

D'ESTÉFANO PISANO, Miguel Antonio, *Derecho internacional público*, La Habana: Editorial Universitaria, 1965.

DI AMATO, Astolfo, *Diritto penale dell'impresa*, 7ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2011.

DI NICOLA, Andrea, CAUDURO, Andrea y Otros, *La prostituzione nell'Unione Europea tra politiche e tratta di esseri umani*, 1ª edic., Milán: FrancoAngeli, 2006.

DI PIRRO, Massimiliano, *Compendio di diritto penale. Parte generale e speciale*, 1ª edic., Roma: CELT, 2014.

DI STASIO, Chiara, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010.

DIAZ, Furio, *Storicismi e storicità*, 1ª edic., Milán: Parenti, 1956.

DÍAZ, Miguel, *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*, 1ª ed., Madrid: La Ley, 2007.

DIEGO DIAZ-SANTOS, María del Rosario y SÁNCHEZ GÓMEZ, Virginia, *Nuevas cuestiones penales*, Madrid: Colex, 1998.

_____ *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid: Colex, 2000.

DIENA, Julio, *Derecho internacional público*, Barcelona, 1945.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección penal de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch, 1985.

_____ *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*, Madrid: Revista penal n. 2, 1998.

_____ *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial n. 21, 1999.

_____ *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, Madrid: Revista de Derecho Penal, n. 6, 2000.

_____ *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual. Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2000.

_____ *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Madrid: A. P. n. 1, 2001; en *Política criminal y Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____ *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y ROMEO CASABONA, Carlos María (Coords), *Comentarios al Código penal. Parte especial, II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María y Otros (Eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La naturaleza de la Unión Europea*, Barcelona: InDret, 2008.

DONATO MESSINA, Salvatore y SPINNATO, Giorgia, *Diritto penale. Manuale breve*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2011.

DOS REIS, Jorge, *Criterios de imputación jurídico-penal de las entidades colectivas (elementos para una alternativa a la responsabilidad penal dogmática de entidades colectivas)*, Madrid: Revista Internacional de Ciencias Penales, 2003.

DOWDNEY, Luke, *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*, 1ª edic., Río de Janeiro: 7 Letras, 2003.

DRAETTA, Ugo, SANTINI, Andrea, *L'Unione europea in cerca di identità: problemi e prospettive dopo il fallimento della Costituzione*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2008.

DURÁN SECO, Isabel, *El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)*, Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2005.

- EBERT, Udo, *Derecho penal. Parte general*, 1ª edic., Hidalgo: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.
- ELKIND, David, *Legami che stressano*, Roma: Ed. Armando, 1999.
- EMANUELE, Albanese, *Pornografia e consenso matrimoniale: La fruizione di pornografia oggi e il suo influsso sul consenso matrimoniale canonico*, 1ª edic., Roma: Pontificia Universidad Gregoriana, 2014.
- ERNESTO SALAMANCA, Manuel, *Violencia política y modelos dinámicos: un estudio sobre el caso colombiano*, 1ª edic., Gipuzcoa: Instituto de Derechos Humanos de Pedro Arrupe, 2007.
- ERNESTO SALAMANCA, Manuel y CASTILLO BRIEVA, Daniel, *Complejidad y conflicto armado*, 1ª edic., Houston: Fundación Seguridad y Democracia, 2005.
- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José y Otros, *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*, 1ª edic., Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2009.
- ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, *La ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un paso más en la lucha por la justicia*, Madrid: La Ley, 2001
- _____ *Estudio sobre la trata de personas y la prostitución (Represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena)*, Nueva York: Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y sociales.
- ESPINOSA, Betty, ESTEVES, Ana y Otros, *Mundos del trabajo y políticas públicas en América Latina*, 1ª edic., Ecuador: Flacso, 2008.
- ESPIÑEIRA LEMOS, Bruno, *Direitos fundamentais: direito comparado e as constituições brasileiras. Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça*, Lisboa: FDUL, 2007.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos y DE LORENZO SEGRELLES, Manuel, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- ESTES, Richard (Coord.), *La infancia como mercancía sexual*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- ESTRADA LÓPEZ, Elías, *Derechos de tercera generación*, Guadalajara: Universidad Panamericana, 2006.
- FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A., *Tráfico ilegal de mano de obra. Nuevas cuestiones penales*, Madrid: Colex, 1998.
- FALZEA, Angelo, GROSSI, Paolo y Otros, *Enciclopedia del diritto*, 1ª edic., Milán: Giuffrè, 2011, vol. 4.
- FANTÒ, Enzo, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminali*, 1ª edic., Bari: Ed. Dedalo, 1999.
- FARIA COSTA, José, *Jornadas de Direito Criminal. As formas do crime*, 1ª edic., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983.
- FATTAH, Ezzat, PETERS, Tony y Otros, *in Support for crime victims in a comparative perspective*, 1ª edic., Bruselas: Leuven University, 1998.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada: Comares, 1999.
- FERNANDES DE FREITAS, Geórgia Bajer, *Os actos políticos em direito comparado atual*, Lisboa: FDUL, 2003.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Madrid: La Ley, 1996.

- FERNÁNDEZ JUÁREZ, Gerardo, *La diversidad frente al espejo. Salud. Interculturalidad y contexto migratorio*. 1ª edic., Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2008.
- FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto, *Derecho penal: teoría del delito*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la Unión Europea*, Madrid: La Ley, 2006.
- FERNÁNDEZ STEINKO, Armando, *Delincuencia, finanzas y globalización*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, 1ª edic., Oviedo: Universidad de Oviedo, 1991.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e Internet (e-book). Especial consideración de los delitos que afectan jóvenes y adolescentes*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2011.
- FERRARIS, Valeria, *Immigrazione e criminalità*, 1ª edic., Roma: Carocci Editore, 2012.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ARNATE BORRALLO, Enrique (Coords.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- FERREIRA, Cavaleiro, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1987, vol. I.
- FERRO VEIGA, José Manuel, *Propiedad inmobiliaria, blanqueo de capital y crimen organizado*, 1ª edic., Alicante: Editorial Club Universitario, 2012.
- FIGARI, Rubén Enrique, *Casuística penal: doctrina y jurisprudencia*, 1ª edic., Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999.
- FIOCCA, Giordano, *La storicità dei diritti e dei valori: in Benedetto Croce e Norberto Bobbio*, 1ª edic., Milán: Solfanelli, 1994.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta/Universidad Carlos III, 1996.
- FIORE, Pasquale, *Tratado de derecho penal internacional y de la extradición*, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación Madrid.
- FIORINI NETTO, Santos, *Direito penal. Parte geral*, 1ª edic., Pará de Minas: VirtualBooks, 2010, vol. II.
- FISAS, Vicenç, *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor., *Docencia e investigación jurídicas*, Ciudad de México: Porrúa, 2001.
- FOFFANI, Luigi, *Criminalidad organizada y criminalidad económica*, Madrid: Revista Penal n. 7, 2001.
- _____, *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: Prospettive per il XXI secolo*, 1ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2006.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, t. V.
- FREEMAN, Linton, *El desarrollo del análisis de redes sociales. Un estudio de sociología de la ciencia*, 1ª edic., Bloomington: Autor, 2012.

- GABEL, Joseph, *La falsa coscienza: saggio sulla reificazione*, Bari: Dedalo Libri, 1967.
- GAFO, Javier, NAVARRO, Albino y Otros, *Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, 1ª edic., Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1996.
- GALEOTTI, Mark y Otros, *Global crime today. The changing face of organised crime*, 1ª edic., Oxon: Routledge, 2005.
- GALLARDO, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Quito: SERPAJ/Editorial Tierra Nueva, 2000.
- GALVÃO BARROS, Carlos Roberto, *A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional*, 1ª edic., San Paulo: Seven System International Ltda., 2010.
- GAMBETTA, Diego, *La mafia siciliana: un'industria della protezione privata*, 1ª edic., Roma: Einaudi, 1992.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torio López*, Granada: Comares, 1999.
- _____ (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, 2006.
- GARCÍA BARROSO, Casimiro, *El procedimiento de la extradición*, Madrid: Editorial Colex, 1988.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *Análisis cuantitativo de la delincuencia de inmigrantes*, Madrid: Boletín Criminológico n. 49, 2000.
- _____ *Inmigración y delincuencia en España. Análisis criminológico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- _____ *La delincuencia de inmigrantes en España. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, *Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código penal)*, Madrid: A.P. n. 29, 2002.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel (Coord.), *Introducción al derecho del trabajo y de la seguridad social*, Madrid: Mc Graw Hill, 1999.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial*, Madrid: REDT n. 8, 1981.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, *Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP*, Madrid: A.P. n. 46, 2001.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas*, Madrid: Revista Penal n. 2, 1998.
- _____ *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Madrid: Praxis, 1998.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, *La Extradición en el ordenamiento interno, español e internacional y comunitario*, Granada: Editorial Comares S.L., 2005.
- GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Direito do trabalho*, 1ª edic., Campinas: Elsevier, 2007.
- GARCÍA, Ernest, *Medio ambiente y sociedad*, Madrid: Alianza Ensayo, 2004.
- GARCÍA-MINA, Ana, CARRASCO, María, *Violencia y género*, Madrid: Comillas, 2003.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GARRIDO GUZMÁN, Luis, *La prostitución: un estudio jurídico y criminológico*, Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Filosofía, política, derecho*, 1ª edic., Valencia: Universidad de Valencia, 2001.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración*, Madrid: Jueces para la Democracia n. 40, 2001.
- GASTÓN, Alfredo, *Revista de derecho y ciencias políticas*, 9ª edic., Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1945.
- GENINET, Béatrice, *L'indispensable du droit pénal*, 2ª edic., Paris: Studyrama, 2004.
- GIANNINI, Anna Maria y CIRILLO, Francesco, *Itinerari di Vittimologia*, 1ª ed., Milán: Giuffrè Editore, 2012.
- GIDDENS, Anthony, *Más allá de la izquierda y la derecha*, Madrid: Cátedra, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.
- _____ *La reforma del Código penal de noviembre de 1971*. Estudios de Derecho penal, Madrid: Civitas, 1981.
- GIORDANO, Antonina, *I reati contro l'integrità del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e terrorismo*, 1ª edic., Ancona: Ed. Antonio Tombolini, 2014.
- GIORDANO, Eduardo, *Las guerras del petróleo: geopolítica, economía y conflicto*, 1ª edic., Barcelona: Icaria, 2002.
- GIOVAGNOLI, Roberto, *Studi di Diritto penale, Parte speciale*. 3ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2008.
- _____ *Studi di Diritto penale. Parte generale*, Milán: Ed. Giuffrè, 2011.
- GLINT, Michael, *Can a War with Isis Be Won? Isis/Islamic State/Daesh*, 1ª edic., Londres: Conceptual Kings, 2014.
- GOMES LOPES, Miguel Silva, *Segurança e Ciências forenses*, 1ª ed., Lisboa: Revista Jurídica, 2013.
- GOMES, Luis Flávio, *Teorias causalista, finalista e constitucionalista do delito*, San Paulo: Universidad Anhanguera, 2007.
- _____ *Tipo, tipicidade material e tipicidade conglobante. Direito penal, Parte geral*, San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- _____ *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, 3ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- GÓMEZ DÍEZ, Ofelia y QUINTERO BUENO, Catalina, *Metamorfosis de la esclavitud: manual jurídico sobre trata de personas*, Madrid: Fundación Esperanza, 2005.
- GÓMEZ INIESTA, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, 1ª edic., Madrid: Cedecs, 1996.
- GÓMEZ ISA, Felipe, *Derechos humanos: concepto y evolución*, Vizcaya: Universidad del País Vasco, 2006.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Breve historia de la cultura europea*. Madrid: Rialp, 2005.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político-criminal*, Cuenca: Revista Jurídica de Castilla y León n. 5, 2005.

_____ *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2010.

_____ y Otros, *Comentarios al Código penal*, 1ª edic., Valladolid: Lex Nova, 2010.

GONÇALVES CARVALHO, Kildare, *Direito constitucional. Teoria do Estado e da constituição. Direito constitucional positivo*, 14ª edic., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

GONÇALVES CORREIA, Marcus Orione, *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, 1ª edic., San Paulo: LTR, 2007.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Curso de derecho internacional público*, Madrid: Editorial Civitas, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas, 1986.

GONZALEZ VIADA, Natacha, *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Barcelona: Marcial Pons, 2009.

GONZÁLEZ, Ignacio, *Política de extranjería*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2003.

GOULART VILLELA, Fábio, *Manual de direito do trabalho*, 1ª edic., Campinas: Elsevier, 2010.

GOZZINI, Giovanni y SCIRÈ, Giambattista, *Il mondo globale come problema storico*, Bolonia: Archetipo Libri, 2007.

GRASSO, Giovanni, PICOTTI, Lorenzo y Otros, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce de Trattato di Lisbona*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2011.

GREBE, Horst, *Ciudadanía y Estado de Derecho*, 1ª edic., La Paz: Prisma Editores, 2009.

GREPPI, Edoardo, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el Derecho internacional*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 1999.

GROSSMANN, Henryk, *La ley de la acumulación y del derrumbe del sistema capitalista*, 3ª edic, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2004.

GROSSO, Carlo Federico, PELISSERO, Marco y Otros, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2013.

GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____ *El concepto de trabajador en el Derecho penal español*, Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2004.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 1ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi S. A., 2007.

GUERRA MARTINS, Ana Maria y DE QUADROS, FAUSTO, *Contencioso da União Europeia*, 2ª edic., Coimbra: Almedina, 2007.

GUIMEZANES, Nicole, CHRISTOPHE, Tuailon, *Droit pénal de la sécurité et de la défense*, 1ª ed, Paris: L'Harmattan, 2006.

- GUINARTE CABADA, Gumersindo (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- GURDIEL SIERRA, Manuel, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Barcelona: Tirant lo Blanch, 2004.
- GUTIÉRREZ GOROSTIAGA, Jesús Cruz, *Gestión y control administrativo de las operaciones de caja*, 1ª edic., Madrid: Paranifo, 2015.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Constitución española, derechos de los extranjeros*, Madrid: Jueces para la Democracia, n. 41, 2001.
- HARTOG, François, *Regimi di storicità: presentismo e esperienze del tempo*, 1ª edic., Palermo: Sellerio, 2007.
- HAUENSTEIN SWAN, Samuel, VAITLA, Bapu y Otros, *El hambre estacional. La lucha silenciosa por los alimentos en el mundo rural más empobrecido*, 1ª edic., Barcelona: Icaria Editorial S.A., 2008.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, 1ª ed., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Madrid: Edersa, 1996.
- _____ *Victimología: nociones básicas*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2014.
- _____ *Victimología: victimización violenta y victiodogmática*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2014.
- HERRERA MORENO, Myriam, *Recientes posiciones jurisprudenciales sobre los delitos sexuales*, Madrid: CPC, n. 52, 1994.
- HERRERO HERRERO, César, *Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica*, Madrid: Actualidad Penal, 2003.
- HERZOG, Felix, *Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales*, Madrid: Poder Judicial n. 32, 1993.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código penal*, Madrid: A. P. n. 6, 1998.
- _____ *Tráfico ilícito de personas. Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*, Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.
- HOLLINGTON, Kris, *Cómo se hace un crimen de Estado*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Robinbook, 2009.
- HOTTOIS, Gilbert, *De la Renaissance à la postmodernité. Une histoire de la philosophie moderne*, 3ª edic., Bruselas: Ed. De Boeck Université, 2001.
- HUERTAS GONZÁLEZ, Rosa, *Comentarios al Título III. De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. Comentario a la nueva Ley de extranjería*, Madrid: Ed. Lex Nova, 2000.
- IANNI, Octavio, *Enigmas de la Modernidad*, 1ª ed., Ciudad de México: Siglo XXI, 2000.
- IGLESIAS DE USSEL, Julio, TRINIDAD REQUENA, Antonio y Otros, *in Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades españolas*, 1ª edic., Bilbao: Fundación BBVA, 2010.

- IGLESIAS MACHADO, Salvador, *Consideraciones de política criminal: globalización, violencia juvenil y actuación de los poderes públicos*, 1ª edic., Madrid: Dykinson, 2006.
- IGLESIAS, Fernando, *República de la tierra. Globalización: el fin las las modernidades nacionales*, 1ª edic., Buenos Aires: Ediciones Colihue S.R.L., 2000.
- IHDE, Don, *Los cuerpos en la tecnología. Nuevas tecnologías: nuevas ideas acerca de nuestro cuerpo*, 1ª edic., Barcelona: Editorial UOC, 2004.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *Antropología ambiental. Conflictos por recursos naturculturales y vulnerabilidad de poblaciones*, 1ª edic., Madrid: Dykinson Editorial, 2015.
- JAVEAU, CLAUDE, *Les paradoxes de la postmodernité*, 1ª edic., Paris: Presses universitaires de France, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 1ª edic., Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Córdoba: Abeledo-Perrot.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires: Losada, 1977, tomo VII, pág. 164.
- JONAS, Hans, *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*, 1ª edic., Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1997.
- JORDANA DE POZAS, Luis, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Ed. Trivium, 1997.
- JUANES PECES, Ángel, *La detención de extranjeros*, Madrid: La Ley, 2005.
- JUDERÍAS, Julián, *La trata de blancas. Estudio acerca de este problema social en España y en el extranjero*, Madrid, 1911.
- KAISER, Axel, *La miseria del intervencionismo*, 1ª edic., Buenos Aires: Aguilar, 2012.
- KAMINSKI, Dan, *Entre Criminologie y Droit pénal. Un siècle de publications en Europe et aux États-Unis*, 1ª ed., Bruselas: Boeck-Wesmael S.A., 1995.
- KANGASPUNTA, Kristina, *Mapa del comercio inhumano: Resultados preliminares de la base de datos sobre trata de seres humanos*, Florianópolis: Foro sobre el Delito y Sociedad, 2003.
- KATZ, Ignacio, *Breviario de máximas y mínimas*, 1ª edic., Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2003.
- KAUFMANN, Arthur, *Derecho, moral e historicidad*, 1ª edic., Madrid: Marcial Pons, 2000.
- KERMOL, Enzo y FRANCESCUTTO, Alessandra, *Un'analisi del fenomeno prostituzione: fra stili di vita e ipotesi di intervento*, 1ª edic., Padua: CLEUP, 2000.
- KHAN, Irene, *Prigionieri della povertà. La nuova sfida dei diritti umani: storie dal mondo*, Roma: Mondadori, 2010.
- KIRBY, Alan, *Digimodernism: How new technologies dismantle the postmodern and reconfigure our culture*, Londres: Continuum International Publishing Group, 2009.

- KLENNER GUTIÉRREZ, Arturo y KLENNER, Arturo, *in Esbozo del concepto de libertad: filosofía del derecho de Hegel*, 1ª edic., Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2000.
- KRIEGER, Emilio, *En defensa de la Constitución*, México: Grijalbo, 1994.
- KUNZ, Marco, *Juan Goytisolo: metáforas de la migración*, 1ª edic., Madrid: Editorial Verbum.
- LACLAU, Martín, *La historicidad del Derecho*, 1ª edic., Michigan: Abeledo-Perrot, 1994.
- LA PORTA, Francisco, *El ámbito de la Constitución*, Madrid: Doxa, 2001.
- LARGENEGGER, Natália, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica. O ordenamento jurídico está preparado para reconhecê-la?*, San Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito, 2011.
- LARRAURI, Elena, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1992.
- LATTANZI, Giorgio y LUPO, Ernesto, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010, vol. V.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- LE CROM, Jean-Pierre, *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, 1ª edic., Paris, Ed. Ouvrières, 1998.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *Extranjeros en prisión*, Madrid: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2005.
- LEGGIO, Augusto, *Criminalità organizzata, corruzione, appalti pubblici. Una análise, storica, scientifica ed etica nel contesto della crisi globale*, 1ª edic., Roma: Autor, 2015.
- LEITÃO, José y Otros, *in Tráfico de seres humanos y migraciones: un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos*, 1ª edic., Madrid: IEPALA, 2005.
- LEITE DE MAGALHÃES PINTO, Estevão, MENDES PIMENTEL, Francisco y Otros, *Revista forense: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação*, 1ª edic., San Paulo: Revista Forense, 2003.
- LEMKOW, Louis, *Sociología ambiental*, Barcelona: Icaria. Antrazyt, 2002.
- LIPOVETISKY, Gilles y SEBASTIEN, Charles, *Los tiempos modernos*, Barcelona: Anagrama, 2006.
- LO VERSO, Girolamo (Coord.), *Come cambia la mafia. Esperienze giudiziarie e psicoterapeutiche in un paese che cambia*, 1ª edic., Milán: FrancoAngeli, 1999.
- LOPES PORTO, Manuel Carlos y GALVÃO FLORES, Renato, *Teoria e políticas de integração na união européia e no MERCOSUL*, 1ª edic., Rio de Janeiro: Almedina/FGV, 2006.
- LOPES, Manuel António, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1998.
- LÓPEZ BARDA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid: Arkal Iure, 1996.
- _____ *Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomás, *Compendio de Derecho del trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____ *Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.

LÓPEZ MARTINEZ, Mario, *La prostitución en España entre dos siglos: una preocupación desde el ministerio de gobernación (1877-1910). La mujer en Andalucía. I encuentro interdisciplinar de estudios de la mujer*. Granada: Universidad de Granada, 1990.

LÓPEZ MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, 1ª edic., Navarra: Editorial Dykinson, 2015.

LÓPEZ PELEGRÍN, María Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, *La nueva Ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid: Colex, 2000.

LUMMIS, DOUGLAS, *Democracia radical*, 1ª edic., Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2002.

LUNA, Matilde, *Itinerarios del conocimiento: formas, dinámicas y contenido. Un enfoque de redes*, 1ª edic., Barcelona: Editorial Anthopos, 2003.

LUPO, Salvatore, *Storia della mafia. La criminalità organizzata in Sicilia dalle origini ai giorni nostri*, 3ª edic., Roma: Ed. Donzelli, 2004.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *Direito penal*, 1ª edic., San Paulo: Ed. Saraiva, 1968, vol I.

MAGALHÃES, Alex, *O direito das favelas*, 1ª edic., Rio de Janeiro: Letra Capital, 2014.

MAIHOFER, Werner, SPRENGER, Gerhard, *Revolution and human Rights*, 1ª edic., Berlín: Werner Maihofer and Gerhard Sprenger, 1990.

MANNA, Adelmo, CADOPPI, Alberto, y Otros, *in Trattato di diritto penale. Parte speciale*, 1ª edic., Turín: UTET, 2010.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, 1ª edic., Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, *El tráfico sexual de personas*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1991.

_____ *El tráfico de personas con fines de explotación sexual. Jueces para la Democracia*, Madrid: Información y Debate n. 28, 2000.

_____ *Una nueva forma de esclavitud: El tráfico sexual de personas. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MAQUEDA ABREU, Consuelo y MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, *Derechos humanos, temas y problemas*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Delitos contra la libertad sexual en la Reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)*, Madrid: La Ley, 1990.

MARCHIORI, Hilda y Otros, *in Victimología. La víctima desde una perspectiva criminológica*, 1ª edic., Buenos Aires: Editorial Universitaria Integral, 2004.

MARCU, Silvia, *Del este al oeste: geopolítica fronteriza e inmigración de la Europa Oriental y España*, 1ª edic., Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2010.

- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, 4ª edic., Milán Ed. Giuffrè, 2012.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Un Mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, 1ª edic., Madrid: Los Libros de la Catarata, 2006.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito penal português, Parte geral*, Lisboa: Editora Verbo, vol. II, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma, 1986.
- MARTIN LIPSET, Seymour, *El excepcionalismo norteamericano*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MARTÍN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y Otros, in *Derecho internacional de los derechos humanos*, 1ª edic., Santa Fe: Universidad Iberoamericana, 2004.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, ARUFE VARELA, Alberto y Otros, in *Derecho del trabajo*, 2ª edic., Madrid: NETBIBLO, 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Enrique, PAZ JIMÉNEZ, José y Otros, *Manejo en la cirugía de trasplantes*, 1ª edic., Oviedo: Universidad de Oviedo.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal*, Sevilla: Estudios Penales y Criminológicos, 2012.
- MARZAL FUENTES, Antonio (Coord.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona: Bosch, 1997.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares, 1997.
- MATILLA ALEGRE, Rafael, *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, 1ª edic., Bilbao: Universidad Deusto, 2009.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas*, Madrid: Estudios Penales y Criminológicos, 2011, vol. XXXI.
- MEDEIROS, Janaína, *Funk carioca: crime ou cultura? O som dá medo e prazer*, 1ª edic., Río de Janeiro: Editora Albatroz, 2006.
- MEDINA NÚÑEZ, Ignacio y Otros, *Integración, seguridad y democracia en América Latina*, 1ª edic., Ciudad de México: Iteso, 2014.
- MEDINA, León y MARAÑÓN, Manuel, *Leyes penales de España*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1941.
- MEILLASSOUX, Claude, *Antropología de la esclavitud*, 1ª edic., Madrid: Siglo XXI Editores S.A., 1990.
- MELLINO, Miguel, *La critica postcoloniale: decolonizzazione, capitalismo e cosmopolitismo nei postcolonial studies*, 1ª edic., Roma: Meltemi, 2005.
- MÉNDEZ BAIGES, Víctor y SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio, in *Bioética y Derecho*, 1ª edic., Barcelona: Editorial UOC, 2007.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario, *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993.

_____ *Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial*, Madrid: Estudios Penales y Criminológicos, 2014, vol. XXXIV.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, 2001.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

MIANO BORRUSO, Marinella, *Caminos inciertos de las masculinidades*, 1ª edic., Ciudad de México: BPR Publishers, 2003.

MICOLI, Alessia, *La tutela penale della vittima minore. Aspetti sostanziali e processuali*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2010.

MILLÁN-PUELLES, Antonio, *La lógica de los conceptos metafísicos. La lógica de los conceptos transcendentales*, 1ª edic., Madrid: Ediciones Rialp, 2002, vol. I.

MINKO MVÉ, Bernardin, *Gabon: la postmodernité en question*, 1ª edic., París: Ed. Publibook, 2012.

MIR PuiG, Santiago, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996.

_____ *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 2002.

MIRALLES SANGRO, Fátima y CABALLERO CÁCERES, José María, *Yo no quería hacerlo: los niños forzados a ser soldados en Sierra Leona se expresan a través del dibujo*, Madrid: Edisofer S.L., 2002.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Direitos humanos das mulheres*, 1ª edic., Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito internacional público*, 3ª edic., Estoril: Editora Princípiã Ltda., 2006.

MITTELMAN, James, *El síndrome de la globalización: transformación y resistencia*, 1ª edic., México: Siglo Veintiuno Editores, 2002.

MOLINA MOLINA, Ángel Luis, *Mujeres públicas, mujeres secretas (La prostitución y su mundo: siglos XIII-XVII)*, Madrid: KR, 1998.

MONDIN, Battista, *Ética e política*, 1ª edic., Bolonia: Ed. Studio Domenicano, 2000, vol. VI.

MONTORO-BALLESTEROS, Alberto, *Supuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración del trabajo*, 1ª edic., Murcia: Universidad de Murcia, 1980.

MORA, Wilfredo, *Criminología y violencia urbana*, 1ª edic., Santo Domingo: Editora Búho, 2001.

MORALES DOMÍNGUEZ, José Francisco, YUBERO JIMÉNEZ, Santiago y Otros, *El grupo y sus conflictos*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1999.

MORALES MESA, Santiago Alberto y Otros, *Desplazamiento de poblaciones. Un acercamiento contextual y teórico*, 1ª edic., Bogotá: Laboratorio Universitario de Estudios Sociales, 2011.

MORAÑA, Mabel, *Espacio urbano, comunicación y violencia en América Latina*, 1ª edic., Ciudad de México: Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, 2002.

- MOREIRA GUIMARÃES, Flávia, *Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado*, Lisboa: FDUL, 2009.
- MORENTE-MEJÍAS, Felipe, *Inmigrantes, claves para un futuro inmediato*, Jaén: Cuadernos Étnicos, Universidad de Jaén, 2000.
- MORETTI, Alessandro, *Compendio di diritto commerciale*, 5ª edic., Roma: CELT, 2014.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992.
- MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, *Manuale breve di diritto all'immigrazione*, 1ª edic., Santarcangelo di Romagna: Ed. Maggioli, 2013.
- MOULIER-BOUTANG, Yann, *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, 1ª edic., Madrid: Ediciones Akal, 2006.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Comentario sistemático a la ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000)*, Granada: Comares, 2001.
- MULINARI, Simona, *Cyberlaundering: riciclaggio di capitali, finanziamento del terrorismo e crimine organizzato nell'era digitale*, 1ª edic., Roma: Pearson Education Italia, 2003.
- MUNARI, Alessandro, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, 1ª edic., Roma: Giappichelli, 2014.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Tirant lo Blanch, 1999.
- MUSACCHIO, Vincenzo, *Norma penale e democrazia: trasformazioni dello Stato e genesi normativa penale*, 1ª edic., Roma: LED, 2004.
- MUSACCHIO, Vincenzo y DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, *El concepto de prostitución en la normativa penal contra la explotación sexual de menores en Italia y España*, Madrid: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2006.
- NAPPI, Aniello, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010.
- NARVÁEZ BERMEJO, Miguel, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, DEL RIO MONTESDEOCA, Luis, *Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995*, Madrid: La Ley, 1998, v. VI.
- NELO TIEGHI, Osvaldo, *Comentarios al Código penal. Parte general*, 1ª edic., Buenos Aires: Zavalía, 1995.
- NIEDDU, Anna Maria, *Normatività, soggettività, storicità: saggio sulla filosofia della morale di Pietro Piovani*, 1ª edic., Nápoles, Loffredo, 2001.
- NIEVA DE LA PAZ, Pilar, *Roles de género y cambio social en la literatura española del siglo XX*, 1ª edic., Ámsterdam: Rodopi, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 10ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Córdoba: Marcos Lerner Editora.

OSORIO, Jaime y Otros, *El Estado en el centro de la mundialización: la sociedad civil y el asunto del poder*, 1ª edic., Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades Fondo de Cultura Económica, 2005.

OTTIERI, Ottiero, *L'irrealità quotidiana*, Roma: Ugo Guanda, 2004.

PACHECO FILHO, Raul Albino, COELHO JUNIOR, Nelson y Otros, *Ciência, pesquisa, representação e realidade em psicanálise*, 1ª edic., San Paulo: EDUC, 2000.

PAGLIARO, Antonio, *Trattato di Diritto penale. Parte generale*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2007.

PAJARES, Miguel, *La política europea de inmigración*, Madrid: Cuadernos de Relaciones Laborales n. 1, 2002.

PALAZZOLO, Claudio, DE FEDERICIS, Nico, *Storicità del diritto, dignità dell'uomo, ideale cosmopolitico: atti della giornata di studi in memoria di Giuliano Marini*, 1ª edic., Pisa: Liguori, 2008.

PALLARÉS, Miguel, *Violencia de género*. Barcelona: Marge, 2012.

PALMA HERRERA, José Manuel, y GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel (Coords.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2012.

PALMER, Darren, BERLIN, Michael y Otros, *Global environment of policing*, 1ª edic., Boca Ratón: Taylor & Francis Group, 2012.

PALMISANO, Giuseppe, *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2008.

PALOMO DEL ARCO, Andrés, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal. La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: CGPJ, 2001.

PAPACCHINI, Angelo, *Los derechos humanos en Kant y Hegel*, Bogotá: Universidad del Valle, 1993.

PASCULLI, Maria Antonella, *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, 1ª edic., Milán: Wolters Kluwer Italia, 2011.

PASQUALE, Gianna, *Immigrazione, criminalità e carcere in Molise. Tra marginalità diffusa e nuove prospettive educative e di integrazione*, 1ª edic., Roma: Pensa Multimedia, 2013.

PAZ RUBIO, José María, *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, Madrid: La Ley, 2004.

PEDROSA MACHADO, Miguel, *Ab uno ad omnes*, 1ª edic., Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

_____ *O dolo e a penalidade do cúmplice. Formas do Crime*, 1ª edic., Lisboa: Principia.

PENALVA, Alejandra Selma, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, 1ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, 1ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando y Otros, *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

PÉREZ ARIAS, Jacinto, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

- PÉREZ CABALLERO, Jesús, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2015.
- PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos*, La Rioja: Boletín europeo de la Universidad de la Rioja, 2002.
- _____ *El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal*, La Rioja: Universidad de La Rioja, 2008.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, Carlos, y GONZÁLEZ GÜEMES, Inmaculada, *Salario mínimo y mercado de trabajo*, 1ª edic., Madrid: Instituto de Estudios Económicos 2005.
- PÉREZ FERRER, Fátima, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykison, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 2005.
- _____ *La tercera generación de Derechos humanos*, Navarra: Aranzadi, 2006.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PÉREZ VERA, Elisa y CARRILLO, Juan Antonio (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.
- PFÖSTL, Eva, *La condizione degli stranieri in Italia*, 1ª edic., Roma: Istituto di Studi Politici S. Pio V, 2006.
- PILATO, Vincenzo, *La mafia, la chiesa, lo Stato*, 1ª edic., Turín: Ed. Effatà, 2009.
- PINEDO VEGA, José Luis, *El petróleo en oro y negro*, 1ª edic, Madrid: Libros en Red, 2005.
- PINHO, Filipa, *Transformações na emigração brasileira para Portugal: de profissionais a trabalhadores*, 1ª edic., Lisboa: ACM-Alto Comissariado para as Migrações, 2014.
- PINO CANALES, Celeste Elena (coord.), *Derecho internacional público*, La Habana: Editorial Félix Varela, 2006.
- PINSKY, Jaime, *Brasil en contexto: 1987-2007*, 1ª edic., Cali: Editorial Universidad del Valle, 2007.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário ao Código Penal*, 1ª edic., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código penal*, Lisboa.
- PIOMBO, Horacio Daniel, *Extradición de nacionales*, Buenos Aires: Depalma, 1974.
- PIZARRO BELEZA, Teresa, *Direito penal*, Lisboa, vol. II.
- PLOUFFE-MALETTE, Kristine, *Protection des victimes de traite des êtres humains*, 1ª edic., Brusales: Bruylant, 2013.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, 1ª edic., Barcelona: Editorial Bosch, 2008, vol. I.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona: Editorial Bosch S. A., 2008.
- _____ *Lecciones de Derecho penal, Parte general I*, Madrid: Editorial Tecnos, 2013.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Barcelona, Ed. Mediterránea, 2006.

- _____ *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.
- POLANIA MOLINA, F., *Prostitución y Tráfico de Mujeres en Colombia*, Ámsterdam: Fundación ESPERANZA, 1996.
- POMARES CINTAS, Esther, *Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)*, Madrid: Revista General Derecho Penal n. 5, 2006.
- PONT AMENÓS, Teresa, SAUCH CRUZ, Montse, *Profiling. El acto criminal*, 1ª edic., Barcelona: Editorial UOC, 2008.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, Madrid: CPC n. 39, 1989.
- _____ *El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- PRAT CARVAJAL, Enric, *Las raíces históricas de los conflictos armados actuales*, 1ª edic., Valencia: Universidad de Valencia, 2010.
- PRESTIPINO, Giuseppe, *Realismo e utopia: in memoria di Lukács e Bloch*, 1ª edic., Milán: Editori Riuniti, 2002.
- PRIORE, Rosario, LAVANCO, Gioacchino, *Adolescenti e criminali. Minori e organizzazioni mafiose: analisi del fenomeno e ipotesi di intervento*, 1ª edic., Milán: FrancoAngelo, 2007.
- PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Barcelona: Ediciones Nauta, 1959.
- QUARANTA, Ivo, *Corpo, potere e malattia*, Roma: Ed. Meltemi, 2006.
- QUERALT, Joan Josep, *Derecho penal y globalización. Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Madrid: Ed. Conjunta Fiscalía General de la Nación y Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de derecho internacional e internacional penal*, Madrid: Instituto francisco de Vitoria, tomo II, 1957.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996.
- _____ *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Navarra: Aranzadi, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (Coords), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra: Aranzadi, 2001.
- RAMÍREZ SOLANO, Ernesto, *Moneda, banca y mercados financieros*, 1ª edic., Ciudad de México: Pearson Educación, 2007.
- RAMÍREZ, Hernán, *Corporaciones en el poder*, 1ª edic., Buenos Aires: Lenguaje Claro Editora, 2007.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo, *Problemas actuales del derecho internacional humanitario*, Valencia: Universidad de Valencia, 2001.
- REBECCA, Giuseppe, Cervino, Giancarlo, *Frode fiscale su attività lecite e riciclaggio di denaro: antiriciclaggio per i professionisti*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2006.
- REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Intolerancia cero. Un mundo con menos normas, controles y sanciones también sería posible (y quizá nos gustaría más)*, 1ª edic. Barcelona: Sello Editorial S.L., 2009.

REQUENA SANTOS, Félix, *Análisis de redes sociales: orígenes, teorías y aplicaciones*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2003.

RESENDE FLEISCHER, Soraya, Schuch, Patrice y Otros, *in Antropólogos em ação: experimentos de pesquisa em direitos humanos*, 1ª edic., Puerto Alegre: UFRGS Editora, 2007.

RESTA, Federica, *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*. 1ª ed., Milán: Ed. Giuffrè, 2008.

REVERTE COMA, José Manuel, *Las fronteras de la medicina: límites éticos, científicos y jurídicos*, 1ª edic., Madrid: J. M. Reverte, 1983.

REY MARTÍNEZ, Fernando MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel y SERRANO ARGÜELLO, Noemí., *Prostitución y derecho*, Navarra: Aranzadi, 2004.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (Coords.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Granada: Comares, 2001.

RODRIGUEZ CANDELA, José Luis, *Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

RODRÍGUEZ COMBELLER, Carlos y Otros, *Liderazgo contemporáneo. Programa de actualización de habilidades directivas*, 1ª edic., Colima: ITESO, 2004.

RODRÍGUEZ MESA, María José, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Madrid: Ed. Comares, 2000.

_____ *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001.

RODRÍGUEZ MESA, María José y RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*, Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

_____ *Ley de extranjería y Derecho penal*. Madrid: La Ley, 2001.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid: Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (ed.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid: Comillas, 2000.

_____ *El marco jurídico de la inmigración: algunas posiciones acerca de la necesidad de reformas la Ley Orgánica 4/2000*, Madrid: Jueces para la Democracia n. 38, 2000.

_____ *Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración*, Revista Electrónica de Derecho n. 1, 2003.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona: Aranzadi, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Trivium, 1985.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, COLINA OQUENDO, Pedro y Otros, *Código penal: comentado y con jurisprudencia*, 2ª edic., Madrid: La Ley, 2007.

- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad*, Madrid: Revista General de Derecho Penal n. 2, 2004.
- RODRÍGUEZ, Cristhian Gilberto, *Actuales tendencias del Derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*, Madrid: Revista de derecho penal, procesal penal y criminología, 2012.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (Coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y seguridad social*, Barcelona: Bosch, 1998.
- ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª edic., Madrid: Editorial RASCHE, 2012.
- ROMANO, Davide, *Le condizioni obiettive di punibilità*, 1ª edic., Roma: Palomar, 2005.
- ROMERO, José Manuel, *Crítica e historicidad: ensayos para repensar las bases de una teoría crítica*, 1ª edic., Barcelona: Editorial Herder, 2010.
- ROSI, Elisabetta (Coord.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Roma: IPSO, 2007.
- ROTH, Philip, *El animal moribundo*, 1ª edic., Madrid: Alfaguara, 2011.
- ROVIRA, Antonio, *Extradición. Derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Civitas, 2005.
- ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos de deber jurídico*, Buenos Aires, Argentina: DePalma, 1979.
- _____ *Política criminal y estructura del delito*. 1ª ed., Barcelona, 1992.
- _____ *Derecho penal, Parte general*, Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y Otros, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1ª edic., Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Derecho penal*, 1ª edic., Lima: Editorial y Distribuidora de Libros, 1986, vol. I.
- RUIZ CASTILLO, María del Mar., *Marco legal de la inmigración en la Unión Europea*, Madrid: Revista de Derecho Social n. 21, 2003.
- RUIZ DE LA CUESTA, Antonio, PANEA MÁRQUEZ, José Manuel y Otros, *in Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, 1ª edic., Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo y Otros, *Manual de Derecho mercantil*, 1ª edic., Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2007.
- RUIZ LÓPEZ, Blanca y RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*, Bilbao: Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos, 2001.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*, Madrid: Doxa, 2000.
- RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio; RUIZ VIEYTEZ, Eduardo y Otros, *Los inmigrantes irregulares en España*, Bilbao: Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- SAGOT, MONTSERRAT Y ARAGÓN, Margarita, *in Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes*, 1ª edic., Costa Rica: UNICEF, 1999.

- SALAZAR, Alonso, *Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana España, Argentina y Costa Rica como ejemplos de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la ciencia jurídica extranjera*, San José: Revista de Derecho penal y Criminología.
- SALAZAR, María Cristina, *Nuevas perspectivas para erradicar el trabajo infantil en América Latina*, 1ª edic., Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1999.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Violencia de género: Una visión multidisciplinar*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio, *Curso de derecho internacional público americano: sistemática y exégesis*, Ciudad Trujillo: Editorial Montalvo, 1943.
- SÁNCHEZ HERRERA, Joaquín, *La creación de un sistema de evaluación estratégica de la empresa aplicable a las decisiones de inversión en mercados financieros*, 1ª edic., Madrid: ESIC Editorial.
- SÁNCHEZ JUAN, Julio, *La especie rota: análisis elemental de la libertad humana*, 1ª edic., Oviedo: Universidad de Oviedo, 1995.
- SÁNCHEZ LANG, Rosamaría, *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, Managua: IMUP, 2002.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y Otros, in *Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, 1ª edic., Barcelona: Atelier Libros, 2009.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando, Raúl y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Eduardo, *Código de derecho penal internacional*, 1ª edic., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Madrid: Laborium, 2000.
- SANFILIPPO, Matteo y Palidda, Salvatore, *Emigrazione e organizzazioni criminali*, 1ª edic., Viterbo: Ed. Sette Città, 2012.
- SANTA MARIA, Alberto, *Diritto commerciale europeo*, 3ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2008.
- SANTIAGO FAYT, Carlos, *Derecho político*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, tomo I.
- SANTOPASSOS, Levy, *Cavalheiros de aço: a violência urbana brasileira*, 1ª edic., Bloomington: AuthorHouse, 2013.
- SARZANA DI SANT'IPPOLITO, Carlo, in *Informatica, internet e diritto penale*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010.
- SASSEN, Saskia, *Una sociología de la globalización*, 1ª edic., Buenos Aires: Katz, 2007.
- SAVARESE, Paolo, *Diritto ed episteme: note sullo statuto dello strumento giuridico*, 1ª edic., Roma: Universidad La Sapienza de Roma, 2014.
- SCANLON, Geraldine, *La polémica feminista en la España contemporánea: 1868-1974*, Madrid, 1986.
- SCHMIDT, Samuel, *Análisis de redes: aplicaciones en ciencias sociales*, 1ª edic., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- SCHVARZER, Jorge, *Estructura y comportamiento de las grandes corporaciones argentinas*, Buenos Aires: Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración, 1990.
- SCOTT, Peter, *Wealth, Empire, and the Future of America*, Sacramento: Univesidad de California, 2008.

- SEDKY-LAVANDERO, Jéhane, *Ni un solo niño en la guerra: infancia y conflictos armados*, Barcelona, Icaria, 1999; y PEREYRA, Daniel, *Mercenarios. Guerreros del Imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*, Madrid: El Viejo Topo, 2007.
- SEELIG, Ernesto, *Tratado de Criminología*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- SEIXAS MEIRELES, Mario Pedro, *Las personas jurídicas y las sanciones penales: Sentencias de Adecuación*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.
- SEMPERE, Joaquim y RIECHMANN, Jorge, *Sociología y medio ambiente*, Madrid: Síntesis, 2000.
- SERIO, Giuseppe, *Persona persone povertà: nel mondo globalizzato e confuso*, Roma: L. Pellegrini, 2009.
- SERPA DE ARAÚJO, Lais Záu, *A bioética nos experimentos com seres humanos e animais*, 1ª ed., Montes Claros: Unimontes, 2002.
- SERRA CRISTOBAL, Rosario (Coord.), *Prostitución y Trata (Marco Jurídico y régimen de derechos)*, Valencia: Tirant Monografías, Valencia, 2007.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario y LLORIA GARCÍA, Paz, *La trata sexual de mujeres. De la represión al delito a la tutela de la víctima*, 1ª edic., Madrid: Ministerio de la Justicia, 2007.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Madrid: Dykinson, 2000.
- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- SIERRA, Hugo Mario y SALVADOR CANTARO, Alejandro, *Lecciones de Derecho penal*, 1ª edic., Bahía Blanca: Universidad del Sur, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001.
- SILVA SERNAQUÉ, Alfonso, *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional. Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*, 1ª edic., Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- SMITH, Mark, *Sólo tenemos un planeta. Pobreza, justicia y cambio climático*, 2ª edic., Lima: Soluciones Prácticas-ITDG, 2007.
- SOLANA, Javier, Innerarity, Daniel y Otros, *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, 1ª edic., Barcelona: Paidós, 2011.
- SOLÉ, Carlota y SMITH, Adam, *Modernidad y modernización*, 1ª edic., Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires: TEA, 1988.
- SOLIVETTI, Luigi Maria, *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, 1ª edic., Bolonia: Il Mulino, 2004.
- SOMERVILLE SENN, Hernán, *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*, 1ª edic., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares, 2003.
- SOUTO, Abel, BARQUERO, Ferrer y Otros, in *Estudios penales y criminológicos*, 1ª edic., Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1978.

- SPARK, Joseph, *Atrocities Committed By ISIS in Syria & Iraq: ISIS/Islamic State/Daesh*, 1ª edic., Londres: Conceptual Kings, 2014.
- STUMPO, Giovanna y VALLONE, Tiziana, *Il contrasto al riciclaggio di capitali e al finanziamento illecito*, 1ª edic., Milán: FrancoAngeli, 2008.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Comentário Conimbricense do Código penal, Parte especial*, 2ª edic, Coimbra: Editora Coimbra, vol. I, 2012.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Madrid: Aranzadi, 2000.
- TÉLLEZ ARGÜELLO, Dora María, *Democracia y seguridad ciudadana: sistema de justicia penal-Nicaragua*, 1ª edic., Managua: Coordinación Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera. Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- THITEUX-ALTSCHUL, Monique, *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*, 1ª edic., Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010.
- THOUVENIN, Jean-Marc, TREBILCOCK, Anne y Otros, in *Le droit international social: Droits économiques, sociaux et culturels*, 1ª edic., Bruselas: Ed. Bruylant, 2013.
- TIEDEMANN, Klaus (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca: Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 2003.
- TIEDEMANN, Klaus, Nieto Martín, Adán y Otros, *Eurodelitos: el Derecho penal económico en la Unión Europea*, 1ª edic., Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2005.
- TOKATLIAN, Juan y ALFONSÍN, Raúl, *Globalización, narcotráfico y violencia. Siete ensayos sobre Colombia*, 1ª edic., Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2000.
- TONINI, Paolo, *Diritto processuale penale. Manuale breve*, 1ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2010.
- TORNAGHI, Hélio, *Manual de processo penal*, 1ª edic., San Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, vol. I.
- TORRÃO, Fernando, *Los nuevos campos de aplicación de la ley penal y el paradigma de intervención mínima (enfoque multidisciplinario)*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*, 1ª edic., Madrid: Editorial Dykinson, 2003.
- TORRIJOS RIVERA, Vicente, *Política exterior y relaciones internacionales*, 1ª edic., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos humanos*, Madrid: Editorial Tecnoc, 1982.
- TURONE, Giuliano, *Il delitto di associazione mafiosa*, 2ª edic., Milán: Ed. Giuffrè, 2012.
- TYMIENIECKA, Anna-Teresa, *Husserl's legacy in phenomenological philosophies: new approaches to reason, language, hermeneutics, human condition*, 1ª edic., Toronto: Kluwer Academic Publishers, 1991.
- URÍA RÍOS, Paloma, *El feminismo que no llegó al poder: trayectoria de un feminismo crítico*, 1ª edic., Madrid: Talasa, 2009.

- VARÓN MEJÍA, Antonio, *Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho internacional y la Convención de Viena de 1969*, Rosario: Universidad del Rosario, 2014.
- VAZ PATTO, Pedro, *O crime de tráfico de pessoas no Código penal revisto. Análise de algumas questões*, Lisboa: Revista CEJ n. 8, 2008.
- VECA, Salvatore, *Giustizia e liberalismo politico*, 2ª edic., Milán: Ed. Giangiacomo Feltrinelli, 1996.
- VELAYOS CASTELO, Carmen, BARRIOS, Olga y Otros, in *Feminismo Ecológico. Estudios multidisciplinares de género*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- VERDUGO, Miguel Ángel, SOLER-SALAS, Víctor y Otros, in *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, 1ª edic., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.
- VERRINA, Gabriele, *L'associazione di stampo mafioso*, 1ª edic., Turín: Wolters Kluwer S.R.L., 2008.
- VICENTE MOURA, Dário, *O direito comparado após a reforma de Bolonha*, Lisboa: FDUL, 2009.
- VIDAL GIL, Ernesto Jaime, *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia: Universidad de Valencia, 1999.
- VIVES ANTON, Tomás, BOIX REIG, Javier y Otros, *Derecho penal, Parte especial*, 34ª edic., Barcelona: Tiran lo Blanch, 1999.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *La segunda era de gran expansión de la Economía: mundo capitalista*, 1ª edic., Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1998.
- WANDERLEY JORGE, Wiliam, *Curso de direito penal*, 1ª edic., San Paulo: Forense, 1986, vol. I.
- WARNIER, Jean-Pierre, *La mundialización de la cultura*, 1ª edic., Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.
- WASSERMAN, Stanley y FAUST, Katherine, *Análisis de redes sociales. Métodos y aplicaciones*, 1ª edic., Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013.
- WIELANDT, Gonzalo, *Poblaciones vulnerables a la luz de la Conferencia de Durban. Casos de América Latina y el Caribe*, 1ª edic., Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2007.
- WINTERBERG, Yury y WINTERBERG, Sony, *Los niños de la guerra*, Madrid: Aguilar, 2011.
- WITKER, Jorge, *La investigación jurídica*, Ciudad de México: Editorial McGraw-Hill, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Buenos Aires: EDIAR, 1982.
- _____ *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales en Derecho penal*, Buenos Aires: Editorial AD-Hoc, 1998.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl y PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito penal brasileiro, Parte geral*, 9ª edic., San Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- ZALUAR, Alba, *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*, 1ª edic., Río de Janeiro: FGV, 2004.
- ZINGONE, Luigi y RUIZ MORENO, Felipe, *Estrategias y modalidades de ingreso para competir en mercados internacionales*, 1ª edic., Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2014.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y Otros, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid: Ed. Colex, 2001.

_____ *Migraciones ilegales*, Madrid: Derecho Penal del Trabajo, Ed. Trota, 1997.

ZWEIGERT, Konrad, *Introducción al Derecho comparado*, Ciudad de México: Oxford University, 2002.