

CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL MENOR-VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS A LA LUZ DE LA REFORMA PENAL DE 2015

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Penal (Universidad de Sevilla)

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el análisis del delito de trata de seres humanos, a la luz de la reforma por LO 1/2015, con especial atención a las conductas de trata de seres humanos cuando afecten a víctimas menores de edad. Este aspecto va a suscitar considerables problemas de interpretación, dado que el artículo 177 bis CP considera trata de seres humanos, en cualquier caso, cuando la conducta típica se lleve a cabo con fines de explotación sobre persona *menor de edad*, con independencia de que no se empleen los medios comisivos típicos (violencia, intimidación, engaño), y además, la *minoridad* ha sido considerada un factor de agravación, como especial circunstancia de vulnerabilidad de la víctima y, por tanto, constitutiva del tipo cualificado del apartado 4, letra b) artículo 177 bis. En este contexto, se pretende investigar si todos los casos de trata de seres humanos sobre víctima-menor van a conllevar la aplicación del tipo agravado o, por el contrario, su aplicación se condiciona a la concurrencia de algún plus de antijuridicidad que justifique la exasperación punitiva. Al socaire de esta cuestión, se destacan las principales novedades introducidas en el delito de trata de seres humanos, en virtud de la LO 1/2015.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 177 BIS CP. II.- ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO: 1.- El tipo objetivo del delito de trata de seres humanos; 1.1. Los sujetos del

delito; 1.2. La conducta típica. 2.- Aproximación al tipo subjetivo del delito de trata de seres humanos. III.- LOS TIPOS CUALIFICADOS DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS. IV.- LA PUNIBILIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS. V.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. VI.- PROBLEMÁTICA CONCURSAL. VII.- REINCIDENCIA INTERNACIONAL. VIII.- LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS. IX.- CONCLUSIONES. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La necesidad de dar respuesta al fenómeno de la trata de personas y la obligación de cumplir con los mandatos internacionales motivó al legislador penal español a introducir en el Código penal el delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis CP), en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, argumentando que el tratamiento unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos, aconsejando una separación en el tratamiento de este fenómeno, segregación imprescindible, en aras de soslayar los constantes conflictos interpretativos que se habían suscitado. Por consiguiente, cabe concluir que trata de personas e inmigración ilegal son entidades criminológicas diversas aunque participen de un sustrato común, representado por el desplazamiento territorial de personas.

La Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 de la Asamblea General de las Naciones Unidas diferenció ambos fenómenos, destinando un Protocolo a cada uno de ellos. De un lado, el denominado Protocolo de Palermo, destinado a la prevención, represión y sanción de la trata de personas- De otro, el destinado a combatir el tráfico ilícito de inmigrantes “por tierra, mar y aire”. Y, desde luego, la reciente y criticable reforma de 2015 ha modificado nuevamente esta tipología delictiva, ampliando el injusto típico introduciendo nuevas modalidades. No obstante, el impecable cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de España, armonizando nuestras normas mediante la adopción de una legislación importada de la UE, ha ocasionado graves problemas de interpretación, como se refleja

en el tratamiento jurisprudencial de esta materia por parte de los tribunales españoles y que destacaremos en este trabajo.

En líneas generales, puede afirmarse que la trata de seres humanos es la esclavitud de nuestro tiempo y, lamentablemente, una realidad creciente tanto en Europa como en nuestro país, significando una profunda violación de los derechos humanos, de la dignidad y de la libertad de la persona conformando una delincuencia grave, que en la mayoría de las ocasiones implica a organizaciones delictivas a las que proporciona importantes beneficios basados en la utilización de las personas con distintos fines de explotación.

En el plano internacional la trata de seres humanos ha sido abordada desde una aproximación *victimocéntrica*, recurriéndose al paradigma de los derechos humanos, atendiendo a la salvaguarda de los derechos de las personas víctimas de trata, destacando el carácter lesivo de estas conductas, antes que en el carácter de conducta típica.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 177 BIS CP

El delito de trata de seres humanos se ubica en el Título VII bis, que se rubrica “*De la trata de seres humanos*”, y es preciso alegar que las rúbricas de los Títulos y las Secciones en que se divide nuestro Código penal son ya indicativos de los bienes jurídicos que tratan de tutelar, aludiendo a los intereses jurídicos relevantes dignos de protección, aunque no siempre directamente. Si bien, parafraseando a MEZGER, cabe entender que “el bien jurídico del tipo es la línea directriz determinante en la interpretación de dicho tipo”. En una interpretación sistemática, es preciso subrayar que el Título VII bis es subsiguiente al Título VII, que versa “*De los delitos contra la integridad moral, por lo que pudiera afirmarse cierta referencia entre el delito de trata de seres humanos y los delitos que protegen la integridad moral.*”

La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos ha sido desde su orígenes, una cuestión muy controvertida, como asimismo lo ha sido la propia definición de lo que pueda entenderse por “integridad moral”, entendido como derecho fundamental plasmado en el artículo 15 de

la Constitución. Y debe afirmarse que el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) es más amplio que el protegido en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP): cifrándose aquél en “la dignidad humana y la multiplicidad de derechos que la conforman”.

Con anterioridad a la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, en virtud de la cual se crea el Título VII bis, relativo a “La trata de seres humanos”, las conductas constitutivas de trata de personas fueron sancionadas bien, bajo el tenor literal del artículo 313 CP, bien bajo el artículo 318 bis CP, ubicado en el Título XV bis, que lleva por rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Bajo esta perspectiva, fue opinión mayoritariamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia penales afirmar que el artículo 318 bis se configuraba como un tipo pluriofensivo, donde además de protegerse la dignidad de la persona se tutela, incluso, el control de los flujos migratorios. En sentido contrario se ha manifestado MARTOS NÚÑEZ, quien afirma que “el bien jurídico no es la defensa del control de los flujos migratorios, sino que el delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, *la dignidad y la libertad* del sujeto pasivo. Modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone una anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido”.

En un afán delimitador del concreto bien jurídico protegido por el artículo 177 bis del Código Penal, con anterioridad a la reforma de 2015, la jurisprudencia mayoritaria había sostenido que “prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”, bien jurídico de naturaleza personalísima –en esencia la propia personalidad de la víctima () bienes jurídicos de primer rango; la protección del bien jurídico en el tráfico se vincula a la afectación de la dignidad humana y por lo tanto a la integridad moral (...), (.....) el derecho a ser tratado como persona como contenido básico de la dignidad humana”, según ha entendido el Tribunal Supremo en STS, 5 febrero 1998, en relación a la inmigración clandestina de trabajadores, al mencionar el derecho de éstos a que se respete su libertad y seguridad, y “en última instancia su dignidad como

persona”. En síntesis, la *dignidad humana* proscribía que la persona sea tratada como un objeto y como mera entidad sustituible, lo que conduce al respeto de su individualidad y los derechos que le son inherentes.

Conforme con esta posición, la protección del bien jurídico en el tráfico se vincula a la afectación de la *dignidad humana* y por lo tanto a la *integridad moral*. Un sector de la doctrina penal, representado de modo destacado por DÍAZ PITA, sostuvo que “la integridad moral se configura como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el “ser humano” sea considerado un puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, lícito o ilícito. Toda persona, por tanto, tiene derecho a recibir un trato en consonancia con su condición de ser humano libre y digno de respeto; en suma a ser tratado como un ser humano, nunca como un simple objeto. El bien jurídico integridad moral se interpreta, también, como el derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Finalmente, el referido bien jurídico se concibe como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos, sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad”.

En este contexto se ha “insistido en la necesidad de atemperar la referencia a la tutela del interés del Estado para salvaguardar la incolumidad de sus fronteras con la exigencia de una eventual afectación de los derechos del ciudadano extranjero”. Valga de cita la STS de 14 diciembre 2011, al señalar que el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis 1 “no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación –que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas,

por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral – cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 CP– y explicar así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al artículo 313.1 del Código Penal”.

Una reiterada línea jurisprudencial ha reservado el artículo 177 bis CP para aquellos atentados más severos a la dignidad de las personas, pues 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 CP).

En el plano doctrinal, un sector minoritario ha criticado la creación de este nuevo Título, pues por razones de homogeneidad del bien jurídico protegido, en cuya opinión, “el lugar oportuno para el tratamiento de la mayor parte de estas conductas hubiese sido el Título XV bis del Código penal, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, con algún retoque al artículo 318 bis o la inclusión de un tipo concomitante a éste. Los restantes casos podrían haberse incluido, del mismo modo, en sede de los delitos de lesiones (tráfico de órganos), contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra los derechos de los trabajadores”. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia penales han sostenido mayoritariamente la necesidad y oportunidad de este nuevo Título, afirmando que el delito tipificado en el artículo 177 bis CP protege una pluralidad de bienes jurídicos, entre los que cabe mencionar la dignidad humana y la integridad moral, fundamentando esta aseveración en las disposiciones internacionales, principalmente, en la Decisión Marco del Consejo de Europa de 19 julio 2002.

En mi opinión, en virtud de un argumento sistemático, es coherente sostener que el delito de trata de seres humanos protege la integridad moral, bien jurídico autónomo y digno de protección, entendido como “el derecho de la persona. No obstante, la situación ofrecida por el legislador penal contrasta poderosamente con la tipificación de esta materia en el ámbito del Derecho comparado, destacando la posición sostenida por el Código penal alemán (StGB), donde se ha considerado que se protege la libertad de determinación en el ámbito sexual.

II.- ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO

1.- El tipo objetivo del delito de trata de seres humanos

1.1. Los sujetos del delito

El delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP se configura como un tipo común, en el que, puede ser sujeto activo del mismo cualquier persona, sin que se exija la concurrencia de ninguna cualificación especial.

De otro lado, sujeto pasivo del mismo puede ser cualquier persona, tanto los nacionales, como los extranjeros, que sean objeto de la conducta de trata con cualquiera de las finalidades enumeradas en el precepto. Pese a la redacción genérica singular del sujeto pasivo, las conductas llevadas a cabo en el ámbito del artículo 177 bis serán ejecutadas frecuentemente sobre un sujeto pasivo colectivo, lo que conlleva que en el caso en el que sean varias personas las tratadas globalmente, con alguna de las finalidades del citado precepto se apreciará un único delito.

1.2. La conducta típica

La amplitud de conductas abarcadas por el tenor literal del artículo 177 bis ha motivado que se haya calificado como un tipo abierto, en el que se castiga la trata de seres humanos, empleando unos medios comisivos determinados y con unas finalidades específicas. Es evidente que la amplitud del precepto dificulta su delimitación con respecto a otras modalidades típicas –artículo 318 bis CP–, resultando dificultosa la formulación del juicio de tipicidad, si se repara que el citado precepto hace mención expresa al tráfico ilegal de personas, resultando indispensable definir el ámbito típico de cada uno de los tipos referidos, desde una doble perspectiva: tanto de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que componen su estructura, con en atención al bien jurídico que cada uno de los citados delitos aspiran a tutelar.

Y si bien es cierto que en virtud del deber de armonización que debe cumplir nuestro Derecho con la normativa internacional, podría tomarse de referencia diversos textos internacionales, que apuntan como criterio de delimitación la exigencia de que sean las organizaciones criminales el medio a través del

cual se ejecute el delito de trata de seres humanos, no es menos cierto que este criterio no es adecuado, si tenemos en cuenta que el legislador español ha considerado esta circunstancia para configurar los tipos agravados –apartado 6 del artículo 177 bis CP–, en los casos en que “... 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”. Por consiguiente, resulta asumible que el tipo básico del delito de trata de personas abarca en su tipicidad supuestos que no son ejecutados mediante organizaciones criminales.

En segundo lugar, otros criterios empleados frecuentemente para delimitar el ámbito típico de los artículos 177 bis y 318 bis, esgrimían pautas geográficas, en el sentido de interpretar que el delito de tráfico de personas lleva implícita la entrada irregular de alguien en un país distinto al suyo, lo que implica un cruce de fronteras que no siempre está presente en el delito de tráfico de personas, que puede darse tanto dentro del país –trata interna–, como fuera del mismo –trata transnacional–, interpretación rechazable a mi juicio.

Finalmente, un tercer criterio esgrimido para delimitar ambas tipologías delictivas reside en vincular el tráfico de personas con la voluntad del migrante, mientras que la trata de personas se ejecuta utilizando medios que anulan su consentimiento, tales como la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

El apartado primero del artículo 177 bis castiga con pena de cinco a ocho años de prisión la trata de seres humanos, enumerando como conductas típicas la *captación*, el *transporte*, el *traslado*, el *acogimiento*, la *recepción* –incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas–, con distintas finalidades (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), pero refiriendo como medios comisivos el empleo de la *violencia*, *intimidación* o *engaño* o el *abuso 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 Reforma por LO 1/2015 ha supuesto ciertas mejoras técnicas, reclamadas con anterioridad por la doctrina, reflejándose en el nuevo delito de trata de seres humanos, fiel trasunto de los mandatos internacionales. Como fruto de esta trasposición el nuevo artículo 177 bis CP contiene dos elementos de carácter objetivo, como son la acción y los medios comisivos, y un tercero de carácter subjetivo, cifrado en las diversas finalidades a las que se destina la trata. El delito de trata de seres humanos se compone de tres esenciales elementos cumulativos como son la acción, los medios comisivos y la finalidad de la explotación, es decir, medios coercitivos, fraudulentos y abusivos. Dos son de carácter objetivo (las conductas típicas y los medios comisivos) y otro subjetivo (la finalidad perseguida).

Por lo que a la conducta se refiere, la LO 1/2015 considera típicas en primer lugar el *intercambio* y la *transferencia de control sobre las personas*, consideraciones que pese a estar previstas en el Protocolo de Palermo, fue inexplicablemente omitida por la reforma de 2010. Tal omisión fue denunciada por diversos sectores de la doctrina, que con razón criticaron las consecuencias que se derivaron de la anterior redacción, cuyo verbo nuclear “*traslado*” había forzado a interpretar incluidas en el ámbito típico, no sólo el *traslado físico*, sino incluso, los casos de *traslado de dominio* sobre la persona tratada, en aras de evitar dejar en la impunidad los casos de *venta*, *permuta* o *alquiler de las víctimas*.

En segundo lugar, la LO 1/2015 ha suprimido de la conducta típica la anterior modalidad de “alojar”, incluida en la actual redacción en los verbos “recibir” o “acoger”, cuya supresión no se justifica en la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica, si bien se apoya en el ámbito internacional. Concretamente, ni el artículo 2 de la Directiva 2011/36/EU, ni el artículo 3 del Convenio de Varsovia, contienen referencia alguna al verbo “alojar” como conducta típica de la trata de seres humanos, en contraste con el Protocolo de Palermo, cuyo artículo 3 prevé tal modalidad.

El delito se configura como un tipo de mera actividad, que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Al tratarse de un delito de medios determinados, los medios comisivos necesarios se pueden resumir en los siguientes:

1º. La **violencia**, entendida como fuerza física aplicada a la persona que inutiliza su capacidad de decisión y libertad de movimiento. Equivale a fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión, abarcando conductas subsumibles en el art. 172 CP, pero que no exige que se traduzca en lesiones corporales en la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal.

2º. La **intimidación**, en cuanto anuncio de un mal inmediato grave y real que impide el que se pueda actuar con autodeterminación, es decir, se pueda tomar una decisión distinta de la que impone el agente. Se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con las amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas que son dirigidas a la víctima o a un tercero, generalmente familiares, con la finalidad de doblegar su voluntad. Por ejemplo, actos de coacción, fuerza o amenaza encaminados a lograr que la persona ejerza la prostitución.

En algunos supuestos analizados, los autores empleaban técnicas de *vudú*, como forma para doblegar la voluntad de la víctima. En otros, se amenazaba a la víctima con causarle daño a ella misma o a sus familiares, incluso con la muerte.

3º. El **engaño** consiste en crear una idea equivocada mediante una manipulación de la realidad, engaño que debe ser bastante, idóneo y adecuado, pues si puede ser detectado sin esfuerzo por la víctima, y no es capaz de falsear la realidad, no sería suficiente para apreciarse el delito.

4º. Las diversas modalidades de abusos –de una **situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víc-**

tima– comprenden aquellas relaciones de pre- valimiento del sujeto activo, bien derivadas de una situación de superioridad respecto a ella, bien en un estado de necesidad en el que éste se encuentra o bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar.

5º. Finalmente, la LO 1/2015 ha añadido una novedad, referida a la inclusión como **medio de la entrega o recepción de pagos o beneficios**, en aras de lograr el consentimiento de la persona que poseyera en control sobre la víctima. Esta inclusión es fruto de reiteradas críticas esgrimidas por la doctrina, que denunciaron esta laguna en la redacción primigenia del delito de trata de seres humanos, en virtud de la LO 5/2010 y que resultaba injustificada, habiendo sido considerada por las disposiciones internacionales, en cuya definición de “trata” incluían tal modalidad comisiva.

Con independencia de que no se empleen los medios comisivos anteriormente mencionados, se considera constitutiva del delito de trata de seres humanos cualquiera de las acciones referidas en el apartado anterior, cuando se llevaren a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

La descripción típica prevé que la conducta se ejecute en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella. No exige, pues, el traspaso de una frontera como un elemento del tipo que resulte necesario en todo caso.

Asimismo, con independencia de que no se empleen los medios comisivos anteriormente mencionados, se considera constitutiva del delito de trata de seres humanos cualquiera de las acciones referidas en el apartado anterior, cuando se llevaren a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Es precisamente este aspecto el que ha motivado la redacción de nuestro trabajo, si tenemos en cuenta que el menor– víctima va a ser frecuentemente sujeto pasivo de esta tipología delictiva en los supuestos más frecuentes.

Desde un punto de vista teórico, la mención expresa a la conducta de trata de seres humanos, que será típica, en cualquier caso, cuando se llevaren a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, y aunque no se empleen los medios comisivos típicos va a suscitar diversos interrogantes, sobre todo de interpretación. En este caso, es preciso recordar

que el artículo 177 bis 4 CP contiene como agravación específica que "la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad" (letra b). Ante esta redacción, ¿cabe colegir que siempre que la conducta de trata de seres humanos se realice con fines de explotación dará lugar a la aplicación del tipo agravado? ¿No es posible, por tanto, aplicar el tipo básico cuando la víctima sea un menor?

Efectivamente, las Sentencias 827/2015, de 15 de diciembre y 53/2014, de 4 de febrero, recuerdan que el apartado segundo del art 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), 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.

Esta norma procede del artículo 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá 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 concepción 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; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a nin-

guno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

A estos efectos, debemos entender por "niño" a toda persona menor de 18 años, por lo que el tipo resultará aplicable cuando se realicen conductas de captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concepción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, y sea menor de 18 años.

En el análisis de la conducta típica debe señalarse que el legislador ha considerado irrelevante el consentimiento otorgado por la víctima que sea objeto de trata, cuando se hayan empleado algunos de los medios del apartado 1, esto es, el empleo de la *violencia, intimidación o engaño o el abuso 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, por tratarse de un consentimiento viciado (apartado 3, artículo 177 bis CP).

2.- Aproximación al tipo subjetivo del delito de trata de seres humanos

Por lo que respecta al tipo subjetivo del delito de trata de seres humanos, debe subrayarse que las conductas descritas en el artículo 177 bis CP adquieren relevancia típica en tanto en cuanto se realicen con alguna de las finalidades indicadas en su tenor literal, esto es, la explotación para (a) la imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad; (b) la explotación sexual, incluyendo la pornografía; (c) la explotación para realizar actividades delictivas; (d) la extracción de sus órganos corporales; (d) la celebración de matrimonios forzados. Conforme con ello, debe afirmarse que el delito de trata de seres humanos se configura como un *delito de tendencia*, que requiere que las conductas alternativas referidas con anterioridad, se realicen con cualquiera de las finalidades anteriormente mencionadas. En esta vertiente subjetiva la única modalidad típica reconocida por el legislador es la dolosa, de manera que el su-

jeto activo debe conocer que la víctima va a ser sometida a una explotación, sin que sea preciso que el dolo abarque la naturaleza de aquéllas.

La primera finalidad tipificada por el legislador en la letra a) del artículo 177 bis ha sido objeto de modificación, con relación a lo dispuesto en el Anteproyecto (Proyecto 2013), que suprimió la referencia al *trabajo forzado*, quizás al considerar “tautológica la referencia al forzamiento tanto para el desarrollo del trabajo como de cualquier servicio –pues la referencia típica a los trabajos forzados sí se mantiene–.

El legislador penal español ha introducido como novedad, con relación a las finalidades perseguidas por este delito, que la trata de personas se dirija con la finalidad de *celebrar matrimonios forzados*, lo que va a suscitar problemas concursales con lo dispuesto en el artículo 172 bis CP, donde el legislador ha tipificado el delito de matrimonio forzado, en el ámbito “De los delitos contra la libertad”. Esta tipificación es un trasunto de lo dispuesto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España, establece en su artículo 16 que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento». Conforme con ello y con el deber de armonización de nuestra normativa con las normas internacionales, la tipificación de esta modalidad resultaba necesaria y oportuna, como ya habían regulado otros países de nuestro entorno cultural, tales como Alemania, Dinamarca, Francia, Reino Unido o Noruega.

La descripción típica no impide que, si las finalidades de trata se realizasen y fuesen constitutivas de otras tipologías delictivas, se aplique la correspondiente solución concursal entre el delito de trata de seres humanos y aquéllas (concurso real o ideal de delitos).

III.- LOS TIPOS CUALIFICADOS DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

A partir de la modalidad básica del delito de trata de personas, el legislador penal ha diseñado unos tipos agravados, atendiendo a diversas circunstancias, relacionadas unas, con la víctima y, otras, con el autor. En primer lugar, cuando la conducta suponga peligro para la vida o la integridad, o se abuse de la vulnerabilidad de la víctima o se trate de menores de edad. Y, en segundo lugar, cuando se trate de autoridad, agente de éste o funcionario público, o se trate de una Organización dedicada a la trata. Finalmente, se contiene una agravación específica, referida a los Jefes y encargados de las organizaciones criminales.

En este estudio podemos estudiar las agravaciones distinguiendo, en primer lugar, aquellas referidas a la víctima y, en segundo término, las que se relacionan con el autor.

El apartado 4 del artículo 177 bis CP dispone lo siguiente:

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. Si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

Como respuesta a las principales críticas que se habían esgrimido contra el precepto en su redacción anterior a la reforma de 2015, que residían en su vaguedad y amplitud con respecto al peligro en que se colocaba a la víctima, la nueva redacción concreta y detalla esa circunstancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 2011/36/EU.

(a) Por lo que respecta a la primera cualificación, la letra a) del apartado 4 castiga con la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero, la trata de personas cuando hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito. Por lo que respecta a la circunstancia de *puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas*, la jurisprudencia ha afirmado su concurrencia

normalmente en los casos de transporte marítimo clandestino por medio de pateras, cayucos, balsa hinchable, zódiacs, hidro-pedales u otro tipo de embarcaciones muy precarias, por carecer de elementos de seguridad y de ayudas a la navegación o de salvavidas, y por tratarse de una travesía por alta mar. En segundo lugar, también se ha considerado la puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas los casos de transporte marítimo clandestino a través de los denominados “motores humanos”, peligrosidad que se deriva de la propia acción. Finalmente, cabe apreciar esta circunstancia en los supuestos en que el inmigrante es transportado oculto en un vehículo a motor, escondido en un habitáculo preparado a tales efectos, por riesgo de asfixia, quemaduras.

Por ejemplo, casos en que es escondido debajo de los asientos del motor, escondido bajo las maletas, en el salpicadero o, incluso, en un doble fondo practicado en el salpicadero.

(b) Con relación a la segunda agravación, la letra b) del apartado 4 del artículo 177 bis CP tipifica como supuesto agravado, la trata de personas cuando se trate de víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. Y si bien es cierto que la vulnerabilidad había sido un factor tenido en cuenta con anterioridad a la LO 1/2015 para agravar esta conducta, no es menos cierto que la nueva regulación ha concretado y detallado nuevos aspectos para concretar e interpretar el elemento de la “vulnerabilidad”, tales como la enfermedad, el estado gestacional, la discapacidad o situación personal y, finalmente, la minoridad. El apartado 1 del artículo 177 bis, in fine CP introduce una interpretación auténtica de los que debe interpretarse por *vulnerabilidad*, considerando que “existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”.

Por ejemplo, se aprecia esta circunstancia en aquellos casos en los que el sujeto que trafica ilegalmente con la persona extranjera se aprovecha de la víctima que se encuentra ilegalmente en nuestro país, sin conocer a persona alguna y con limitaciones para establecer contacto con sus familiares. Asimismo,

la venida a este país se debió a su precaria situación económica en el de origen, lo que conocía y aprovechó el acusado.

(c) En segundo lugar, la inclusión de la *minoridad* como factor de agravación, al tratarse de una víctima especialmente vulnerable, no ha sido afortunada, dado que se debería haber concretado en circunstancias especiales el mayor desvalor de injusto, en aras de evitar la aplicación automática de este supuesto en los casos de víctima-menor de edad, que además dejaría vacío de contenido del apartado 2 del artículo 177 bis, conforme al cual se considera *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, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior.

Con relación a las agravaciones que se refieren al autor, es conveniente referirse a tres supuestos:

(a) El apartado 5 del 177 bis castiga con la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico, e inhabilitación absoluta de seis a doce años, cuando las conductas de trata de seres humanos se realicen prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriera además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

Con relación a esta agravación, el legislador ha adoptado una fórmula similar a la empleada para referirse a la agravante genérica del artículo 22.7ª CP (“Prevalerse del *carácter público* que tenga el agente”), si bien la nueva redacción es más amplia, incluyendo en la tipicidad no sólo el prevalimiento de la condición de “funcionario público”, sino también de “agente de ésta” o “autoridad”.

Es preciso matizar que el *carácter público* del culpable se determina por su participación en el desempeño de funciones públicas, aunque sea por un tiempo limitado y simplemente de facto. Conforme con ello, no es preciso que el sujeto sea funcionario público en el sentido del Derecho administrativo, y ni

siquiera en el sentido del Derecho Penal. Por ejemplo, el funcionario *de facto*, no lo es propiamente en el sentido descrito en el artículo 24 CP y, no obstante, asimismo participa en el desempeño de funciones públicas y tiene un carácter público. En relación con su ámbito de aplicación, se requiere la concurrencia de dos *elementos*. El primero, de carácter objetivo, el sujeto debe prevalerse del desempeño de funciones públicas para así ejecutar el delito con mayor facilidad o menor riesgo. En segundo lugar, un elemento subjetivo, cual es que esa condición se ponga a servicio del propósito criminal. Su ámbito de aplicación abarca a quienes se presentan ante su víctima en su cualidad de agentes de la autoridad, aprovechándose de ese carácter para realizar con mayor facilidad el delito, o disminuir el riesgo.

El *fundamento* de esta agravación reside en la mayor gravedad de injusto, y concretamente del desvalor de la acción. La producción del resultado delictivo, la comisión del delito, aparece en una contemplación *ex ante*, como más probable, si el sujeto se prevale del desempeño de sus funciones públicas; siendo la acción más peligrosa.

En suma, la agravación se basa en la mayor confianza que los referidos sujetos pueden proyectar sobre las víctimas de trata de seres humanos, con frecuencia vulnerables, sancionando la conducta además de con la pena de prisión en su mitad superior, con la de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Conforme con ello, si bien referido a la circunstancia genérica del artículo 22.7^a CP, el incremento de pena pueda fundarse en el abuso en el plano moral, utilizado en beneficio particular por el delincuente.

Por vulnerar el principio "*ne bis in idem*", esta cualificación resulta incompatible en su aplicación con la circunstancia agravante genérica contenida en el artículo 22.7^a CP. No obstante, dado que el prevalimiento del carácter público constituye una especie de abuso de superioridad, al gozar éste de un ámbito de aplicación más extenso, es posible aplicar conjuntamente ambas circunstancias de agravación.

(b) En segundo lugar, el apartado 6 del artículo 177 bis CP sanciona con la pena superior en grado a la prevista en el apar-

tado 1, además de 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. 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.

En este segundo supuesto, el ámbito de aplicación de la agravante se extiende a los casos en que "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". En primer término, será preciso delimitar qué se entienda por "organización delictiva" a efectos del delito de trata de seres humanos. A este respecto, la Acción Común 98/733/JAI, entiende por "*organización delictiva*", una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años como mínimo o con una pena aún más severa; con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o una medida de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública".

Esta agravación va a suscitar problemas de compatibilidad con el paralelo concepto normativo de organización, contenido en el nuevo artículo 570 bis CP, más restrictivo.

De otro lado, la jurisprudencia ha interpretado que para considerar una organización delictiva "no basta el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal, y se necesita que el acuerdo lleva a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo (...) Más allá de un mero acuerdo transitorio dirigido a una particular acción delictiva, aparece una organización estable, jerarquizada y con distribución de funciones, es decir, un entramado de personas que ejercían papeles distintos en una actividad permanente y estable para la

obtención continuada de beneficios económicos”. Por consiguiente, y en relación con la cualificación objeto de nuestro análisis, se aplicará la agravante cuando los autores estén estructurados de forma escalonada, donde alguno o algunos de sus componentes tomen las decisiones finales, con cierta tendencia de la continuidad.

En segundo lugar, la cualificación analizada podría extenderse a otros supuestos de actuación en el seno de “grupos criminales” (art. 570 ter 1 CP), como modalidad residual, sin que deban reunir los requisitos característicos de la “organización delictiva”. A diferencia de otras tipologías delictivas, la actual cualificación no exige que el culpable *pertenezca* a una organización, sino que es suficiente que aquél *se sirva* de la organización sin pertenecer a ella. Asimismo, se requiere que la organización o grupo se dedique “a la realización de tales actividades”, con un tenor literal similar al exigido en los artículos 187.3 y 189.3 e) CP, donde reviste mayor lógica, al tratarse de los delitos relativos a la prostitución.

Por último, cabe preguntarse por el *fundamento* de la citada referida cualificación, que justifica el incremento de la pena. Evidentemente, esta cualificación está plenamente justificada, dado que la delincuencia organizada suele actuar con frecuencia en relación a los delitos que afectan a la trata de personas, constituyendo el *modus operandi* más frecuente de comisión.

(c) Finalmente, el artículo 177 bis, 6 in fine prevé una *hiperagravación*, 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.

El artículo 177 bis, apartado 7, prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al delito de trata de seres humanos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, castigándola con la pena de multa del triple al quintuple 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.

IV.- LA PUNIBILIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

La trascendencia y gravedad del fenómeno de la trata de seres humanos ha conllevado trascendencia en el plano punitivo, de modo que el legislador penal ha considerado punibles los actos preparatorios que se realicen con anterioridad a la comisión de las concretas acciones descritas en el tipo. Conforme con ello, se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos.

V.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En el delito de *trata de seres humanos*, la acción descrita en el artículo 177 bis CP, es ejecutada normalmente por un solo individuo, que conforme a la redacción del artículo 28 CP CP, respondería a título de *autor directo*, siendo factible asimismo la *coautoría*. Sin duda, se admiten distintas formas de participación criminal, tales como la *cooperación necesaria* y la *complicidad*.

Valga de cita, el supuesto de hecho de la STS 191/2015, de 9 de abril, en la que la conducta de las acusadas, conocedoras de la verdadera finalidad del viaje de la víctima (el ejercicio de la prostitución), se limitó a colaborar con los actos del autor, pero desde un segundo plano, reforzando la posición de éste, exclusivamente desde un plano secundario, debiendo conceptuarse su participación en grado de complicidad.

VI.- PROBLEMÁTICA CONCURSAL

La realización del delito de trata de seres humanos va a ocasionar frecuentes supuestos concursales, en los casos de concurrir con otros delitos que integren en sí mismos los medios comisivos utilizados para lograr vencer la resistencia de la víctima (por ejemplo, delito de amenazas o coacciones), debiendo acudir a las reglas generales conforme a las cuales quedarán

consumidos en la acción típica de trata, o, como ocurre con el delito de detención ilegal del art. 163 CP, cuando no queden subsumidos entrarán en concurso real o medial, según el caso, en atención a que concurra o no la necesidad instrumental según la pacífica doctrina jurisprudencial sobre el art. 77.1 CP. Esta afirmación viene avalada por el tenor literal del artículo 177 bis, al reconocer que “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” (apartado 9).

Si bien son imaginables diversas constelaciones concursales entre la trata de seres humanos y otras tipologías delictivas, los supuestos más frecuentes van a venir referidos a la concurrencia entre la citada tipología delictiva, junto con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) y los delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y 188 CP).

En este contexto es preciso recordar que la Reforma de 2010 introdujo un nuevo Título –VII bis “De la trata de seres humanos” y un nuevo art. 177 bis–, precepto que viene a sustituir al art. 318 bis.2 CP (derogado) y amplía el círculo de acción al referirse a la víctima nacional o extranjera, con lo que se incluye a toda posible víctima a diferencia del art. 318 bis que se refiere a extranjeros. Si bien el Tribunal Supremo admite la compatibilidad entre el art. 318 bis y el art. 188.1 CP, no son alternativos. De este modo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2006 estableció que “la relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del Código Penal, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que se sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución es propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis CP 1º, descartando la aplicación del art. 318 bis 2º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo”. Es decir, la conducta descrita en el art. 188.1 CP, consistente en determinar a una persona mayor a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, es independiente. Y en relación con la inmigración, posterior a la conducta consistente en la promoción del tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina, aun

cuando fuera con la finalidad de explotación sexual mientras se mantuvo vigente esta figura agravada.

Los supuestos donde la conducta de trata con fines de explotación sexual ha resultado en un delito relativo a la prostitución, se han resuelto con la solución del concurso medial, siguiendo el criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014, (STS nº 53/2014), que vino a analizar la situación concursal entre ambos tipos delictivos, art 177 bis, trata de seres humanos con fines de explotación sexual y art 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la trata, exponiendo lo siguiente: “... el párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis CP, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente. Pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se trata de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como trata de seres humanos, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos previstos en el párrafo primero del precepto.

En consecuencia, en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77 1º para el denominado concurso medial. Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explota-

ción posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial". Ciertamente, en los hechos probados se recoge una conducta de *transportar y trasladar* a las menores con un fin de explotación sexual, que efectivamente se produjo, concurriendo la agravación de que las víctimas son menores, por lo que ha sido correcta la aplicación de los tipos delictivos de los arts. 177 bis, 188.1 y 2 CP en concurso medial tal como ha sido apreciado por la Sentencia recurrida.

La diferenciación entre el tráfico ilícito de emigrantes (art. 318 bis CP) y la trata de personas (art. 177 bis CP) ha sido confusa en nuestro derecho positivo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y que en ocasiones se hayan sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que generó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual. En el supuesto de 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, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino. La otra gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación

en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas. Y una tercera diferencia se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una heterointegración administrativa.

Conforme a lo dispuesto en el art. 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

VII.- REINCIDENCIA INTERNACIONAL

En previsión del ámbito en el que se comete esta tipología delictiva, de marcado carácter transnacional, el legislador penal ha reconocido en el apartado 10, que "las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español".

VIII.- LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS

En cumplimiento del deber de armonización de nuestra legislación con las normas europeas, en concreto la Directiva 2011/629/AJ, el artículo 177 bis, apartado 11 ha tipificado una excusa absolutoria para la víctima de trata de seres humanos, como causa de inexigibilidad de otra conducta, de exclusiva aplicación cuando su participación en la situación de explota-

ción haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso o haya sido sometida, atendiendo a criterios de proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

IX.- CONCLUSIONES

1.- Tras la reforma por LO 1/2015, puede afirmarse que el bien jurídico protegido en el artículo 177 bis CP está constituido por la *dignidad y la integridad moral* de las personas objeto de trata, quedando el control de los flujos migratorios en el ámbito típico del artículo 318 bis CP –Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros–.

2.- Con relación a la conducta típica, la reforma de 2015 ha ampliado el tipo básico del artículo 177 bis, incluyendo *el intercambio y la transferencia de control sobre las personas*, en cumplimiento del deber de armonización de las normas penales con las de orden internacional, principalmente procedente del ámbito de la Unión Europea.

3.- La Reforma por LO 1/2015 ha supuesto ciertas mejoras técnicas, reflejándose en el nuevo delito de trata de seres humanos, fiel trasunto de los mandatos internacionales. Como fruto de esta trasposición el nuevo artículo 177 bis CP contiene dos elementos de carácter objetivo, como son la acción y los medios comisivos, y un tercero de carácter subjetivo, cifrado en las diversas finalidades a las que se destina la trata. El delito de trata de seres humanos se compone de tres esenciales elementos cumulativos como son la acción, los medios comisivos y la finalidad de la explotación, es decir, medios coercitivos, fraudulentos y abusivos. Dos son de carácter objetivo (las conductas típicas y los medios comisivos) y otro subjetivo (la finalidad perseguida).

4.- Finalmente, la LO 1/2015 ha añadido una novedad, referida a la inclusión como medio de la entrega o recepción de pagos o beneficios, en aras de lograr el consentimiento de la persona que poseyera en control sobre la víctima. Esta inclusión es fruto de reiteradas críticas esgrimidas por la doctrina, que denunciaron esta laguna en la redacción primigenia del delito de trata de seres humanos, en virtud de la LO 5/2010 y que resul-

ta injustificada, habiendo sido considerada por las disposiciones internacionales, en cuya definición de “trata” incluían tal modalidad comisiva.

5.- Con independencia de que no se empleen los medios comisivos anteriormente mencionados, se considera constitutiva del delito de trata de seres humanos cualquiera de las acciones referidas en el apartado anterior, cuando se llevaren a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, lo que va a suscitar problemas de interpretación con relación al tipo cualificado (donde se considera a la “minoridad” como una situación de vulnerabilidad).

6.- La descripción típica prevé que la conducta se ejecute en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella. No exige, pues, el traspaso de una frontera como un elemento del tipo que resulte necesario en todo caso.

7.- En primer lugar, como novedad en los tipos cualificados en atención a la cualidad de la víctima, Y si bien es cierto que la vulnerabilidad había sido un factor tenido en cuenta con anterioridad a la LO 1/2015 para agravar esta conducta, no es menos cierto que la nueva regulación ha concretado y detallado nuevos aspectos para concretar e interpretar el elemento de la “vulnerabilidad”, tales como la enfermedad, el estado gestacional, la discapacidad o situación personal y, finalmente, la minoridad. El apartado 1 del artículo 177 bis, in fine CP introduce una interpretación auténtica de los que debe interpretarse por *vulnerabilidad*, considerando que “existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”.

8.- En segundo lugar, el artículo 177 bis, 6 in fine prevé una *hiperagravación*, 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.

9.- El artículo 177 bis, apartado 7, prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al delito de trata de seres humanos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31

bis, castigándola con 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.

10.- La trascendencia y gravedad del fenómeno de la trata de seres humanos ha conllevado trascendencia en el plano punitivo, de modo que el legislador penal ha considerado punibles los actos preparatorios que se realicen con anterioridad a la comisión de las concretas acciones descritas en el tipo.

11.- En previsión del ámbito en el que se comete esta tipología delictiva, de marcado carácter transnacional, el legislador penal ha reconocido la reincidencia internacional.

12.- Finalmente, se prevé una excusa absolutoria para la víctima de trata de seres humanos, como causa de inexigibilidad de otra conducta, de exclusiva aplicación cuando su participación en la situación de explotación haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso o haya sido sometida, atendiendo a criterios de proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO LOZANO, en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Coord. Polaino Navarrete), Tomo I Adaptadas a las leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de Reforma del Código penal, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 190.
- CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal español. Parte General/II, 6ª ed, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- DE LEÓN VILLALBA, Tráfico de personas e inmigración ilegal, Valencia, 2003.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, en Gómez Tomillo (Dir.): Comentarios al Código Penal, 2ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 707.
- DÍAZ PITA, en "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXI, 1997, p. 74.

- GARCÍA ARÁN, "Los tipos penales acogedores del tráfico de personas", en Trata de personas y explotación sexual, Ed. Comares, Granada, 2006.
- GÖSSEL SexStrR 5/30; Renzikowski MK 2.
- IGLESIAS SKIULJ, "De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP", en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 (2ª edición), (González Cussac, Dir., Górriz Royo/Matallín Evangelio, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LACKNER/KUHL, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, CH Beck, München, 2014, p. 1130.
- MAPELLI CAFFARENA, "La trata de personas", ADPCP, Tomo 65, 2012, pp. 25-62.
- Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual, en La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº 57, 2009, p. 3 ss.
- MARTOS NÚÑEZ, El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP, EPCR, vol. XXXII (2012), pp. 97-130.
- MEZGER, en Tratado de Derecho penal, traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, p. 334.
- MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 20ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PÉREZ CEPEDA, "Las normas penales españolas: cuestiones generales", en Trata de personas y explotación sexual (García Arán coord.), Ed. Comares, Granada, 2006, p. 158.
- Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, Granada, 2004, pp. 170 ss.
- SCHROEDER, NJW 2005, 1393, 1395.
- GA, 2005, 307.
- SOLOZÁBAL, voz Dignidad, en Enciclopedia Jurídica Básica, volumen II, Civitas, 1995.
- TERRADILLOS BASOCO, "Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal", en Circunstancias modificativas de la responsabilidad crimi-

nal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 75.

VILLACAMPA ESTIARTE, "Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas", en InDret, Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com), Barcelona, abril 2014, pp. 2 y 3.

–El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, en Quintero (dir.), Comentarios al Código Penal, Pamplona, 2004, p. 1517.