

VNIVERSITAT
D VALÈNCIA



PROGRAMA DE DOCTORADO DE DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA Y DEMOCRACIA
INTERNACIONAL

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

RAÍCES Y ELEMENTOS DE LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

AUTORA Mónica Cabanes Ferrando

DIRECTORA Dra. Paz LLoria García

TESIS DOCTORAL

Valencia, Octubre de 2019

Agradecimientos

“La suerte para triunfar en la vida se llama creer en ti”.

A vosotros, Alex y Alexito por creer en mí.

A mi madre por su apoyo incondicional.

A mi padre por sus consejos.

Al resto de los míos por estar siempre a mi lado.

A ti Paz por tus consejos y paciencia.

Índice

ABREVIATURAS.....	23
INTRODUCCIÓN.....	31

CAPÍTULO I

Evolución histórica

1.-Introducción.....	39
2.-Las primeras manifestaciones normativas entorno a la explotación sexual de las mujeres.....	40
3.-El Siglo XIX.....	52
3.1.-El Código penal de 1822.....	52
3.1.1.-Marco histórico-social.....	52

3.1.2.-Marco normativo.....	55
3.1.3.-Aproximación a los delitos de prostitución...	58
3.2.-El Código penal de 1848.....	61
3.2.1.-Marco histórico-social.....	61
3.2.2.-Marco normativo.....	64
3.2.3.-Aproximación a los delitos de prostitución..	65
3.3.-Real Decreto de 7 de junio de 1850 reformando y adicionando el Código Penal.....	69
3.3.1.-Marco histórico-social.....	69
3.3.2.-Marco normativo.....	71
3.3.3.-Aproximación a los delitos de prostitución..	72
3.4.-El Código penal de 1870.....	73
3.4.1.-Marco histórico-social.....	73
3.4.2.-Marco normativo.....	75
3.4.3.-Aproximación a los delitos de prostitución....	76
4.-El Siglo XX.....	78
4.1.-El Código penal de 1928.....	88
4.1.1.-Marco histórico-social.....	88

4.1.2.-Marco normativo.....	92
4.1.3.-Aproximación a los delitos de prostitución...	97
4.2.-El Código penal de 1932.....	105
4.2.1.-Marco histórico-social.....	105
4.2.2.-Marco normativo.....	108
4.2.3.-Aproximación a los delitos de prostitución.....	109
4.3.-El Código penal de 1944, texto refundido de 1973 y reformas posteriores.....	117
4.3.1.-El Código penal de 1944.....	117
a).-Marco histórico-social.....	117
b).-Aproximación a los delitos de prostitución.....	118
4.3.2.-El Código penal de 1963.....	122
4.3.2.-El Código penal de 1973.....	129
a).-Delitos de prostitución cometidos con mayores de veintitrés años.....	131
b).-Delitos de prostitución cometidos con menores de edad.....	145

4.3.4.-La LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código penal.....	151
a).-Marco histórico-social.....	151
b).-Marco normativo.....	152
c).-Aproximación a los delitos de prostitución.....	152
4.3.5.-La LO 3/1989 de 21 de junio.....	154
4.3.6.-El Código penal de 1995.....	159
a).-Marco histórico-social.....	159
b).-Marco normativo.....	160
c).-Aproximación a los delitos de prostitución.....	161
4.3.7.-La LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre.....	169
5.-El Siglo XXI.....	175
5.1.-La reforma del Código penal del año 2003.....	175
5.2.-La LO 5/2010 de 22 de junio.....	183
5.2.1.-Marco histórico-social.....	183
5.2.2.-Marco normativo.....	187

5.2.3.-El delito de trata de seres humanos.....	188
5.2.4.-Los delitos de prostitución y corrupción de menores.....	190
5.3.-La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo.....	200
5.3.1.-Marco normativo.....	200
5.3.2.-El delito de trata de seres humanos.....	201
5.3.3.-Los delitos de prostitución y corrupción de menores.....	204
a).-Prostitución de adultos.....	205
b).-Prostitución de menores.....	207
6.-Conclusiones.....	214

CAPÍTULO II

Concepto de trata de seres humanos

1.- Introducción.....	221
2.- Marco Normativo.....	222
2.1.- Normativa Europea.....	222
2.1.1.- Normativa de la UE.....	224

a).- Protección frente a la inmigración y la trata de personas.....	224
a.1).-Derecho originario de la UE.....	225
a.2).-Reuniones del Consejo de Europa.....	228
a.3).-Derecho comunitario derivado.....	232
a.4).-Las actuaciones más relevantes de las instituciones de la Comunidad Europea relacionadas con la inmigración ilegal.....	252
b).- Protección frente a la discriminación.....	255
b.1).-Derecho comunitario originario.....	255
b.2).-Reuniones del Consejo Europeo.....	256
b.3).-Derecho comunitario derivado.....	256
2.1.2.- Normativa extracomunitaria.....	259

a).- Protección frente a la inmigración y la trata de personas.....	259
b).-Protección frente a la discriminación..	263
2.2.- Normativa internacional.....	265
2.2.1.- Protección frente a la inmigración y la trata de personas.....	265
a).-Los Tratados generalistas.....	265
b).- Los Tratados específicos.....	266
2.2.2.- Protección frente a la discriminación.....	279
a).- Los Tratados generalistas.....	279
b).- Los Tratados específicos.....	280
2.3.- Normativa nacional.....	281
3.- Concepto de trata de seres humanos.....	293
4.- Primeras consideraciones: el cambio de visión del delito a la víctima.....	301
4.1.- El origen y desarrollo de la visión victimocéntrica en los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: el deber de diligencia.....	310
4.2.-La política de las “3P”: prevención, protección y persecución y el deber de diligencia.....	315

5.- La trata de seres humanos y su diferencia con la inmigración ilegal.....	321
5.1.-Reformas anteriores a la LO 5/2010 de 22 de junio...	326
5.2.-Reformas a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio.....	332
5.3.-El artículo 318 bis a la luz de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo.....	337
5.4.-Diferencias entre el delito de trata y el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina.....	341
6.- Causas y elementos de la trata de seres humanos.....	344
6.1.-Causas de la trata de seres humanos.....	344
6.2.-Elementos de la trata de seres humanos.....	355
7.- Conclusiones.....	361

CAPÍTULO III

Una aproximación al delito de trata de seres humanos

1.-Introducción.....	373
2.-El bien jurídico protegido.....	374
2.1.-Planteamiento.....	374

2.2.-El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos.....	379
2.3.-Posiciones doctrinales.....	383
2.3.1.-La integridad moral como bien jurídico protegido.....	383
2.3.2.-La libertad, en sentido amplio, como bien jurídico protegido.....	390
2.3.3.-La dignidad como bien jurídico protegido.....	394
2.3.4.-Crítica y toma de posición.....	408
3.-Sujetos.....	410
3.1.-Sujetos activos.....	410
3.2.-Sujetos pasivos.....	410
4.-Las conductas típicas del tipo básico.....	412
4.1.-La acción.....	413
4.1.1.-La captación.....	417
4.1.2.-El transporte.....	419
4.1.3.-El traslado.....	420
4.1.4.-El acogimiento.....	421

4.1.5.-El alojamiento.....	422
4.1.6.-El intercambio o transferencia de control sobre esas personas.....	423
4.2.-Los medios comisivos.....	424
4.2.1.-La violencia.....	426
4.2.2.-La intimidación.....	427
4.2.3.-Los abusos.....	429
4.2.4.-El engaño.....	432
4.2.5.-La entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera control sobre la víctima con el fin de explotarla.....	433
4.3.-La finalidad de la explotación.....	436
4.3.1.-Tipos de explotación.....	437
a).-La finalidad para la explotación laboral.....	437
b).-La finalidad para la explotación sexual incluyendo la pornografía.....	441
c).-La extracción de los órganos corporales sobre la persona tratada no de sus tejidos.....	444

d).-La explotación para realizar actividades delictivas.....	451
e).-La celebración de matrimonios forzados.....	453
4.4.-El consentimiento.....	457
5.-La penalidad.....	463
5.1.-La penalidad del tipo básico.....	463
5.2.-Los tipos agravados.....	465
5.2.1.-Respecto del sujeto pasivo.....	466
a).- Determinación con la reforma por la LO 5/2010.....	466
b).- La reforma de 2015.....	472
5.2.2.-En cuanto al sujeto activo.....	476
a).-La agravación de pena para aquellos que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.....	477
b).-La hipercualificación en cuanto a la delincuencia organizada.....	480
6.-Las formas de aparición del delito.....	489

6.1.-Los actos preparatorios punibles.....	489
6.2.-Las formas imperfectas de ejecución.....	499
6.3.-La responsabilidad de las personas jurídicas.....	502
7.-La cláusula concursal.....	515
8.-Las consecuencias jurídicas.....	519
8.1.-La reincidencia internacional.....	519
8.2.-La exención de responsabilidad criminal para las víctimas de la trata por los delitos cometidos.....	521
9.-Conclusiones.....	528

CAPÍTULO IV

La explotación sexual en la trata de mujeres

1.-Introducción.....	537
2.-La feminización de los flujos migratorios.....	539
3.-La prostitución como antesala de la trata de mujeres con fines de explotación sexual.....	542
4.-Explotación como violencia de género.....	561
4.1.-La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual en España.....	577

5.-Las formas de lucha contra la trata.....	581
6.-El GRETA: Avances y recomendaciones en la lucha contra la trata de seres humanos en España.....	587
6.1.-Primer informe de 2012.....	588
6.2.-Segundo informe 2018.....	605
6.2.1.-Principales indicadores de la aplicación de la Convención por parte de España.....	607
6.2.2.-El Plan de Acción Nacional.....	612
6.2.3.-Formación de profesionales.....	614
6.2.4.-Recopilación de datos e investigación.....	615
6.2.5.- Medidas a adoptar por las autoridades españolas establecidas por el GRETA.....	615
7.-Plan Estatal en materia de violencia de género.....	626
7.1.-La Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.....	631
7.2.-El Plan Integral de Acción.....	640
8.-Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima: ¿Es necesaria la aprobación de una Ley integral de Trata de Seres Humanos?.....	650

8.1.-Los derechos de la víctima en el ámbito penal.....	652
8.1.1.-El Título Preliminar.....	653
a).-El ámbito de la ley.....	653
b).-El concepto de víctima.....	654
8.1.2.-Los derechos básicos (Título I).....	656
a).-Derecho a entender y ser entendido.....	656
b).-Derecho de las víctimas a obtener información.....	657
c).-Derecho de la víctima como denunciante.....	662
d).-Derecho a garantizar el período de reflexión tras el daño provocado.....	663
e).-Derecho a la interpretación y traducción.....	664
f).-Derecho de acceso a los servicios de apoyo y de asistencia.....	665
8.1.3.-La participación de las víctimas en el proceso penal (Título III).....	667

a).-Ejercer la acción penal y comparecer para presentar medios de prueba.....	667
b).-Comunicación y revisión del sobreseimiento a instancia de la víctima..	671
c).-Participación de la víctima en la ejecución.....	672
d).-Derecho de reembolso.....	675
e).-Servicios de justicia restaurativa.....	676
f).-Derecho a solicitar el reconocimiento del beneficio de la justicia gratuita ante los funcionarios o autoridades con los que contacten en primer término.....	679
g).-Víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la UE.....	679
h).-Derecho a recurrir la incautación policial.....	680
8.1.4.- Medidas de protección (Título III).....	680
a).-Derecho a evitar contacto entre víctima e infractor.....	681
b).-Protección de la víctima durante la investigación penal.....	681

c).-Evaluación individual de las víctimas.....	684
c.1).-Primer paso: valoración/evaluación individualizada.....	684
c.2).-Segundo paso: adopción de medidas de protección una vez valoradas las concretas necesidades de protección de la víctima.....	689
8.1.5.-Cooperación y buenas prácticas (transposición del artículo 2 de la Directiva 2012/29/UE).....	692
8.2.-Derechos de las víctimas en el ámbito administrativo.....	696
8.2.1-Protección internacional de las víctimas de trata de seres humanos.....	697
a).-El derecho de asilo (artículo 2 de la Ley 12/2009).....	697
b).-La protección subsidiaria (artículo 4 de la Ley 29/2009).....	698
c).-Obligación de tratamiento diferenciado a las personas en situación de vulnerabilidad que solicitan protección internacional.....	699

d).-Autorización por razones humanitarias.....	700
e).-Efectos: no devolución.....	700
8.2.2.-Protección de las víctimas en el derecho de extranjería.....	700
9.-Pacto valenciano contra la violencia de género y machista.....	707
10.-Conclusiones.....	713
CONCLUSIONES.....	723
BIBLIOGRAFÍA.....	753

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial Cortes Generales
CCAA	Comunidades Autónomas
CEDA	Confederación Española de Derechas Autónomas
CEDAW	Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CITCO	Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado
COM	Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento
CP	Código Penal
DUE	Derecho de la Unión Europea

DM	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECI	Equipo Conjunto de Investigación
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento jurídico
FVMP	Federación Valenciana de Municipios
GRETA	Grupo de expertos en trata de seres humanos de la Unión Europea
GREVIO	Grupo de Seguimiento del Convenio de Estambul
IBERRED	Redes Judiciales Internacionales de Cooperación Internacional en el ámbito iberoamericano
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVD	Ley del Estatuto de la Víctima del Delito
LO	Ley Orgánica
LOLLE	Ley orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España

LOEX	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOVG	Ley Orgánica de Violencia de Género
MENA	Menores extranjeros no acompañados
NNUU	Naciones Unidas
OAV	Oficina de Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OUA	Organización de la Unión Africana
PESD	Policía Europea de Seguridad y Defensa
RD	Real Decreto
REEI	Revista Internacional de Estudios Internacionales

REJUE	Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional
REX	Reglamento Extranjeros
RJE	Red Judicial Europea
RO	Real Orden
SGIE	Secretaria General de Inmigración y Emigración
SGIIPP	Secretaria General de Instituciones Penitenciarias
SNCE	Sistema Nacional de Coordinación
SOCTA	Serious and Organized Crime Threat Assessment
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TE-SAT	Terrorism Situation and Trend Report
TIC	Tecnologías de la información y la comunicación
TUE	Tribunal de la Unión Europea

UCRIF	Unidades contra Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales
UDYCO	Unidad contra la Delincuencia y Crimen Organizado
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
UNODC	Oficina Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
VVAA	Varios autores

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La base de la Trata de Seres Humanos es la cosificación de las personas.

La trata de seres humanos con fines de explotación sexual es una de las grandes lacras de nuestra sociedad civilizada, es hoy en día el segundo negocio criminal más lucrativo. Es conocida como “la esclavitud del S. XXI” y se plantea como uno de los crímenes más graves que se producen en nuestra sociedad por diferentes motivos.

Este tipo de explotación afecta a millones de mujeres, niñas y niños. La explotación sexual del ser humano se puede producir a través de distintos mecanismos, destacando la pornografía, el matrimonio forzado, la esclavitud sexual, los espectáculos eróticos y sobre todo la prostitución. El resultado provoca que la mayor parte de la explotación sexual en el mundo sea de género femenino, no respetando edades y produciéndose a través de la prostitución. La población que la consume es mayoritariamente masculina.

España actualmente se ha convertido en país de origen, de paso y de llegada de este delito transnacional, y la trata con fines de explotación sexual y la prostitución han sido definidas en instrumentos legales internacionales con la finalidad de disminuir y eliminar los movimientos de mujeres con esta finalidad.

Tradicionalmente se ha convertido la trata como un asunto exclusivamente criminal. Esto ha provocado que se aplicasen estrategias de tipo sexual o migratorios centradas en la criminalización y el castigo, pero sin abordar aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos de sus víctimas. El resultado de este enfoque ha sido deficiente tanto en la violación de los propios derechos de los seres humanos que las padecen como en la incompetencia de la persecución del delito.

Sin embargo, con motivo del incremento de este delito se ha visto un cambio de orientación hacia un enfoque integral basado en los derechos humanos, buscando el restablecimiento de las víctimas. Este viraje en el rumbo lo marcaría el Protocolo de Palermo en el año 2000, atendiendo a las necesidades de las víctimas a través de la llamada política de las 3P.

En este sentido, si no garantizamos una respuesta eficaz, empática y humana y jurídicamente acorde con la violación de derechos humanos que sufren las mujeres de trata con fines de explotación sexual, seremos cómplices de su revictimización o de exclusión de la protección directamente, ya que esta práctica es una forma contemporánea de comercialización y en ocasiones, incluso de esclavización del ser humano.

A tal fin, se requiere un firme compromiso social y político con esta problemática centrada en la protección de sus víctimas, una toma de conciencia de la gravedad del problema y de las necesidades para afrontarla.

Nuestro país se ha implicado en este contexto. Sin embargo, debemos cuestionarnos si se viene cumpliendo con los compromisos internacionales relativos a la admisión de un enfoque de Derechos Humanos en materia de trata con fines de explotación sexual.

Para ello, serán necesarios tomar en consideración ciertos aspectos para diferenciar el problema de la trata de otras situaciones. Al respecto, la trata con fines de explotación sexual no es igual a prostitución ni mucho menos a la inmigración ilegal.

El objetivo principal del presente estudio se ha centrado en plasmar como un fenómeno tan antiguo como es el de la esclavitud sexual, cada día está más en auge.

La metodología seguida para confeccionarlo se ha basado en el método jurídico, utilizando dicha argumentación desde el punto de vista descriptivo-explicativo. Para ello se han empleado las normas jurídicas más cercanas así como la escasa jurisprudencia existente a lo largo de la historia en materia de este fenómeno.

De esta manera, la estructura del trabajo se compone de cuatro capítulos diferenciados. El primero de estos aborda unas cuestiones previas, analizando la trata con fines de explotación sexual desde las primeras manifestaciones en la historia de nuestra legislación penal hasta el momento actual en comparación con el delito de prostitución.

El segundo capítulo enmarca la normativa que se ha establecido al respecto tanto en el ámbito europeo, internacional,

como nacional. Se determina asimismo cuál ha sido el concepto de trata de seres humanos internacionalmente admitido, el cambio de visión del delito a la víctima, la trata y sus diferencias con la inmigración ilegal y las causas y elementos de la trata.

El tercer capítulo aborda la cuestión de la regulación penal de la trata de seres humanos en España. A través de un estudio pormenorizado de dicho fenómeno y sobre la base de los compromisos adquiridos por nuestro Estado con la UE para la lucha contra este fenómeno, se plasman las diferentes reformas de la que ha sido objeto nuestra legislación en materia penal hasta la culminación de la actual LO 1/2015 de 30 de marzo.

El cuarto capítulo aborda la trata con fines de explotación sexual orientada hacia la víctima. Se plasma la importancia que han tenido los condicionantes histórico-culturales, convirtiéndose este delito en una cuestión de género. A partir de ahí se valora la opinión del GRETA tras sus visitas y a qué retos se ha enfrentado España para cumplir con los compromisos internacionales adquiridos. De igual modo se analiza el Pacto Estatal y el Estatuto de la Víctima con el objetivo de dar respuesta a la cuestión sobre si es necesaria o no una Ley Integral de Trata demandada por cierto sector de la doctrina y cuál ha sido la respuesta autonómica al respecto.

Finalmente se recogen las conclusiones a las que he llegado tras este estudio a lo largo de cuatro años, algunas de las cuales vienen motivadas por el ejercicio de mi profesión como letrada.

CAPÍTULO I
EVOLUCIÓN HISTÓRICA

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.- Introducción

Para llegar a comprender el fenómeno de la trata de seres humanos, considerada actualmente una de las mayores explotaciones de las personas, resulta conveniente abordar cuáles son sus raíces y determinar, hasta qué punto, estas conductas han existido siempre, partiendo de la base de la existencia de la esclavitud, la función de las mujeres en la sociedad y la explotación de las personas cuya existencia se remonta a épocas pretéritas.

Para ello, y partiendo de la base de que en la sociedad la trata de personas con fines de explotación sexual y el ejercicio de la prostitución guardan una estrecha vinculación, en el presente capítulo, abordaré el origen de la prostitución así como la corrupción de menores y cómo a lo largo del incesante itinerario legislativo de nuestro país en la materia, se han ido gestando las modificaciones oportunas hasta llegar a regular de una forma independiente otras figuras, el delito de trata de seres humanos en general, y en particular, con fines de explotación sexual como consecuencia de los compromisos adquiridos por España durante estos años¹.

¹ En este sentido MAQUEDA ABREU defiende que ha existido cierta confusión en aparejar la trata con el tráfico de esclavos, de forma que bajo el contenido de "nueva

2.- Las primeras manifestaciones normativas entorno a la explotación sexual de las mujeres

En todo proceso de conquista o de la llamada repoblación, la explotación sexual del esclavo y su comercialización ha supuesto una constante histórica, y ello, con independencia de la apariencia bajo la que se revista dicho tráfico².

esclavitud” o “esclavitud contemporánea” se pretenden designar realidades en las que se convierten a las personas en objeto de intercambio económico, trasladándolas de un lugar a otro en función de las necesidades productivas. De esta forma, cuando se asemeja la trata y la esclavitud dan por sentado un elemento coercitivo de dominio y sometimiento de la persona que, en ocasiones, ha estado ausente en la trata. Sin embargo, para dicha autora, la legislación internacional ha sido responsable de la confusión existente entre las migraciones consentidas de las mujeres y las no consentidas, ya que ha excepción de las primeras declaraciones internacionales de trata de blancas de 1902 ó 1910 en las que se exigían violencia o fraude en las motivaciones para emigrar, la mayoría de ellas, presumieron su condición de víctimas declarando irrelevante su consentimiento, en las que tras equiparar prostitución y trata, proponían criminalizar las conductas que les favorecieran sin tener en cuenta la voluntad de esas mujeres. El resultado de tal equiparación provocaba que, cuando la trata era sinónimo de “explotación sexual” se ocultaban en esta terminología migraciones voluntarias de mujeres cuyo destino era ejercer la prostitución. Por tal motivo entiende que la “trata de blancas”, es un ejemplo más de esas migraciones laborales femeninas, mayoritariamente voluntarias, cuya finalidad es la prostitución. MAQUEDA ABREU, M.L., “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*/ Coord. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, ORTS BERENQUER, E. y CUESTA ARNAU, M.L, volumen 2, 2009, pp. 1245-1260.

² DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 205.

En la época primitiva cada cual vengaba de forma privada las ofensas que recibía. Este derecho de venganza privada daba paso a las compensaciones pecuniarias, donde el ofendido, como dueño exclusivo de ese derecho, podía o no ejercerlo en virtud de una indemnización que le hacía el ofensor³, lo que incluye cierta esclavitud.

Con posterioridad, en la época antigua, con el llamado Fuero Juzgo, redactado durante los reinados de Chindasvinto y Recesvinto, se confirmaba en nuestro país la existencia de la trata de blancas. En este texto encontramos legislación que castigaba a los que por fuerza inducen a la mujer al pecado carnal, valiéndose de engaños. Aquí se observa la primera relación entre sexo inmoral y engaño o consentimiento viciado.

Se caracterizó por ser una compilación jurídica de corte romano-bárbaro debido a la anexión producida entre el derecho germánico y el nativo hispano-romano. Fue considerado el Código legal fundamental de los visigodos, en el que pese a que existieron diversas redacciones, finalmente se unificó con su traducción al castellano. Alfonso V fue el encargado de reformarlo en el año 1003 siendo posteriormente confirmado por Alfonso VI, primer rey de Castilla, en el 1091⁴.

³ AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal en España*, establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1849, p. XI.

⁴ La Alta Edad Media (S. VIII a XII ambos inclusivos) estuvo caracterizada por la diversificación jurídica, con un predominio del fragmentarismo, la pluralidad normativa y la dispersión de leyes, con diferentes textos que rigen en los distintos ámbitos junto al *Liber Iudiciorum* tales como el *Régimen de Fazañas* y el de los propios fueros, mientras que la Baja Edad Media se caracterizó por la unificación jurídica que se

Fue, precisamente, en este código legal, donde se constaba la presencia de normas que castigaban a los que por fuerza inducían a las mujeres al pecado carnal. En concreto en su libro III denominado *“De los casamientos e de las nascencias”*⁵, en el Título IX, rubricado bajo el nombre de *las mujeres que son forzadas “les muyeres libres que lievan por fuerza”*, establecía en su artículo 51 una pena pecuniaria y un castigo corporal basado en propinar azotes tanto a los hombre libres que colaboran en el rapto de una mujer como a los siervos, aunque obren por voluntad de su señor, aplicándose a estos últimos, la misma pena⁶. Del mismo modo, se castigaba a la mujer que fuera promiscua a la pena de azotes, a la entrega como sierva a algún miserable y a la prohibición de la entrada en dicha ciudad⁷. También podían ser castigados, aquellos parientes que consintiesen o contribuyesen al rapto de la mujer⁸.

logra a través del derecho común. Sin embargo, esta tendencia, se encontró con el paso de los siglos al antiguo Libro de los Juicios, devenido en *Fuero Juzgo*, otorgado, a *sensu contrario*, como fuero, de espaldas al avance del sistema jurídico. *Fuero juzgo-codificación del Libro III*, realizado por Carlos Suárez, R., disponible en <http://www.textoslegalesantiguos.blogspot.com/2006/12/fuero-juzgo.html>, fecha de última consulta 9 de enero de 2019.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Art. 51 del Libro III, Título IX, Ley XII: *“ todo hombre libre que colabore en el rapto de una mujer, deberá pagar seis onzas de oro más cincuenta azotes, si el hombre es siervo, pero obrare por voluntad de su señor, este último deberá pagar lo mismo que el hombre libre y sufrir la misma pena “*.

⁷ Art. 73 establecía que *“la mujer que en la ciudad sea promiscua, deberá ser prendida por el señor de la Ciudad y disponer que se le den trescientos azotes y ser otorgada como siervo a algún miserable, prohibiéndole la entrada a la ciudad“*.

⁸ Libro IV, Ley V, del Título X fijaba que *“si los parientes que el padre toviese consejaren o consintieren como alguna mujer sea llevada por fuerza, quier sean hermanos, quier sean otros, hagan la pena que es puesta contra los que llevan las mujeres por fuerza por yquier con ellas“*.

Este castigo se hacía extensivo en la Ley VII del mismo título y libro a las alcahuetas, que eran las que engañaban a las mujeres provocando que cometieran actos deshonestos.

“A toda la muier que por alcahueta fuera mandada de algún hombre (...). Si pudiere ser sabido por prueba manifiesta, el alcahueta y el que la enbio sean presos”⁹.

Por tanto, se consideraba que la mujer podía ser forzada o engañada por otros hombres o por mujeres mandadas por varones y en ese caso a ella no se le castigaba, considerándola una víctima de tal actividad ilícita.

Posteriormente, en 1230, durante el reinado de Fernando III, Rey de Castilla y León, se intentó superar la diversidad foral iniciando un camino hacia la unidad, en las que muchas de las ciudades andaluzas reconquistadas fueron dotadas de un estatuto jurídico propio, el llamado Fuero Juzgo. Esta trayectoria fue reemplazada por su hijo Alfonso X¹⁰ el Sabio, quién intentaba culminar los esfuerzos de su padre dirigidos a esa política unificadora del derecho, operando con un programa jurídico-político que perseguía tres fines: la unificación normativa de sus reinos, la concentración del poder legislativo en manos del monarca y la renovación del derecho¹¹, valiéndose como instrumento de esa política y del *Fuero Juzgo*, de la misma forma que lo hizo su

⁹ Vid., DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas...*, cit., p.205.

¹⁰ Monarca castellano y europeo, se caracterizó por la necesidad de abrir los reinos cristianos peninsulares que se encontraban encerrados en la lucha de la Reconquista. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Las siete partidas*, ed. Reus, Madrid, 2004, p. IX.

¹¹ Vid., SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Las siete...*, cit., p. XXVIII.

antecesor, en el que reconocía además el monopolio legislativo del rey.

Sin embargo, Alfonso X era conocedor de que para la consecución plena de la unidad jurídica debía lidiar con tres territorios, considerados un obstáculo para alcanzar su objetivo debido a la tradición jurídica arraigada en ellos. Eran Castilla y las dos Extremaduras. Sabedor del problema que suponía imponer un derecho de raigambre leonesa, el Fuero Juzgo, en el reino de Castilla, optó por elaborar un nuevo texto con el que se renovase y actualizase el tradicional derecho castellano, el llamado *Espéculo*, comenzando a redactarse en los primeros años de su reinado¹².

Fue más tarde, en 1254, cuando Alfonso X mandó interrumpir la elaboración de este nuevo texto debido a la amplitud que los juristas redactores le estaban dando a la obra, por lo que encargó la redacción de un texto más coherente con las necesidades locales, dando lugar a lo que se conoce como el *Fuero Real*¹³. Mientras esta norma se iba extendiendo a otras ciudades castellanas, el mismo Alfonso X proyectó la elaboración de su obra magna, comenzando a confeccionarse las llamadas *Partidas*¹⁴.

¹² Vid., SÁNCHEZ- ARCILLA BERNAL, J., *Las siete...*, cit., p. XXVIII.

¹³ Vid., SÁNCHEZ- ARCILLA BERNAL, J., *Las siete...*, cit., p. XVI.

¹⁴ Las Siete Partidas fue un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, bajo el reinado de Alfonso X (1252-1284). Su nombre original era el Libro de las Leyes. Es en el S. XIV donde recibió esa denominación por las secciones en las que se encontraba dividida. Estaban redactadas en castellano, compuesto de un prólogo, que señalaba el objeto de la obra y siete partes o libros llamadas "partidas", las cuales comenzaban con una letra del nombre de rey sabio, componiendo un acróstico (A-L-F-O-N-S-O). Cada partida a su vez se dividía en títulos (182 en total), y éstos

Los encargados de su redacción se inspiraron en aquel derecho convertido desde el S. XII en el derecho culto por excelencia, el Derecho Común. Este fue el resultado de la combinación entre el derecho romano-justiniano, el derecho canónico y el derecho lombardo feudal. El objetivo era conseguir cierta uniformidad jurídica en el Reino, transformándose finalmente, en el cuerpo del derecho principal aplicado en Castilla desde la primera mitad del S. XIV hasta bien avanzado el S. XIX¹⁵.

Su importancia fue capital, no sólo por constituir el conjunto legal que regía buena parte de España durante cerca de cinco siglos, sino porque su influencia se extendió a otros continentes. Un claro ejemplo fue el descubrimiento de América en el que se produjo una traslación de los esquemas castellanos, políticos y jurídicos, al nuevo mundo¹⁶.

Del mismo modo que el Fuero Juzgo castigaba a los que por fuerza inducían a la mujer al pecado carnal, valiéndose de engaños, las *Leyes Alfonsinas* también condenaban en su Título XIX de la Partida VII, a los que:

“Yacen con mujeres de orden, o con viuda que viva honestamente en su casa, o con vírgenes por halago o por engaño, no le haciendo fuerza”.

Este código establecía las razones de porqué yerran gravemente los hombres que yacían con estas mujeres (Ley I) y

en leyes (2.683 en total). *Las Siete Partidas (selección)*, Alfonso X El Sabio, disponible en www.linkgua.com, fecha última consulta el 9 de enero de 2019.

¹⁵ *Vid.*, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Las siete...*, *cit.*, p. XI.

¹⁶ *Vid.*, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Las siete...*, *cit.*, p. XII.

quién podía acusar al que yacía con las mujeres sobredichas (Ley II). En concreto, textualmente disponía:

Ley I: *“Gravemente yerran los hombres que se trabajan de corromper las mujeres religiosas porque ellas son apartadas de los vicios e de los sabores de este mundo, e se encierran en el monasterio para hacer áspera vida con intención de servir a Dios. Otrosí decimos que hacen gran maldad aquellos que sacan con engaño o con halago o de otra manera las mujeres vírgenes e las viudas que son ce buena fama e viven honestamente. Mayormente cuando son huéspedes en casa de sus padres o de ellas, o de los otros que hacen esto usando en casa de sus amigos. E no se puede excusar que el que yaciere con alguna mujer de éstas, que no hizo muy gran yerro, aunque diga que lo hizo con su placer de ella no le haciendo fuerza. Pues según dicen los sabios antiguos, como en manera de fuerza es sosacar e halagar las mujeres sobredichas con prometimientos vanos, haciéndoles hacer maldad de sus cuerpos e aquellos que traen esta manera más yerran que si lo hiciesen por fuerza”.*

Ley II: *“A los que hicieren pecado incestu en esta manera, los hombres haciendo con sus cuñadas o con sus parientas, e hasta aquel tiempo e ante aquellos juzgadores, pueden acusar a los que hacen pecado de lujuria con mujer de orden o con viuda que viva honestamente o con mujer virgen, así como de suso dijimos. E si les fuere probado, deben haber pena en esta manera, de donde, si aquél que lo hiciere fuere hombre honrado, debe perder la mitad de todos los bienes e deben ser de la cámara del rey. E si fuere hombre vil, debe ser azotado públicamente e desterrado en alguna isla por cinco años. Pero que si fuese siervo o sirviente de casa aquél que sonsacare o corrompiere alguna de las mujeres sobredichas, debe ser quemado por esto. Mas si la mujer que algún hombre corrompiese no fuese religiosa, ni virgen, ni viuda, ni de buena fama mas fuese*

*alguna otra mujer vil, entonces decimos que no le deben dar pena por esto, solamente que no le hagan la fuerza*¹⁷.

Igualmente condenaban en su Título XX, de la Partida Séptima, a los que forzaban o llevaban robadas las vírgenes o las mujeres de orden o las viudas que vivían honestamente. Para ello establecían lo siguiente:

Ley I: *“Forzar o robar mujer casada o religiosa o viuda que viva honestamente en su casa es yerro e maldad muy grande por dos maneras, la primera porque la fuerza es hecha sobre personas que viven honestamente e a servicio de Dios e a buena estancia del mundo, la segunda es que hacen muy gran deshonor a los parientes de la mujer forzada e muy gran atrevimiento contra el señor forzándola en desprecio del señor de la tierra donde es hecho. De donde según derecho deben ser escarmentados los que hacen fuerza en las cosas ajenas mucho más lo deben ser los que fuerzan las personas e mayormente los que hacen contra aquellos. E esta fuerza se puede hacer de dos maneras, la primera con armas, la segunda sin ellas”.*

En su **Ley II** determinaban las personas que podían denunciar a los que hicieran fuerza a las mujeres, considerando que podía ser acusado por cualquier pariente de ella y en defecto de este, cualquier persona del pueblo ante el juzgador del lugar donde se producía la fuerza o ante aquél que tuviera poderío de apremiar al acusado. Esta acusación se hacía extensiva no sólo a aquellos que hicieran la fuerza sino a aquellos que ayudaran¹⁸. Pero, sin duda, la figura que más claramente constataba la presencia de esta

¹⁷ Vid., SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Las siete partidas...*, cit., p.956.

¹⁸ *Ibídem*.

legislación, son los alcahuetes, definida por el legislador en el Título XXII de la misma Partida, en la que establecía que:

“Son las que engañan á las mujeres, sacando e faciendolas fazaer maldad de su cuerpo”.

Se consideraban ayudadores del pecado, estableciendo cinco maneras de alcahuetes:

*“La **primera** de los bellacos malos que guardan las putas e están públicamente en la putería tomando su parte de lo que ganan, la **segunda** de los que andan por trujamanes alcahuiteando las mujeres que están en sus casas para los varones por algo que de ellos reciben, la **tercera** es cuando los hombres tienen en sus casas cautivas u otras mozas a sabiendas para hacer maldad de sus cuerpos tomando de ellas lo que así ganaren, la **cuarta** es cuando el hombre es tan vil que él alcahueta a su mujer, e la **quinta** es cuando alguno consiente que alguna mujer casada u otra de buen lugar haga fornicio en su casa por algo que le den, aunque no ande por trujamán entre ellos”.*

Asimismo, se determinaba quién podía acusar a los alcahuetes, ante quién y qué pena merecían después de probada la alcahuetería:

Ley II: *“A los alcahuetes del pueblo cada uno del pueblo ante los juzgadores de los lugares donde hacen estos yerros, e después que les fuese probado la alcahuetería, si fueron bellacos asi como de suso dijimos, débenlos echar fuera de la villa a las tales putas. E si alguno logase sus casas a sabiendas a mujeres malas para hacer en ellas putería, debe perder las casas e ser de la cámara del rey, e demás debe pechar diez libras de oro. Otrosí decimos que los que tienen en sus casas cautivas u otras mozas para hacer maldad de sus cuerpos por dineros que toman de la ganancia de ellas, que si fueren cautivas, deben ser*

manumitidas, así como dijimos en la cuarta Partida de este libro, en el título de las manumisiones de los siervos en las leyes que hablan en esta razón. E si fueren otras mujeres libres aquellas que así criaron e tomaren precio de la putería que así les hicieron hacer, débenlas casar e darles dotes tanto de los suyo aquél que las metió en hacer tal yerro que puedan vivir. E si no quisieren o no hubieren de que lo hacer, debe morir por esto. Otrosí, oro cualquiera que alcahuetase a su mujer decimos que decimos que debe morir por esto. Esa misma pena debe haber a que alcahuatease a otra mujer casada o virgen o religiosa o viuda de buena fama por algo que le diesen o le prometiesen de dar. E lo dijimos en este título tiene lugar en las mujeres que se trabajan en hecho de alcahuetería”¹⁹.

Se constataba de nuevo en este texto el castigo a aquellos hombres que corrompían tanto a mujeres religiosas, como aquellos que engañaban con halagos o de otra forma a mujeres vírgenes, viudas de buena fama que viviesen honradamente, a las huéspedes de casa de sus padres o de ellas siervas de amigos y a aquellos que pecaran de esta manera con sus cuñadas aunque mediara consentimiento de estas, ya que consideraban que una manera de forzar es halagar a estas mujeres con prometimientos vanos.

Por tanto, se sigue manteniendo la relación entre sexo inmoral y engaño o consentimiento viciado.

Desde el ámbito europeo, durante el período comprendido entre los S. XVI al XVIII, la situación penal presentaba ciertos rasgos en común, existiendo obstáculos para la implantación del “*ius*

¹⁹ Vid., SÁNCHEZ-ARDILLA BERNAL, J., *Las siete partidas...*, cit., p. 958.

puniendi” real²⁰. Durante la Edad Moderna se intentó establecer un Derecho penal común a todos los Estados Europeos, así como una Ciencia del Derecho penal de la época del Humanismo.

Durante la segunda mitad del S. XVIII, los reformadores comenzaron a plantearse una serie de problemas referentes a la materia penal conectados entre sí. Este Derecho penal se caracterizó por la extensión de la justicia al ámbito de la conciencia personal²¹.

En definitiva, en estas primeras manifestaciones se constata que el marco penal que imperaba durante la época del Antiguo Régimen se encontraba basado en dos grandes principios: por un lado, el derecho a castigar monopolizado por el Rey y de otro, el libre arbitrio judicial²². Sin embargo, este arbitrio judicial provocó en muchos casos el abandono del reo a la más completa inseguridad e indefensión, debido a que los jueces podían incriminar hechos que las leyes no tenían previstos como delitos e imponer penas que

²⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*, ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 23.

²¹ IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal español de 1848*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 30.

²² En opinión de TOMÁS Y VALIENTE esa libertad de acción de jueces y magistrados tan perversa en líneas generales, fue la vía que permitió la entrada a mediados del S. XVIII de aires nuevos, aunque sin resultados. Los ilustrados quisieron proteger con reformas importantes la situación, pero los reyes absolutos no se lo permitieron. En la misma situación continuarían los Borbones del S. XVIII, aplicando una legislación confusa, anticuada, casuística, acumulativa, con un excesivo margen de arbitrio judicial, con un sistema de penas rígido, carente de proporcionalidad tanto en los delitos y penas como en la aplicación de las figuras de autor, cómplice y encubridor. *Vid.*, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal...*, *cit.*, p. 407.

consideraban adecuadas, sustituyendo las legalmente determinadas según su criterio²³.

A partir de la Revolución Francesa, se abrió un nuevo período de la historia del Derecho penal. Este provocó no sólo un cambio social y político, sino que desarrolló reformas surgidas con el movimiento de la Ilustración a mediados del S. XVIII²⁴. El objetivo de los reformadores de la época se dirigió a construir un sistema penal en el que se estableciese la legalidad de los delitos y de las penas, erradicando de esa manera la arbitrariedad de las mismas y fijando proporcionalidad entre los castigos y las infracciones²⁵. Este cambio se reflejó en nuestra sociedad, produciéndose una transformación importante de la actitud regia y de la opinión social frente a la venganza privada. A pesar de que seguían existiendo venganzas ruines, el clima en general fue diferente. Ejemplo de ello fueron la disminución de los desafíos²⁶.

Se constata de ese modo que, durante el S. XVIII se produjeron mejoras provocadas por un avance socioeconómico iniciadas en algunas grandes zonas de la nación. El hombre en general, encontró más trabajo, vivió mejor y no tuvo necesidad de delinquir²⁷.

²³ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p. 30.

²⁴ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p.31.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Vid., TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de...*, cit., p.77.

²⁷ Vid., TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de...*, cit., p.279.

3.- El Siglo XIX

En este siglo se aprobaron cuatro Códigos penales: 1822, 1848, 1850 y finalmente el de 1870.

A continuación paso a exponer el proceso de gestación de los mismos y si fueron objeto de alguna regulación y/o referencia en materia de prostitución o de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

3.1.- El Código penal de 1822

3.1.1.- Marco histórico-social

El Código penal de 1822 fue considerado el primer Código penal español, caracterizado por el enfrentamiento que mantenían las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas. Estas últimas avaladas por la filosofía de la Ilustración²⁸.

Sin embargo, antes de la aprobación de este texto punitivo se confirmaba la existencia de un precedente, un movimiento codificador por lo que a la legislación criminal se refiere, que

²⁸ ANTÓN ONECA, J.A., "Historia del código penal de 1822" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 18, Fasc./Mes 3, 1965, p. 263.

arrancaba en el reinado de Carlos III²⁹, entre 1775 y 1785, durante la etapa de la Ilustración. De aquel proceso legislativo desarrollado en esa época, destacaba la Orden del ministro don Manuel de la Roda dirigida al Consejo de Castilla en 1776. Se distinguió por solicitar información en algunos temas penales de especial preocupación en el mundo ilustrado tales como establecer sanciones proporcionadas, todo ello con el objetivo de la formación de un Código criminal en que se recopilasen todas las leyes penales.

Fue durante el período de las Cortes de Cádiz cuando comenzaron a enfocarse las reformas. Entre las medidas planteadas, abolir el tormento, los azotes, la horca, la confiscación y el Tribunal Especial de Santo Oficio. Se proponían elaborar un Código penal. En el Decreto de las Cortes denominado “*sobre la abolición de la Inquisición y restablecimiento de los Tribunales protectores de la fe*”, se declaró al Tribunal de la Inquisición incompatible con la Constitución, restableciendo en su Ley II, Título XXVI, Partida VII, libertad en las facultades de los Obispos para que conocieran en las causas de fe y de los jueces seculares para que declarasen o impusieran a los herejes las penas que señalaban las leyes³⁰. Para tal fin se nombró en 1811 una Comisión encargada de reformar la legislación criminal, si bien, debido al conflicto bélico y a

²⁹ CASABÓ RUIZ, J.R., *El Código penal de 1822*, dirigida por el Dr. D. José M^a Navarrete Urieta. Tesis doctoral. Original Valencia: Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, p.13.

³⁰ *Discusión del proyecto de Decreto sobre el Tribunal de la Inquisición*, disponible en <https://archive.org/discusionpro00>, fecha última consulta el 9 de enero de 2019.

los continuos debates sobre la Constitución, esta no logró culminar su cometido³¹.

Así pues, como consecuencia del incumplimiento del mandato recibido, las Cortes ordinarias de 1813 escogieron una nueva Comisión integrada por cinco diputados para la redacción del Código criminal y otra diferente en 1814, que se completó con siete miembros de fuera del Congreso, entre los que figuraban José María Calatrava, Agustín Argüelles y José Manuel Quintana, estos tres últimos encarcelados como consecuencia de la reacción venida del Deseado, nombre con el que se le conocía a Fernando VII, el cual se encargó de restaurar el absolutismo y derogar la Constitución de 1812³².

El 2 de diciembre de 1819, Fernando VII dictó un Real Decreto poniendo de manifiesto su propósito renovador. Pretendía poner fin a la arbitrariedad existente hasta la fecha, considerada el origen de todos los males. Se reclamaba conseguir un sistema claro en el que prevaleciera la certeza, evitando de ese modo los abusos, atendiendo a la preocupación humanitaria propia de la época. Se buscaba suavizar los castigos así como establecer la racionalización del procedimiento³³.

Sin embargo, este Decreto no obtuvo los frutos esperados y a tenor de los acontecimientos históricos de la época con la

³¹ En su artículo 258, declaró que “*el Código civil, el criminal y el de comercio serán los mismos en toda la monarquía*”.

³² *Vid.*, ANTÓN ONECA, J.A., “Historia del código...”, *cit.*, p. 266.

³³ MARTIN DE BALMASEA, F., *Decretos del Rey D. Fernando VII*, Tomo IV, Madrid, 1818, pp. 501-504.

sublevación de Riego en Cabezas de San Juan para intentar restablecer el absolutismo en España, se inició el periodo constitucional (1820-1823), cuya consecuencia más inmediata derivó en el establecimiento del Trienio Liberal.

Restablecida la Constitución de 1812 y elegidas las Cortes de 1820, el 26 de agosto del precitado año se designó una nueva Comisión para redactar el código criminal. El objetivo perseguido no era otro que dar cumplimiento al mandato de la Constitución relativo a los Códigos únicos que debían regir en toda la monarquía³⁴. El 22 de abril culminó el proyecto, comenzando desde ese momento a cumplir el destino de la reforma penal en España. Realizadas las valoraciones que la Comisión estimó pertinentes, el proyecto se presentó a las Cortes extraordinarias el 1 de noviembre de 1821, aprobándose en 1822.

3.1.2.- Marco normativo

Por lo que a las fuentes se refiere, fue un código nuevo a pesar de que recoge numerosos pasajes de la legislación nacional anterior. Contenía influencias de las legislaciones extranjeras, en concreto del Código francés, que contaba con una elevada perfección técnica, pero también de autores italianos, tales como Bexon, Bhentam y Filangieri, así como del Código penal de Beccaria.

³⁴ *Vid.*, ANTÓN ONECA, J.A., "Historia del Código...", *cit.*, p. 267.

Una vez se aprobó el articulado por las Cortes extraordinarias de 1821 fue sometido el conjunto a sus sucesoras, siendo estas las ordinarias de 1822³⁵.

Decretado por las Cortes en fecha 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de junio de 1822 fue finalmente ley el Proyecto de Calatrava.

Tras una *vacatio legis* considerada insuficiente para el Tribunal Supremo por el volumen del mismo, se consultó al Gobierno las dificultades encontradas, para poner en práctica el Código sancionado y publicado. A su vez, el Gobierno pasó la consulta a las Cortes, siendo la Comisión codificadora del cuerpo de procedimiento la encargada de proponer la suspensión de la vigencia del Código hasta que se publicase la ley procesal. Este paréntesis provocado con la suspensión, provocó que el Gobierno preparase de la manera más efectiva posible los establecimientos del castigo y corrección indispensables para la clasificación y aplicación de las penas³⁶.

Sin embargo, la entrada en España de los Cien mil hijos de San Luis, en un país que se encontraba en guerra desde principios de 1823, provocó la paralización de la tarea de la implantación del texto punitivo³⁷. Libertado Fernando VII, después de la capitulación, decretó a principios del mes de octubre la anulación de todos los

³⁵ Vid., ANTÓN ONECA, J.A., "Historia del Código...", *cit.*, p. 273.

³⁶ Vid., ANTÓN ONECA, J.A., "Historia del Código...", *cit.*, p. 274.

³⁷ ALONSO Y ALONSO, J.M. (1946), *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*, Sección Doctrinal en rep. nº 11, Madrid, p. 14.

actos del llamado “*Gobierno Constitucional, de cualquier clase y condición que sean*”.

Como consecuencia del desastre en cuanto al régimen político, se retornó a la situación anterior, o sea la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquellos.

El panorama cambió con el fallecimiento de Fernando VII³⁸.

En cuanto contenido y estructura se refiere, fue el único Código penal cuyo proyecto se encuentra documentado y reducido a tres tomos por orden de las Cortes, conteniendo los diferentes extractos de los informes que sobre él dieron varias entidades y los cambios producidos en el mismo en virtud de esos informes y diario de las sesiones celebradas cotidianamente desde el 23 de noviembre de 1821 hasta el 13 de febrero de 1822, sesiones en las que se discutió y aprobó artículo por artículo³⁹.

En definitiva, este código penal no puede considerarse liberal en cuanto a la progresión criminal, toda vez que acepta expresamente la posibilidad de someter a la vigilancia de las autoridades el pensamiento y resolución de delinquir⁴⁰.

³⁸ Vid., ANTÓN ONECA, J.A., “Historia del Código...”, *cit.*, pp. 275-276.

³⁹ Vid., ANTÓN ONECA, J.A., “Historia del Código...”, *cit.*, p. 264.

⁴⁰ Vid., CASABÓ RUIZ, J.R., “El Código penal...”, *cit.*, p. 414.

3.1.3.- Aproximación a los delitos de prostitución

En lo que a la materia objeto de este estudio se refiere, en este texto punitivo se encontraban referencias a la prostitución y a la corrupción de menores. Estas referencias se situaban dentro de la primera parte “*De los delitos contra la sociedad*”, en el Título VII, “*Delitos contra las buenas costumbres*”, del Capítulo II, “*De los que promueven ó fomentan la prostitución, y corrompen á las jóvenes, ó contribuyen á cualquiera de estas cosas*”, artículos 535 al 542 ambos inclusive.

Atendiendo a su ubicación, el bien jurídico protegido parece cifrarse en la sociedad, en las buenas costumbres⁴¹, castigando las mancebías o casas de acogida para ejercer la prostitución, agravándose la pena establecida si se ejerce con habitualidad⁴².

Con la misma pena que el tipo básico se castigaba a aquel que inducía a la prostitución o corrupción de menores, estableciéndose la minoría de edad en los veinte años⁴³. Sin

⁴¹ GAVILÁN RUBIO, M., “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 2015, p. 107.

⁴² Art. 535 del CP de 1822: “*Toda persona que sin estar competentemente autorizada, ó faltando á los requisitos que la policía establezca, mantuviere ó acogiere ó recibiere en su casa a sabiendas mugeres públicas, para que allí abusen de sus personas, sufrirá una reclusión de uno á dos años, y pagará una multa de quince a cincuenta duros. La que en iguales términos se ejercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico, sufrirá el aumento del duplo al triplo de las referidas penas*”.

⁴³ Art. 536 del CP de 1822: “*Toda persona que contribuyere á la prostitución ó corrupción de jóvenes de uno ú otro sexo, menores de veinte años cumplidos, ya por medio de dávidas, ofrecimientos, consejos, engaños ó seducción, ya*

embargo, esta pena del tipo básico se agravaba cuando se cometía el hecho delictivo en determinadas circunstancias, bien en el período denominado pubertad, fijado en esta época en catorce años⁴⁴, bien el que para corromper a una persona la robaba, o empleaba fuerza, ficción o alguna bebida⁴⁵.

Asimismo se agravaba la pena, dependiendo del sujeto activo y del parentesco⁴⁶. Si los parientes eran considerados autores, cómplices o auxiliares de la prostitución cuando la joven

proporcionándoles á sabiendas casa ú otro auxilio para ello, sufrirá la misma pena espresada en la primera parte del artículo anterior. Los que incurriesen en el propio delito con respecto á niño ó niña que no haya llegado á la pubertad, y los que para corromper á una persona la robaren, ó emplearen alguna bebida, fuerza ó ficción, serán castigados con arreglo al título primero de la segunda parte". Esta equiparación de pena al tipo básico cuando se inducía o corrompía a un menor de edad se encuentra recogido en GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, p. 107.

⁴⁴ *Vid.*, GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, p. 107.

⁴⁵ Art. 537 del CP de 1822: "*Si los que á sabiendas contribuyen á la prostitución ó corrupción de los jóvenes menores de veinte años, fuesen personas que habitualmente se ocupen en este criminal ejercicio, ó sirvientes domésticos de las casas de los mismos jóvenes, ó de los establecimientos de enseñanza, caridad, corrección ó beneficencia en que estos se hallaren, sufrirán la pena de tres á seis años de obras públicas. Esta pena será doble mayor, si á la prostitución ó corrupción de los jóvenes se añadiese la circunstancia de extraerlos al intento de cualquier de dichas casa en que se hallen*".

⁴⁶ Art. 538 del CP de 1822: "*La ocupación habitual en los casos de los tres precedentes artículos se probará por dos actos ó mas cometidos en esta materia y en distintas ocasiones*".

Art. 539 del CP de 1822: "*Si á sabiendas contribuyere á la prostitución ó corrupción de algún joven menor de veinte años, su ayo, maestro, capellan, director, gefe ó encargado del establecimiento de enseñanza, caridad, corrección ó beneficencia en que el joven se hallare, sufrirá el reo la pena de cuatro á ocho años de obras públicas con inhabilitación perpetua para volver á ejercer semejantes destinos*".

Art. 540 del CP de 1822: "*Las mismas penas en igual caso tendrán los tutores, curadores, ó parientes, á cuyo cuidado estuvieren los jóvenes*".

fuera menor de veinte años, perdían la autoridad que las leyes les concedían sobre las personas y bienes de los hijos y nietos y además de sufrir reclusión, eran declarados infames⁴⁷. En igual sentido, cuando esa prostitución o corrupción del joven derivaba de la negligencia o abandono de los padres, abuelos o tutores además de una pena privativa de libertad, perdían la autoridad que las leyes les concedían sobre las personas y bienes de los hijos y nietos. Cuando ese abandono o negligencia se había producido por parte de tutores, curadores, parientes, maestros, directores o jefes de establecimiento, además de pena de inhabilitación perpetua para volver a ejercer sus cargos respectivos conllevaba una multa pecuniaria o un arresto con apercibimiento⁴⁸.

En definitiva, dado que lo que se pretendía al amparo de esta regulación era la protección de la sociedad, solo se consideraba punible la conducta de aquel que inducía o favoreciera

⁴⁷ Art. 541 del CP de 1822: *“Si los autores, cómplices ó auxiliadores de la prostitución ó corrupción del joven menor de veinte años, fueren sus padres, madres ó abuelos, perderán estos toda la autoridad que las leyes les conceden sobre las personas y bienes de los hijos y nietos, serán declarados infames, y sufrirán una reclusión de cuatro á ocho años”*.

⁴⁸ Art. 542 del CP de 1822: *“Cuando la prostitución ó corrupción del joven dimanare de abandono ó negligencia de los padres, madres ó abuelos, perderán estos la autoridad que las leyes les conceden sobre las personas y bienes de los hijos y nietos, y sufrirán el arresto de seis meses á dos años, con apercibimiento. Si el abandono ó negligencia fuese de parte de los tutores, curadores, parientes, maestros, directores ó gefes del establecimiento, á cuyo cuidado estuviesen los jóvenes, sufrirán aquellos la pena de inhabilitacion perpetua para volver á ejercer sus cargos respectivos, y serán multados en quince á noventa duros, ó arrestados de uno á seis meses, con apercibimiento”*.

el ejercicio de la prostitución y de la corrupción de menores. No se tipificaba la figura del proxeneta ni la prostitución adulta⁴⁹.

3.2.- El Código penal de 1848

3.2.1.- Marco histórico-social

Este texto punitivo ha sido considerado la base de los cuerpos normativos penales españoles posteriores hasta el de 1995⁵⁰.

La revocación del anterior texto normativo de 1822 sumado a los fracasos de los diferentes intentos de codificación realizados con posterioridad⁵¹, prolongaron hasta la promulgación del Código penal de 1848 la legislación penal que se encontraba vigente en el Antiguo Régimen.

La consolidación del estado liberal en España, debido a los aires renovadores de la época, provocó la superación del movimiento ilustrado, resurgiendo las ideas codificadoras y abandonando en materia penal los excesos sufridos durante el Antiguo Régimen.

⁴⁹ *Vid.*, GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, p. 107.

⁵⁰ *Vid.*, IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, *cit.*, p. 23.

⁵¹ En ese sentido la RO de 30 de abril de 1829 se caracterizó por ordenar la formación de un código criminal y el Proyecto de Código Criminal de 1834 se consideró una modificación del de 1830 en cuanto a la estructura, no así en cuanto a principios.

La redacción del Código penal de 1848 en consonancia a la evolución de las tareas codificadoras, provocó que por primera vez en España se creara por el Gobierno Provisional de D. Joaquín María López, una Comisión General de Códigos por RD de 19 de agosto de 1843⁵².

Sin embargo, pese al planteamiento que estableció la Comisión para asegurar el buen funcionamiento y cumplir los objetivos previstos, no se pudo llevar a cabo de forma completa la obra codificadora, aunque, es cierto que, a esta Comisión se le debió la elaboración del Código penal de 1848, el Proyecto del Código Civil y una serie de trabajos importantes en las Leyes de procedimiento y de organización judicial.

Es en 1845, con la promulgación de la Constitución, cuando definitivamente se consagró el nuevo sistema político moderado, compendio de doctrinarismo y de jovellanismo y con residuos de benthanismo.

En comparación con la Constitución de 1837, fue un avance en sentido monárquico y un retroceso en el terreno constitucional, puesto que se ofrecía mayor estabilidad a la vida política aumentando el prestigio y atribuciones del monarca.

⁵² Su finalidad era llevar a cabo la reforma de la legislación reclamada por la opinión pública, que fracasó por sus antecesores en el Gobierno debido a las circunstancias políticas de esa época. Se compuso de 18 individuos con relevancia en la política, en la magistratura y en la abogacía a los cuales se les dotó de un sueldo anual, con objeto de que se dedicaran de forma exclusiva a esa tarea codificadora. *Vid.*, IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, *cit.*, p. 56.

La aprobación de este Código penal supuso un instrumento capaz de dotar al Gobierno para hacer frente a la difícil situación que se preveía en España ante los acontecimientos ocurridos en Europa con la Revolución de 1848. Finalizó así un periodo caracterizado por la ausencia de una legislación penal sistematizada⁵³.

En el proceso legislativo de la Década Moderada el Gobierno adquirió un importante protagonismo a través de la proposición de proyectos de ley. De esta forma, podía solicitar delegación legislativa para publicar como ley un Proyecto de Ley de su iniciativa.

En este sentido, este Proyecto de Ley se presentó a las Cortes de forma adjunta al Proyecto de Ley de Autorización legislativa con el objetivo de que las Cortes juzgasen o no la conveniencia de autorizar al ejecutivo a publicarlo como ley, sin que su parte dispositiva fuera discutida, ni emendada, ni votada, de forma pormenorizada y pública en las Cortes⁵⁴.

La Reina Isabel II sancionó la Ley de autorización para plantear el Código penal el 19 de marzo de 1848. Por Real Decreto de la misma fecha promulgó el Código penal y la Ley Provisional que le acompañaba para su aplicación como ley en la Península e

⁵³ Reemplazaba a la anticuada legislación penal del Antiguo Régimen, restablecida al ser derogado el Código penal de 1822.

⁵⁴ Este tipo de delegación legislativa fue utilizada para obtener la aprobación del Código Penal de 1848 en las Cámaras legislativas.

Islas Adyacentes, fijando su entrada en vigor a partir del 1 de julio del mismo año⁵⁵.

3.2.2.- Marco normativo

Este Código penal, perteneciente al período clásico, incluido en la etapa de la creación del derecho penal liberal, se caracterizó por afianzar cuatro principios. Estos fueron los siguientes: el legalismo del Derecho penal, la conceptualización rígida de los delitos, el humanitarismo y el individualismo⁵⁶.

ROSSI, considerado el penalista más influyente en la ciencia penal española de este tiempo y en la elaboración de este Código penal, fue partidario de la defensa del sistema mixto en que la justicia prevalecía sobre la utilidad, considerando que la ley penal debía buscar su punto de partida en los principios de la justicia absoluta, no permitiendo nada que fuera contrario a los deberes de la humanidad y a la dignidad del hombre. Estableció como fin esencial del Derecho penal el restablecimiento del orden social atacado o alterado por un delito. Entendía el delito como un quebrantamiento de un deber pero reclamando el daño de la

⁵⁵ Era necesaria en ese momento esta Ley para conseguir que el Código penal entrara en vigor y ello, porque no se disponía de un Código de Procedimiento, ni una Ley organizadora de los tribunales, ni tampoco existía una jurisprudencia general y segura por la que regirse.

⁵⁶ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p. 262.

sociedad o de los individuos, fundamentando la pena en la idea de retribución⁵⁷.

Por el contrario, los penalistas españoles únicamente reconocían que el Código de 1848 se basaba en el eclecticismo de ROSSI, entendido este como la unión del criterio del daño producido y la intención del agente en la elección del medio de represión más adecuado.

Las fuentes legislativas utilizadas en la elaboración del Código y en los que se inspiraron nuestros redactores fueron el Código penal de Austria de 1803, el de Francia de 1810, el de Nápoles de 1819, el español de 1822 y el de Brasil de 1830⁵⁸. Sin embargo, de todos estos modelos extranjeros, el más influyente fue el de Brasil de 1830.

Este texto punitivo de la época se estructuraba en tres libros, el Libro I dedicado a las Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas “responsables y las penas”, el Libro II “Delitos y sus penas” y el Libro III concerniente a faltas.

3.2.3.-Aproximación a los delitos de prostitución

La regulación en los delitos relativos a la prostitución sancionaba tanto el delito como la falta.

⁵⁷ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p. 264.

⁵⁸ Estos tres últimos son deudores del francés.

El delito se ubicaba en el Título X del Libro II bajo la rúbrica “*De los delitos contra la honestidad*”. Dentro de este Título el legislador de la época incluía los delitos de adulterio, violación, estupro y rapto, concluyendo con unas disposiciones comunes a todos ellos⁵⁹, definiendo como elemento fundamental en un país civilizado la protección en las leyes tanto de la moral como de las costumbres, consideradas la base de la familia⁶⁰.

Sin embargo, por lo que a la prostitución se refiere, la única referencia se establecía en el Capítulo III bajo la denominación “Del estupro y la corrupción de menores”. Este era el único precepto que hacía referencia a la prostitución de menores⁶¹.

Para su consideración como delito de prostitución se exigía que se promoviera o facilitara la prostitución o la corrupción, que los sujetos pasivos fueran menores de edad y que se verificase de forma habitual o con abuso de autoridad o confianza, con el fin de satisfacer los deseos de un tercero. La conducta típica consistía en promover o facilitar el ejercicio de la prostitución (entendida tanto la prostitución como la corrupción de menores). El legislador introdujo como novedad un elemento subjetivo donde el fin de “*inducir o facilitar la prostitución*” tenía como objetivo satisfacer los deseos de

⁵⁹ La rúbrica de los delitos contra la honestidad se mantuvo inalterada, al igual que su contenido, desde la aprobación de este Código hasta las reformas llevadas a cabo en 1978 en cumplimiento de los pactos de la Moncloa de 1977.

⁶⁰ PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, 4ª edición, Tomo III, Madrid, 1870, p.103.

⁶¹ *Vid.*, IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, *cit.*, pp. 713- 714.

una tercera persona y no los propios⁶². Se castigaba con la pena de prisión correccional⁶³.

En cuanto a la penalidad en este tipo de delitos, el legislador español equiparaba los cómplices que pertenecían a la esfera de confianza del prostituido a los autores, agravando la pena de estos primeros, imponiéndoles penas accesorias como la inhabilitación perpetúa a los maestros o interdicción del derecho a ejercer la tutela y ser miembros del Consejo de Familia a los ascendientes, tutores y curadores⁶⁴.

En el mismo sentido que el Código penal de 1822, el legislador seguía sin tipificar la prostitución adulta. Desaparecía la referencia expresa a las mancebías que se regulaban en su predecesor texto punitivo y se exigía para su castigo que mediara denuncia de la parte agraviada, quedando impune si se casaba con la ofendida. No se reconocía el abono de una responsabilidad civil ni se ofrecía la posibilidad de proceder por prostitución o corrupción de menores a los tutores, padres o abuelos y al procurador síndico o al

⁶² Vid., GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, pp. 107-108.

⁶³ Artículo 357 del CP de 1848: "*El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional*".

⁶⁴ Vid., GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, p. 108.

En este sentido el Capítulo V que establecía disposiciones comunes, en su artículo 364 condenaba a los reos de corrupción de menores, en las penas de interdicción del derecho a ejercer la tutela y ser miembros del consejo de familia y de sujeción a la vigilancia de la Autoridad, por el tiempo que los Tribunales determinen.

fiscal en defecto de estos parientes y careciendo la víctima de personalidad para estar en juicio⁶⁵.

Sin embargo, amén de tipificarse como delito, dicha conducta podía ser sancionada como falta grave, ubicándose dentro del Libro III “De las faltas”, en su Título I, en atención a la inobservancia de las normas de policía relativas a las prostitutas cuando existía incumplimiento de la legislación administrativa. Esta consistía en unos reglamentos locales o provinciales donde se recogían una serie de medidas, las cuales, suponían un ilícito penal, castigándose con arresto o sanción pecuniaria⁶⁶.

⁶⁵ Art. 12º, RD 21 de septiembre de 1848: Artículo 361: “No puede procederse por causa de estupro sino a instancia de la parte agraviada o de su tutor, padres o abuelos...Si la persona agraviada careciese por su edad o estado moral de personalidad para estar en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor o curador que denuncien, podrá verificarlo el procurador síndico o el fiscal por fama pública”.

⁶⁶ Art. 471 del C.P de 1848 : “Se castigarán con la pena de arresto de 5 á 15 días ó una multa de 5 a 15 duros:

9º.- los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente á mujeres públicas”.

3.3.-Real Decreto de 7 de junio de 1850 reformando y adicionando el Código penal

3.3.1.- Marco histórico-social

Tras la promulgación de la Ley de 19 de marzo de 1848, a la que se hacía referencia en el epígrafe anterior⁶⁷, se procedió por el Gobierno moderado de Narváez a la reforma del Código penal por vía de urgencia a través de una serie de Real Decreto de 21 y 22 de septiembre de 1848 suspendiendo la aplicación de algunas disposiciones por Decreto de 30 de octubre del mismo año. Las alteraciones, adiciones y aclaraciones como consecuencia de la aprobación de los diferentes Reales Decretos y Reales Órdenes promulgadas desde 1848 provocaron a su vez variaciones en la numeración del articulado del Código penal y de la Ley Provisional, motivo por el cual el Ministro de Gracia y Justicia, Lorenzo Arrazola, ordenó realizar por RO de 9 de Junio de 1850 de forma inmediata una segunda edición tanto del texto punitivo como de la citada Ley para su ejecución, en la que se incorporasen las reformas contenidas en las disposiciones mencionadas dando como resultado el texto refundido de 1850 por RD de 30 de junio del mismo año, por el que el *“Código Penal y la Ley Provisional quedan refundidos y la numeración, artículos y reglas de los mismos coordinados,*

⁶⁷ La Ley 19 de marzo de 1848, establecía en su artículo 2 que *“el Gobierno propondría a las Cortes en el plazo de tres años las reformas que considerara convenientes acompañando las observaciones que anualmente deberán dirigirle los tribunales”*. Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p. 804.

modificados o rectificados “, siendo esta edición reformada “ *la única oficial y legal para todos los efectos de justicia*”⁶⁸.

A mediados de ese período, Narváez dio un giro autoritario a su política. La primera transformación recayó en el Código Penal. Las razones que determinaron este cambio surgieron por la continua represión de la oposición política y por la Revolución de 1848 en Francia. Ante estos acontecimientos, este gobierno sintió la necesidad de reformar las leyes penales y administrativas para mantener el orden público y el respeto a la autoridad. La reforma de 1850 comportó un endurecimiento de las penas y prescindió del principio de legalidad de las sanciones⁶⁹.

La implantación de este texto punitivo ofrecía posturas de diferente calado, desde opiniones positivas hasta severas críticas, fruto de la introducción de una legislación que modificaba completamente la legislación penal, la actuación de los distintos profesionales del derecho, jueces, tribunales y abogados, el sistema judicial, el sistema penitenciario e introducía nuevos establecimientos para el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

⁶⁸ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., pp. 852-853.

⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal de España*, ed. Iustel, Madrid, pp. 60-61.

3.3.2.- Marco normativo

Desde el punto de vista subjetivo, esta edición reformada era sustancialmente el mismo Código de 1848, aunque si bien se trataban de dos textos legales diferenciados de la época⁷⁰.

La Ley provisional que acompañaba a este texto punitivo no era de fácil interpretación. Con dicha edición refundida de 1850 se recogen variaciones efectuadas por los distintos Reales Decretos que se aprueban, siendo estos la RO de 1 de julio de 1848, el RD de 22 de septiembre de 1848, el RD de 7 de octubre de 1848, el RD de 30 de octubre de 1848, el RD de 2 de junio de 1849, la RO de 5 de junio de 1849 y el RD de 8 de junio de 1850. Como consecuencia de estas transformaciones la Ley Provisional quedó compuesta por 57 reglas⁷¹.

En definitiva, la trascendencia del Código del 48 en los posteriores textos penales españoles supuso que, hasta el Código penal de 1995, en España, sólo existían dos cuerpos normativos penales, el Código penal de 1822 y el de 1848⁷².

Con el fin de efectuar transformaciones de carácter general afectando a cuestiones de principio, se dictó el Real Decreto de manera inmediata el 22 de septiembre del mismo año⁷³. Esta reforma mantuvo el sistema general de código, sin embargo, pese a

⁷⁰ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., pp. 863- 864.

⁷¹ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p. 894.

⁷² Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., pp. 905- 912.

⁷³ Vid., IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal...*, cit., p. 793.

que dicha reforma introdujo novedades en veintiuno artículos, los delitos contra la honestidad tuvieron una escasa variación.

3.3.3.- Aproximación a los delitos de prostitución

Por lo que al delito de prostitución se refiere se mantuvo el articulado en su Título X, bajo el mismo nombre *“Delitos contra la honestidad”*. Las modificaciones tan sólo afectaron al Capítulo V donde se regulaban las disposiciones comunes a los tres capítulos precedentes, es decir, la violación (Capítulo II), el estupro y la corrupción de menores (Capítulo III) y el rapto (Capítulo IV), pero sólo en cuanto a los trámites procesales en la denuncia de los delitos de violación, estupro y rapto.

En cuanto a la corrupción de menores y en relación con su antecesor, el legislador mantuvo inalterable el contenido de este artículo incluso en las disposiciones comunes, variando únicamente su numeración, ya que en el artículo 367 se regulaba el tipo básico⁷⁴ y en el artículo 374 las disposiciones comunes.

De igual modo que en el Código penal de 1848, se sancionaba la prostitución como falta grave, ubicada en el Libro III

⁷⁴ Art. 367 del CP de 1850: *“El que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional”*. Vid., PACHECO, J.F., *El Código penal concordado...*, cit., pp. 138-143.

“De las faltas”, en su Título I, manteniendo el mismo contenido pero variando su nomenclatura.

3.4.- El Código penal de 1870

3.4.1.- Marco histórico-social

El 10 de abril de 1865, comienzan a producirse enfrentamientos entre el Gobierno y la Universidad, como consecuencia de la destitución de Montalbán como rector, persona de gran prestigio entre el círculo de estudiantes. El 10 de abril, en la llamada “noche de San Daniel”, cuando protestaban los estudiantes en señal de apoyo a este rector, González Bravo ordenó atacarlos. El resultado fue un buen número de muertos⁷⁵.

González Bravo nada pudo hacer para salvar la monarquía. Favoreció la llegada de la Revolución de 1868 llamada Gloriosa, que acabó con el reinado de Isabel II y marcó el inicio del llamado “sexenio democrático”, que debía ser fértil en cuanto a la producción legislativa, aunque también se caracterizó porque no supo componer su organización política y transformarse en auténtica democracia⁷⁶.

Inmediatamente después de la Revolución Gloriosa, se decidió promulgar una nueva Constitución, la de 1869. Esta impuso la obligación de reformar el Código penal con celeridad. Dentro de la

⁷⁵ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 67.

⁷⁶ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 68.

Comisión legislativa liderada por Ruiz Zorrilla, existía una sección de Derecho civil y otra de Derecho penal, la primera presidida por Gómez de la Serna y la segunda por Nicolás María Rivero.

Este cuerpo normativo de 1870 fue reformado en el seno de la Comisión por el magistrado Alejandro Groizard, persona que representó el pensamiento penal retribucionista. El Ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Ríos, fue el encargado de presentar a las Cortes el Proyecto de ley autorizando al Gobierno para publicar provisionalmente este texto punitivo⁷⁷.

Así pues, aprobada en las Cortes la autorización, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, la cual dio paso a que se promulgase esta en fecha 30 de agosto del mismo año.

El interés de los legisladores era conseguir establecer tres fines⁷⁸:

1º.- Preservar desde el punto de vista penal la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales. En el seno de estos últimos, inquietaban dos problemas, la tolerancia religiosa y la libre emisión del pensamiento por medio de la imprenta⁷⁹.

⁷⁷ ANTÓN ONECA, J.A., "El Código penal de 1870" en *Anuario de derecho penal ciencias penales*, Tomo 23, Fasc. / Mes 2, 1970, pp. 235-236.

⁷⁸ *Vid.*, ANTÓN ONECA, J.A., "El Código penal de...", *cit.*, p. 237.

⁷⁹ En concreto, las Constituciones aprobadas hasta la fecha reconocieron con carácter general a todos los españoles la libertad de imprimir y publicar sus ideas sin una previa censura. Posteriormente aunque esa libertad fue mantenida en las leyes

2º.- Se buscaba en el código concienciar, de acuerdo con los ideales moderadores de los partidos representados en Cortes, cuya ideología en materia penal procedía de la Ilustración.

3º.- Perfeccionar preceptos técnicamente defectuosos.

Esta reforma, desde el punto de vista político, fue considerada de gran utilidad debido a la protección que plasman de los derechos individuales, reflejando moderación de las penas exigidas por el ambiente que se estaba gestando en la sociedad, si bien desde el punto de vista técnico, no corrió tanta suerte, ya que permanecieron ajenos a las propuestas planteadas del Informe elaborado por el Colegio de Abogados de Madrid y también de la comisión codificadora que cesó en 1869⁸⁰.

3.4.2.- Marco normativo

Los delitos contra la honestidad en el Código Penal de 1870, ubicados en el Libro II en el Título IX, fueron objeto de modificaciones, a pesar de que establecían que tanto la moral como las costumbres debían estar bajo el amparo de las leyes en todo país civilizado. Tanto una como otra eran consideradas fundamento

especiales de imprenta estuvo restringida en determinados supuestos. Sin embargo, este sistema acabó modificándose a raíz de la Revolución de 1868 momento en que desaparecen las leyes especiales de prensa e imprenta y con ello los delitos en esta materia. MIRA BENAVENT, J., "La legislación penal de prensa e imprenta surgida en los Cortes de Cádiz y de la Constitución de 1812", en *Revista Española de la Función Consultiva* Nº 19, enero-junio 2013, pp. 380-381.

⁸⁰ *Vid.*, ANTÓN ONECA, J.A., "El Código penal...", *cit.*, p. 250.

de la familia, la condición de la sociedad. Ampliaron el elenco de conductas punitivas con respecto al anterior Código penal.

3.4.3.- Aproximación a los delitos de prostitución

En lo que a la corrupción de menores se refiere, el artículo 459 ubicado en el Título IX en su Capítulo IV⁸¹, se mantuvo inalterable respecto de su antecesor en cuanto a la conducta que sancionaba. Es el único precepto que hacía referencia al lenocinio cualificado en el que se exigía que se dieran una serie de circunstancias o características tales como promover o facilitar la prostitución o corrupción; que los menores fueran los prostituidos o los corrompidos; que este acto se promoviera habitualmente o con abuso de autoridad o confianza; y por último, que dicha corrupción o prostitución tuviera por objeto deseos ajenos. La novedad se encontraba en las penas que fijaban para los autores, ya que mantenía la pena correccional para este tipo de conductas, pero

⁸¹ Art. 459 del CP de 1870: *“El que habitualmente, ó con abuso de autoridad ó confianza, promoviere ó facilitare la prostitución ó corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio e inhabilitación temporal absoluta, si fuere Autoridad”*. El lenocinio simple, es decir, aquellos supuestos en que los dueños de las casas de prostitución, se limitan a recibir a estos sujetos que bajo su voluntad quieren juntarse allí, tan sólo se regula por las reglas de policía, no teniendo pena alguna en este texto punitivo.

añadiendo además la inhabilitación absoluta si fuera autoridad el condenado⁸².

Esta regulación se complementaba con la falta prevista en el Libro III, por la que se incriminaba a quienes infringían las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución en su artículo 596.2⁸³, incluido en el título “*de las faltas contra los intereses generales y régimen de poblaciones*”.

En conclusión, se constata que la legislación penal de este siglo no contenía precepto alguno contra la trata ni tipificaba la prostitución adulta, tan sólo condenaba tal actuación cuando el prostituido o corrompido fuera menor de edad, castigando incluso con falta (a excepción del CP de 1870), las conductas que consistieran en la inobservancia de reglamentos de policía, que básicamente consistían en “*medidas para evitar contagio de enfermedades venéreas y evitar el ataque a la moral pública, motivo por el cual se les confinaban a burdeles*”⁸⁴.

⁸² VIADA Y RAURET, S., *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, tomo V, ed. Reus, Madrid, 1927, pp. 254-268.

⁸³ Art. 596 del CP de 1870: “*Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y reprensión:*

2º.-*Los que infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución*”.

⁸⁴ *Vid.*, GAVILÁN RUBIO, M., “Delitos relativos a...”, *cit.*, p. 506.

4.- El Siglo XX

A partir de la época moderna, como se analiza en este epígrafe, se confirma la existencia de normativa específica en materia de trata de seres humanos, vinculada a la de la explotación sexual.

Con motivo del Congreso de Londres de fecha 1899 y 1902, cuya consecuencia más inmediata fue la reunión de París de 1902, dieciséis países se pusieron de acuerdo en la necesidad de afrontar el problema de la trata mediante una legislación internacional al efecto, cuyo objetivo no era otro que erradicar esta lacra, ya que la mujer se había quedado reducida en un artículo comerciable, a objeto de transacciones mercantiles, cuyo precio oscilaba, según las leyes de la oferta y de la demanda. En palabras de JUDERIAS, era uno de los problemas más importantes de su tiempo⁸⁵.

En el ámbito nacional, como primer paso para cumplir este objetivo, el gobierno español, creó mediante el RD de 11 de julio de 1902⁸⁶ un Patronato encargado de ayudar a la represión de la trata de blancas e impedir este “inmoral” tráfico, el llamado “*Patronato*

⁸⁵ Cita tomada del manual DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas...*, cit., p.209.

⁸⁶ La aprobación de este decreto vino motivada por constituir un Patronato encargado de secundar en España la acción del Estado y de estimular el interés social con el fin de prevenir y reprimir el problema de la trata de blancas. BOE núm. 200, de 19 de julio 1902, p. 309.

*Real para la Represión de la Trata de Blancas*⁸⁷. Este fue disuelto por Decreto de la República a primeros de junio de 1931. Sin embargo, ese mismo año se reorganizó como “*Patronato de Protección a la Mujer*” hasta su disolución por Decreto de 25 de junio de 1935. A partir de esta fecha asumió sus funciones el Consejo Superior de Protección de Menores hasta la reorganización del Ministerio de Justicia por Decreto de 12 de marzo de 1938, en el que el Patronato de Protección a la Mujer se adscribió a dicho departamento. El 6 de noviembre de 1941, este Patronato asumió las atribuciones del extinguido Patronato Real para la Represión de la trata de blancas con la finalidad de “*ensalzar la moral de la mujer, especialmente de las jóvenes para impedir su explotación, apartarlas del vicio y educarlas con arreglo a las enseñanzas de la religión*”. Su función, en términos generales, consistió en velar por la moralidad pública y muy especialmente por la de la mujer, ejerciendo funciones de vigilancia, recogida, tratamiento e internamiento sobre aquellas menores que los tribunales, autoridades y particulares les confiaban, especialmente a las menores de 18 años, a las que retenían en reformatorios propios y colegios de religiosas o en vigilancia dentro de sus casas. El Patronato de Protección a la Mujer, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Justicia a través de la Subsecretaría, fue regulado por la Ley de 20 de diciembre de 1956⁸⁸, el Decreto-Ley de 3 de marzo

⁸⁷ *Junta provincial de Patronato de protección a la mujer de Burgos*, realizada por Gobierno de España, Censo-guía de archivos de España e Iberoamérica, disponible en <http://www.censosarchivos.mcv.es/censoguía/fondodetail/htm?id=1421493>, fecha última consulta 15 de enero de 2019.

⁸⁸ La Ley de 20 de diciembre de 1952 establecía detalladamente en su artículo 12 las funciones, los órganos y el régimen económico del Patronato. BOE núm. 357, de

de 1956⁸⁹ y por la Orden de Presidencia del Gobierno de 23 de abril de 1956⁹⁰. Sin embargo, por Real Decreto 1449/1985, de 1 de agosto, en el que se modificó la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, se acabó suprimiendo el referido Patronato, pasando las funciones de la Administración del Estado a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor. Finalmente, con la variación de la estructura orgánica del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social, el área de Secretaria Técnica acabó asumiendo la gestión de los programas de protección de la mujer y el asesoramiento e información a las mujeres.

fecha 22 de diciembre de 1952, pp. 6271-6275. Esta Ley se componía de cinco capítulos con la finalidad de que el Patronato obtuviese personalidad jurídica y patrimonial, dotándola de los necesarios poderes respecto a la situación jurídica de las personas tuteladas, creando un instrumento eficaz para llevar a cabo su política de moralización de las buenas costumbres públicas, evitando con ello el irreparable estrago social que trae consigo su disolución y dejando de lado las atribuciones que por razón de su orden les correspondían a las Autoridades gubernativas y a las que le atribuían vía jurisdiccional a los Tribunales.

⁸⁹ Por medio del mencionado Decreto se prohibieron las mancebías y casas de tolerancia y se declaró tráfico ilícito la prostitución. Desaparece la falta consistente en infringir las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución, todo ello en aras del más inmediato tratamiento y represión de la explotación inmoral de la mujer. Entre sus fines intensificó la acción y el incremento de los medios tendentes a la regeneración, reeducación y readaptación a la sociedad de las mujeres explotadas y la preservación de las que pudieran encontrarse en peligro, así como la actuación de índole sanitaria. BOE núm. 70, de 10 de marzo de 1956, p. 1611.

⁹⁰ La Orden de 23 de abril de 1956 señalaba en su artículo 1 que el Patronato de Protección a la Mujer ejercía una misión de tutela y reeducación de sus protegidas y para ello las Juntas Provinciales del Patronato colaborarían con la Dirección General de Seguridad y con los gobernadores civiles para el eficaz cumplimiento de su cometido. En su artículo 8 establecía que el Patronato podía internar en sus establecimientos a mujeres de conducta dudosa proporcionando a sus protegidas asistencia médica y farmacéutica. BOE núm. 116, de fecha 25 de abril de 1956, p. 2710.

Con el fin de favorecer tal labor se dictaron una serie de Reales Órdenes. Como más significativa destacó la Real Orden de 10 de febrero de 1903⁹¹, a la que se dotó de personalidad jurídica suficiente para desarrollar las funciones encomendadas para reprimir en sus distintas manifestaciones la trata de mujeres, sobre todo menores de edad, en la que establecía textualmente, *“deben ser protegidas hasta contra sus males aconsejadas determinaciones”*.

Igualmente, ese mismo año, con el fin de evitar que se propagase este problema, se emitió una Circular dirigida a los gobernadores provinciales, en la que solicitaban la comunicación al Patronato de cuantas resoluciones se adoptasen para evitar el tráfico ilícito de mujeres, inspección de casas de mal vivir, eliminación de puertas y cancelas o cualquier otro medio que pudieran coartar la libertad de las mujeres que en ellas habitaban. O como por ejemplo, las que se dictaron el 31 de enero y 7 de abril de 1905⁹².

Tras varios meses, el 18 de julio de ese mismo período, se emitió la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, con el objetivo de realizar un llamamiento sobre el problema de la trata, alentando a los órganos judiciales, en especial a las Audiencias, a la represión de dicho tráfico. Para ello, la propia Circular exponía los elementos esenciales que componen la trata de blancas. En este sentido, partiendo de la base de que la corrupción femenina era considerada impune, lo que se perseguía era la explotación del vicio por otros y

⁹¹ BOE núm. 53, de 22 de febrero de 1903, p. 742.

⁹² Vid., DE LEÓN VILLALBA, JF.: *Tráfico de personas...*, cit., p. 209.

el descaro o atrevimiento con que se exhibía o no el libertinaje en sí mismo. Para su castigo se requería la participación de terceras personas o la adopción de formas que ofendiesen el pudor, la moral o las buenas costumbres. Todo ello teniendo en cuenta la edad de la mujer, y recordando que la mayoría de edad se fijaba en veintitrés años.

Sin embargo, en ese momento no existía precepto alguno para luchar contra el problema de la trata ni contra la prostitución adulta, tan sólo se castigaba la prostitución o corrupción de menores como ya se ha aludido en el estudio del Código penal de 1870. Para combatir esta prostitución o corrupción de menores, el legislador aplicaba instrumentos penales recogidos en los artículos 461⁹³, 500 y 459. Al respecto, los dos primeros se encargaban de reprimir el rapto de una doncella menor de edad, incluso con su consentimiento y de inducir para que la menor abandonase la casa de sus padres, tutores o encargados. El artículo 459, por su parte, castigaba al que con habitualidad o actuando con abuso de autoridad o confianza, promoviese o facilitase la prostitución o la corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otros, incluyendo algunas fórmulas tales como la adquisición de deudas o compromisos por períodos determinados que sometían a las mujeres a una situación de total dependencia.

Esta regulación representaba para muchos la negligencia de la actuación de la justicia en la persecución de la trata por

⁹³ Artículo 461 del CP de 1870: *“El rapto de una doncella menor de veintitrés años y mayor de doce años, ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio”.*

benevolencia de la prostitución⁹⁴ y ello porque esta norma amparaba solamente a jóvenes a quienes se corrompe o se prostituyen, pero no a las que, ya corrompidas o prostituidas, vivían a su gusto en el vicio, haciendo de él una profesión.

Por contra, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, aludida en líneas anteriores, se inclinaba por incluir en el ámbito del tipo aludido tanto al hecho de promover como al propio favorecimiento de ambas acciones. En este sentido, la Circular establecía que, lo que no podía concebirse era el hecho de que las encargadas o dueñas de una casa destinada a la prostitución desconocieran la condición de una menor (23 años) que de forma habitual se dedicaba a ejercer la prostitución, ya que, siempre que algún tercero interviniese en la corrupción o prostitución de una menor, cualquiera que fuera el grado en el que la favoreciera y el sitio en que se realizase, se estaría en el caso establecido en el precepto 459 CP, en el que se exigía como circunstancias precisas la habitualidad o el abuso de autoridad o el de confianza en quienes promovieran o facilitaran tal ilícito. Por tanto, no se podía entender que la prostitución o la corrupción de una mujer se obtuvieran para satisfacer deseos ajenos, sin que mediase autoridad o gran confianza entre corruptor y corrompida o sin que el primero ejecutase tales acciones de forma habitual.

⁹⁴ Fue la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1903 la que aludía a esa negligente actuación. *Vid.*, DE LEÓN VILLALBA, JF.: *Tráfico de personas...*, *cit.*, p. 206.

Finalmente, la referida Circular añadía un elemento más a tener en cuenta por los fiscales, donde el tipo se integraba y consumaba con el mero intento de la corrupción o prostitución por los medios adecuados⁹⁵, ya que lo que se castigaba era promoverla o facilitarla.

Esa modificación acabó tipificando como delito todo acto de mediación para la prostitución de una persona menor de edad. Se suprimió el requisito de habitualidad exigido hasta la fecha. El objetivo era que los ciudadanos de esa época, mayoritariamente católicos, dedicasen mayor atención a los problemas referentes a la pública moralidad, apartando el dominio de la moral católica y la relativa permisividad respecto de la práctica de la prostitución.

La culminación de tan laborioso trabajo, desembocó en la reforma del Código penal de 1870 por la que se aprobó la Ley de 21 de julio de 1904⁹⁶, introduciendo como novedad criterios punitivos a los actos de cooperación y protección de la prostitución de adultos⁹⁷, en la que se modificaron los artículos 456, 459 y 466 del CP, transformando la cuestión en relación con las personas mayores, concretamente en su artículo 456⁹⁸, en sus dos últimos apartados.

⁹⁵ Así se desprende de la STS de 29 de marzo de 1987, donde se configuraba como un delito de mera actividad en el que la consecución del fin era independiente de la promoción que realizaba el sujeto.

⁹⁶ Ley de 24 de julio de 1904, BOE núm. 206 de 24 de julio de 1904, pp. 279-280, por el que se modifican los artículos 456, 459, 466 del Código penal y 688 y 732 del Código civil.

⁹⁷ Ya que ni el Código de 1850 ni el de 1870 contenían precepto alguno contra la trata.

⁹⁸ Art. 456 de la Ley de 21 de julio de 1904: (...) "3º.- *Los que, por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de superioridad u otro medio coactivo, determinen a*

Conforme este precepto, ambas conductas eran perseguibles incluso en el extranjero. En términos idénticos sucedía con la modificación del artículo 459 en su apartado 2º⁹⁹, respecto de los menores. Esta reforma castigaba con mayor severidad la corrupción y la prostitución de mujeres.

Sin embargo, como consecuencia de la expansión de estas actividades delictivas dedicadas al tráfico ilícito de mujeres, se aprobó la Ley de 21 de diciembre de 1907¹⁰⁰ con el objetivo de establecer cierto control al traspasar las fronteras. En este sentido, en el Capítulo 1º “*De la emigración y de los emigrantes*”, en su artículo 5 establecía textualmente que, “*La mujer casada necesitará para emigrar la previa autorización de su marido. Las menores de edad podrán emigrar si sus padres, tutores o guardadores les otorgan el correspondiente permiso. Las solteras menores de veintitrés años no sujetas a patria potestad, tutela o guarda de personas que legalmente les representen, no podrán emigrar cuando, por no ir acompañadas de sus padres, parientes o personas*

persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otro, a no ser que al hecho corresponda sanción más grave con arreglo a este Código.

4º.- Los que, por los medios indicados en el número anterior, retuvieran contra su voluntad en prostitución a una persona, obligándola a cualquier tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de deudas contraídas, a no ser que sea aplicable al hecho lo dispuesto en los artículos 495 y 496”.

⁹⁹ Art. 459, apartado 2 de la Ley de 21 de julio de 1904:

(...) “2º.- El que, para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de los menores de edad, aun cuando con su voluntad se cuente, y el que, mediante promesas o pactos, la indujere a dedicarse a la prostitución, tanto en territorio español como para conducirlo con el mismo fin al extranjero. Se impondrá pena inmediatamente superior en un grado a los culpables señalados en el artículo 456”.

¹⁰⁰ BOE núm. 356, de 22 de diciembre de 1907, pp. 1085-1088.

respetables, se sospeche fundadamente que pueden ser objeto de tráfico, que el Código Penal castiga. Las autorizaciones para emigrar a que se refiere este artículo se harán constar en la forma que determine el Reglamento, procurando la facultad de su otorgamiento”.

A raíz de esta ley, otras Reales Órdenes establecieron nuevas medidas con el fin de prevenir el tráfico¹⁰¹.

En el devenir de estas transformaciones, se constata que, a partir de la celebración en nuestro país del IV Congreso Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, en 1910, el tema comenzó a adquirir cierta relevancia, procediéndose a analizar a través de situaciones concretas, sistemas de prevención así como de punición en el ámbito mundial.

Sin embargo, ciertos autores llegan a poner en cuarentena la regulación sancionadora de la trata de blancas¹⁰². En concreto DE COSSIO, al defender que si nadie ejercía la acción pública para denunciar tales hechos, provocaba que se produjera el ilícito tráfico de mujeres y ello pese al conjunto de normas que de forma directa o indirecta regulaban el tema, tales como el artículo 456, la Ley de 13

¹⁰¹ Entre ellas destacó la RO de fecha de 16 de marzo de 1909 sobre espectáculos, en la que se añadieron nuevas medidas dirigidas a evitar explotación de artistas y camareras que prestaban sus servicios en teatros y espectáculos públicos, prohibiendo celebrar contratos a mujeres menores de diez y seis años. Aquellos que sin pasar los veintitrés quieran celebrar esos contratos serán los padres o tutores los legitimados a tal efecto. No podrán prestar ningún tipo de actividad laboral aquellas mujeres mayores de veintitrés inscritas en el registro especial de higiene.

¹⁰² Cita tomada por DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas...*, cit., 211.

de marzo de 1900¹⁰³ que prohibía el trabajo nocturno de niños menores de 14 años (artículo 4) y que las mujeres menores de edad trabajasen en ciertas industrias que pudieran herir su moralidad (artículo 6), o la Ley de 12 de agosto de 1904¹⁰⁴ que establecía la protección a la infancia, entendiendo como tales, a los menores de 10 años y cuya protección incluía la salud física y moral del niño, la vigilancia de los entregados a la lactancia mercenaria o acogidos en casa-cuna, escuela, taller, asilo, etc., así como cuanto directa o indirectamente pudiese referirse a la vida de esos niños durante ese período, aplicando a los infractores de la misma las penas tal y como se establecía en los artículos 3, 418, 424, 432, 501, 581 y 603 del CP, cuando incurriesen en la culpabilidad penada por estos preceptos.

Otros autores, entre ellos CONCEPCIÓN ARENAL, planteaban la cuestión sobre la base de qué efectos produciría en el porvenir saber que la trata de negros se ha extinguido, pero en cambio la de blancas era legal y lucrativa ya que esta se regulaba

¹⁰³ BOE núm. 73, de 14 de marzo de 1900, pp. 875 - 876.

¹⁰⁴ También llamada Ley Tolosa, en honor a un médico pediatra, del subinspector-jefe de la Inspección Médico-Escolar, del secretario del Tribunal Tutelar de Menores y de uno de los inspiradores de la Ley, D. Manuel Tolosa Latour. En opinión de este último, y pese a ser el artífice de esta Ley de Protección de la Infancia, mantiene opiniones contrapuestas, ya que responsabiliza a las madres de la infancia de sus hijos de las posibles enfermedades que desarrollen estos a futuro, ya que considera que estas se desarrollan durante la gestación, por descuidos evitables por parte de estas en los primeros años de vida infantil. *La prohibición de la infancia en Bizkaia a través de la revista Pro Infantia*, realizado por Hilario Murua Cartón y Paulí Dávila Balsera, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2963185.pdf>, fecha de última consulta el 15 de enero de 2019. BOE núm. 230, de 17 de agosto de 1904, pp. 589 - 590.

en la Sección de Higiene, que tiene a su cargo la policía de costumbres. Entendía este sector que se trataba de un elemento poderoso para pervertirlas, teniendo en cuenta la existencia de medios para intervenir el problema, la permanencia y el agravamiento con el transcurrir de los años¹⁰⁵.

En conclusión, a principios de este siglo, pese a los avances que se desarrollaron respecto del problema de trata, no existió una regulación específica en esta materia, centrando las reformas que se gestaron en tipificar la prostitución adulta, conducta que hasta la fecha no había sido motivo de reproche, lo que evidenciaba un cambio de orientación hacia la protección de las víctimas mayores de edad.

4.1.- El Código penal de 1928

4.1.1.- Marco histórico-social

El período entre 1923 y 1930 desde el punto de vista político se correspondió con una época marcada por la Dictadura de Primo de Rivera. Esta etapa se caracterizó por importantes consecuencias jurídicas, tales como la elaboración y promulgación de uno de los textos legislativos más importantes, el Código Penal de 1928; si bien, debe resaltarse que, desde la promulgación del Código penal

¹⁰⁵ ARENAL, C., *El pauperismo*, librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, tomo XIV, *passim*.

de 1870 y este último texto punitivo, la legislación penal no desarrolló modificación alguna.

El objetivo pretendido en la era de esta dictadura, pese a su espíritu antiliberal, era modernizar el Estado español y su derecho criminal¹⁰⁶, por lo que modificaron parcialmente el Código penal vigente de 1870 mediante numerosas disposiciones legales, continuando la mayoría de estas en vigor durante este período.

Por RO de 12 de marzo de 1926 se le encomendó a la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación la redacción en el período de seis meses de un proyecto de nueva edición del Código¹⁰⁷, en la que “*conservaran en lo posible la estructura del mismo*”, se refundieran en él las disposiciones legales modificativas y complementarias, a la par que se introdujeran las reformas convenientes en las cuestiones que la Real Orden enumeraba¹⁰⁸.

¹⁰⁶ COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, en *AHDE*, Tomo LXXXII, 2012, p. 563.

¹⁰⁷ Debido a que en aquella época no existía ni Constitución ni Asamblea Legislativa para modificar una norma con rango de Ley, se dejaba esa labor en manos de la Comisión general de Codificación. En este proyecto de nueva edición del Código se solicita expresamente que: “ (...) *se refundan todos los preceptos legales que han ido modificando, supliendo y adicionando los de aquel por diversas leyes especiales con las reformas que la experiencia haya aconsejado en éstas, aprovechando la ocasión para introducir otras reformas claramente indicadas, de no difícil aplicación, que reconocen el actual Código y le hagan adaptable al tiempo que vivimos, mientras con el reposo necesario se prepare, discuta y confeccione un nuevo Código tan científico como deba serlo (...)*”. *Vid.*, COBO DEL ROSAL, G., *El proceso de elaboración...*, *cit.*, p. 571.

¹⁰⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 53.

Sin embargo, esta Comisión culminó el encargo a principios del verano de 1927, no sin antes haber solicitado una prórroga.

En cuanto al procedimiento para su elaboración, se propuso una reforma completa del Código de 1870 a través de una disposición con rango de Real Orden, adoptando finalmente la vía de la refundición para realizar una nueva edición del Código penal.

El 7 de noviembre de 1927 el Ministro de Gracia y Justicia presentaba el Proyecto revisado por la Comisión permanente ante la Asamblea. El pleno de esta Asamblea Nacional dedicó cuatro Sesiones a discutir este Proyecto, siendo publicado en el Diario de Sesiones de la Asamblea Consultiva. Ello provocó que la opinión pública se manifestase por medio de la prensa, aunque debido al escaso tiempo se realizó de modo incompleto¹⁰⁹.

Revisada por el Gobierno para su definitiva entrada en vigor, tuvo, como en todo proyecto, defensores y detractores. En la línea defensora destacó CUELLO CALÓN, miembro de la Sección Tercera de la Comisión general de la Codificación. Afirmaba que *“el Proyecto se presenta como la propuesta de un verdadero nuevo Código penal y no como una mera reforma, a pesar de mantener intacta, según este, su estructura anterior”*¹¹⁰. Junto a este destacaron otros, como el juez BORONAT¹¹¹. En el lado de los

¹⁰⁹ Vid., COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración...”, *cit.*, p. 590.

¹¹⁰ CUELLO CALÓN, E., “El proyecto de Código penal español preparado por la Sección 3ª de la Comisión General de Codificación” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (152), Nº 3, Marzo de 1928, pp. 255-278.

¹¹¹ BORONAT, J., “El delito de estupro y la reforma del Código penal de 1928” en *Revista de los Tribunales y legislación Universal* (62), Góngora, Madrid, 1928, pp. 371-372.

detractores se encontraba JIMÉNEZ DE ASÚA, principal oponente¹¹². Abandonó formar parte de la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación, reclamando una reforma que no se limitara a ínfimos retoques, defendiendo la implantación de una Ley moderna que sacase a la legislación española del primitivismo. En defensa de esta postura se encontraba igualmente ANTÓN ONECA¹¹³.

Finalmente, tras un largo y complicado proceso de elaboración, este texto punitivo fue aprobado a través de un Real Decreto firmado por el Rey y por el Ministro de Gracia y Justicia, Galop Ponte Escartín, el 8 de septiembre de 1928.

El texto fue objeto de duras críticas por las modificaciones que establecía, ya que aumentó las circunstancias agravantes, introdujo nuevas figuras de delito y agravó las penas, a la vez que añadía a muchos delitos penas privativas de libertad y otras pecuniarias¹¹⁴ e introdujo dos instituciones nuevas de gran importancia. Por un lado, el desarrollo del principio de la sentencia indeterminada, es decir, la reclusión indefinida de los incorregibles y por otro lado, los bonos de cumplimiento de condena para los penados que se arrepintiesen.

¹¹² Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., pp. 53-54.

¹¹³ Este sentido ANTÓN ONECA denunciaba la falta de publicidad con la que se estaba procediendo a redactar el Proyecto, ofreciendo una profunda reflexión y defensa del debate parlamentario. Es una cita tomada del manual COBO DEL ROSAL, G., *El proceso de...*, cit., p. 592-593.

¹¹⁴ Vid., JIMÉNEZ DE ASUA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., p. 53.

Se constata que el Código que finalmente se promulgó fue el texto del proyecto pero con modificaciones.

La cuestión de las relaciones de este Código con la Constitución se resolvió dejando para una ley especial los delitos contra las Cortes, contra la forma de Gobierno y los cometidos por los particulares o por los funcionarios públicos en relación con los derechos y deberes reconocidos por la Constitución¹¹⁵.

4.1.2.- Marco normativo

El texto se estructuró de una manera muy extensa, de 1074 artículos se redujo a 858, frente a la tendencia simplificadora de las leyes penales dadas hasta el momento. Se agregaron numerosos preceptos de leyes especiales, se crearon nuevas instituciones que figuraban en todos los Códigos modernos, a la vez que conservaron multitud de disposiciones del Código viejo¹¹⁶ Constaba de un título preliminar dedicado a la ley penal y su esfera de aplicación y de tres libros con igual contenido al anterior Código¹¹⁷.

¹¹⁵ Vid., JIMÉNEZ DE ASUA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., p. 54.

¹¹⁶ OSORIO Y GALLARDO, A., *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 154, ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 49-61.

¹¹⁷ El primer libro denominado de la infracción criminal y de su represión, se dividía en cinco títulos en el que se regulaban aspectos generales. El libro segundo se ocupaba de los delitos y sus penas, dividido en quince títulos entre los que se encontraban los delitos contra la honestidad. El tercer libro, versaba sobre las faltas y sus penas, dividiéndose a su vez en nueve títulos, siendo en el cuarto donde

Los principios fundamentales que recogía este texto, de acuerdo con la Exposición del RD de 13 de septiembre de 1925 que lo promulgó, coordinaron los preceptos que respondían al principio de defensa social con aquellos que tienden principal y exclusivamente a obtener la corrección de los culpables y su rehabilitación¹¹⁸. A criterio de CUELLO CALÓN, *“el nuevo Código, en sus rasgos fundamentales, continuaba siendo, como el de 1870, un Código de marcado sabor clásico. En él la pena no había perdido el sentido de expiación y de acto de justicia que esta escuela le atribuye, por tanto, la determinación de su cuantía atendía sobre todo a modalidades y circunstancias provenientes, más que de la estimación de la personalidad del delincuente, de la apreciación objetiva del delito, en armonía todo ello con el principio de proporcionalidad entre delito y pena, que constituía uno de los fundamentos de la doctrina llamada clásica. Pero sobre en este fondo tradicional aparecían preceptos nacidos de las nuevas direcciones, sobre todo de las inspiradas en la defensa social, como la concesión de cierto arbitrio a los Tribunales en la imposición de las penas, la mayor apreciación que se hace, si bien aún tímidamente, de la persona del delincuente para la individualización de la pena, el desarrollo dado a las medidas de seguridad, especialmente a las creadas para los delincuentes habituales, vagos, alcoholizados y toxicómanos, la organización de las penas de*

regulaban las faltas contra la moralidad. Se adoptó una estructura que perduró hasta la Reforma de 2015. CUELLO CALÓN, E., *El nuevo código penal español (exposición y comentario)*, Libro primero, ed. Bosch, Barcelona, 1929, pp. 2-6.

¹¹⁸ Vid., JIMÉNEZ DE ASUA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., p. 55.

privación de libertad con una finalidad correccional y reformadora, la admisión de la cancelación de la inscripción de las condenas en los registros penales, basada en la buena conducta del condenado...”¹¹⁹.

En la Disposición Transitoria se establecía el ámbito territorial (artículo 855¹²⁰ con relación al 4º y 856) en las provincias

¹¹⁹ Vid., CUELLO CALÓN, E., *El nuevo código penal...*, cit., pp. 8-9.

¹²⁰ Art. 855 del CP de 1928: “ *En las provincias del Reino en que no existan aún Tribunales tutelares para niños y mientras estos organismos no se establezcan en ellas, se aplicarán las siguientes reglas:*

a).- *Están exentos de responsabilidad:*

1º.- *Los menores de nueve años. Cuando éstos ejecutaren un hecho calificado por la ley de delito o falta, serán entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos.*

2º.- *Los mayores de nueve años y menores de dieciséis, a no ser que hayan obrado con discernimiento. El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponer las penas o declararle irresponsables.*

b).- *Los menores comprendidos entre las expresadas edades, acusados por delitos o faltas cometidos en territorio al cual alcance la jurisdicción de algún Tribunal tutelar para niños, no podrán ser sometidos a otros procedimientos ni sanciones que los autorizados por la ley y Reglamento reguladores de dichos Tribunales tutelares.*

c).- *Cuando al lugar donde se cometió el delito o falta no alcance la jurisdicción de ningún Tribunal tutelar para niños, el mayor de nueve años y menor de dieciséis responsable de la infracción, será juzgado conforme a los preceptos de la ley de Enjuiciamiento criminal y le serán aplicados los del Código o de la ley penal que corresponda; pero durante el proceso no sufrirá en ningún caso prisión preventiva en los establecimientos destinados a este fin, si bien el Juez instructor podrá acordar su reclusión provisional en asilos o establecimientos destinados al cuidado de la infancia, cuya designación facilitarán los Alcaldes, a cargo de los Ayuntamientos respectivos; y cuando recaiga sentencia condenatoria, el Tribunal sentenciador otorgará siempre el beneficio de suspensión de condena por un año, transcurrido el cual sin que el reo haya delinquido de nuevo, se considerará remitida la condena. La suspensión de condena se otorgará a los menores de dieciséis años, aunque tuvieran pendientes otras, y el fallo o fallos en suspenso sólo serán ejecutados cuando el reo*

delinquiera de nuevo después de cumplir los dieciséis años y corriendo el plazo de suspensión.

Durante el período de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador podrá someter a estos menores, en lo posible, a las medidas protectoras contenidas en la legislación reguladora de los Tribunales tutelares para niños.

d).- En ningún caso se estimará la circunstancia agravante de reincidencia cuando el reo haya delinquido antes de cumplir los dieciséis años; y nunca podrá ser apreciada como determinante de la reincidencia, cuando se trate de reos mayores de dieciséis años, las condenas, que les hayan sido impuestas por delitos cometidos antes de cumplir dicha edad.

e).- Las condenas por delitos cometidos antes de cumplir dieciséis años no impedirán la concesión a los reos a quienes les hubieren sido otorgados los beneficios de la suspensión de la condena, la primera vez que sean condenados por delito cometido después de cumplir dicha edad.

f).- Los Jueces y Tribunales no remitirán al Registro central de antecedentes penales para su inscripción, testimonio de las condenas impuestas por delitos cometidos cuando los reos no hubieran cumplido dieciséis años de edad.

Cuando los encargados del Registro central de antecedentes penales hayan de certificar los relativos a cualquier persona, no lo harán nunca de las condenas impuestas por delitos cometidos siendo menor de dieciséis años la persona de cuyos antecedentes se certifique.

La inscripción de las condenas impuestas a quienes sean menores de dieciséis años en los Registros de cada Juzgado o Tribunal, no entrañará otro alcance que el de hacer constar todos los datos de la causa necesarios para conocer las circunstancias de ésta y para la ejecución del fallo recaído; pero los encargados de dichos Registros no certificarán nunca de tales inscripciones, y, si lo hicieran, aparte de la responsabilidad en que incurran, las certificaciones expedidas no producirán efecto alguno.

g).- En los delitos cometidos por los menores de nueve años y mayores de estas edades y menores de dieciséis, la exención de responsabilidad criminal no será extensiva a la civil.

En estos casos será responsables civilmente de los hechos ejecutados por el irresponsable los que le tengan bajo su potestad o guarda legal, a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia.

No habiendo persona que le tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderá con sus bienes el mismo menor, en la forma y con las limitaciones relativas a la congrua alimenticia establecida por las leyes civiles”.

del Reino en las que no existían los Tribunales tutelares para niños aplicando una serie de reglas determinadas en función de la edad de los menores que hubieran sido condenados por algún delito o falta, con exención de responsabilidad criminal, para los menores de nueve años. Estos eran entregados a su familia con obligación de vigilarlos y educarlos y aquellos que fueran mayores de nueve años y menores de dieciséis, con la excepción de que hayan obrado con perspicacia, ya que en este caso el Tribunal sentenciador fijaría las penas. Dicha exención de responsabilidad criminal no se hacía extensiva a la civil. Para los supuestos en que los menores ostentasen las edades anteriormente referenciadas, en cuyo territorio tuviera alcance la jurisdicción de algún Tribunal tutelar para niños, estos no podrían ser sometidos a otros procedimientos ni sanciones. Sin embargo, para aquellos mayores de nueve y menores de dieciséis que no alcanzasen la jurisdicción de ningún Tribunal tutelar de niños, les serían aplicados los preceptos del Código o de la Ley penal que correspondiera, no estableciéndose en ningún caso prisión preventiva en los establecimientos destinados a tal fin y ordenándose su reclusión en asilos o establecimientos destinados a la infancia. En el supuesto de que recayese condena, el Tribunal sentenciador otorgaría siempre el beneficio de la suspensión de la condena por tiempo de un año, pudiendo someterlos a medidas protectoras. El artículo 858¹²¹ establecía dos límites: por un lado, todas las leyes penales incorporadas al Código

¹²¹ Art. 858 del CP de 1928: “*Queda derogado el Código penal de 1870 en todas sus partes salvo lo dispuesto en el art. 856. Asimismo se derogan todos los preceptos de carácter penal contenidos en las leyes especiales que se hayan incorporado a esta Código, quedando subsistentes en lo demás dichas leyes en cuanto no contradigan o se opongan a lo que en éste se previene*”.

se derogaban con la vigencia de éste; y por otro, el resto de estas seguirían en vigor, siendo supletorio de las mismas este Cuerpo orgánico, tal y como establecía el artículo 4¹²².

Atendiendo a la materia objeto de la presente investigación, se puede afirmar que la Dictadura de Primo de Rivera con el Código penal de 1928 adoptó un criterio todavía más paternalista que el anterior en materia sexual, incorporando a la ley criterios de fuerte contenido moral.

4.1.3.- Aproximación a los delitos de prostitución

Así pues, los delitos contra la honestidad se regulaban en este Texto punitivo dentro del Título X dividido a su vez en siete capítulos, comprendiendo desde el artículo 598 al 623 ambos inclusive, dejando para el Título XV los que corresponden a las víctimas menores de edad (18 años).

Llama la atención el cambio de actitud en el legislador cuando regula en el primer capítulo los delitos de violación y abusos deshonestos (artículos 598, 599 y 600), ya que en su antecesor se tipifica el adulterio. La causa derivaba en que estas conductas atentaban a la moral y a las buenas costumbres, produciendo laxitud de la institución tradicional de la familia, considerada la base de la

¹²² Art. 4 del CP de 1928: (...) "4º.- *Los delitos y faltas previstos en leyes especiales se regirán por ellas. Este Código será supletorio de las mismas mientras en dichas leyes no se disponga lo contrario*". Vid., JIMÉNEZ DE ASUA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., pp. 57-58.

organización social. Se establecía el pudor como la salvaguarda de la vida honesta, llegando incluso a castigar la violación de las mujeres dedicadas a la prostitución, denominador común para los delitos contra el decoro, la compostura y la castidad, motivo por el cual, los demás delitos de esta envergadura se consideraban atentatorios para la libertad y la honestidad. *“Sólo puede considerarse como delito contra la libertad cuando la ofendida es una mujer que fomenta habitualmente el vicio y la lujuria, a la que no corresponde el atributo que a las mujeres honradas”*¹²³.

Se introdujo como novedad el Capítulo III, estableciéndose por primera vez dentro de los delitos contra la honestidad, *“los delitos relativos a la prostitución”* desde el artículo 608¹²⁴ al 610 ambos inclusive, incriminando, entre otras conductas las siguientes:

¹²³ JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el 1870*, Vol. II, Salamanca, 1929, p. 255.

¹²⁴ Art. 608 del CP de 1928: *“Será castigados con la pena de cuatro meses a cuatro años de reclusión y multa de 2.000 a 10.000 pesetas, inhabilitación especial de seis a veinte años para cargos públicos y derechos políticos e incapacitación por el mismo tiempo para el ejercicio del derecho de tutela y del de pertenecer al consejo de familia:*

1º.- *Los que cooperen o protejan públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir,*

2º.- *Los que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo, determinen a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra, a no ser que al hecho corresponda sanción más grave con arreglo a este Código.*

3º.- *Los que por los medios indicados en el número anterior retuvieran contra su voluntad en prostitución a una persona obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de deudas*

a).- La de quienes cooperaren o protegieran públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando de los beneficios de este tráfico, o haciendo de él un modo de vida.

b).- La de quienes por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo, determinaran a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra.

c).- La de quienes por los mismos medios retuvieran contra su voluntad en prostitución a una persona obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral.

d).- O la de quienes, por los mismos medios, reclutasen o indujeran a dedicarse a la prostitución a mayores de edad.

Así pues, el artículo 608 se redactó para intentar reprimir estas conductas, cuando las disposiciones no eran suficientes, sin perjuicio de las medidas preventivas y de policía que desde hace

contraídas, a no ser que sea aplicable al hecho lo dispuesto en los artículos 664 y 665 de este Código.

4º.- El que por los medios expresados en el número segundo reclute o induzca a dedicarse a la prostitución a personas mayores de edad.

Los responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los números anteriores, que fueran de las personas señaladas en el párrafo primero del artículo 615, incurrirán en la pena de prisión de seis meses a seis años y multa de 2.000 a 10.000 pesetas.

Serán aplicables totalmente las sanciones de este artículo a los delitos en él previstos, aun cuando alguno de los hechos que los constituyan se ejecuten en país extranjero.

En este caso no se castigarán en España cuando el culpable acredite haber sido penado por los ejecutados en el reino y cumplido la condena".

tiempo se observaban. De esta manera se castigaba a los profesionales del tráfico inmoral (núm. 1º); a los que con malas artes impulsaban a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra, o retenían en la prostitución, contra su voluntad a una persona, a no ser que el hecho mereciera la calificación de detención ilegal (núm. 2º y 3º); y la recluta de mayores de edad, aunque se produjera fuera de España. En este caso si el culpable acreditase haber sido penado por los ejecutados en el Reino y hubiere cumplido la condena se le eximía de castigo.

Con la reforma de la Ley 1904 se agravó la penalidad, incluyendo en la sanción más grave a los agentes de la autoridad y describiendo de forma más exhaustiva diversas formas de cooperación al delito, e incluso introduciendo como nueva pena la de inhabilitación para el ejercicio de los cargos de tutela y pérdida de la patria potestad y de la autoridad marital sobre el menor. Esta circunstancia de inhabilitación se encontraba fuera del artículo 87 ya que carecía de sentido incluirla dentro de la inhabilitación especial de cargo público, teniendo un carácter eminentemente civil de las instituciones tutelar y matrimonial¹²⁵.

Del mismo modo, el artículo 609¹²⁶, tipificaba determinadas conductas relacionadas con la prostitución o corrupción de persona

¹²⁵ Vid., JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal...*, cit., p. 264.

¹²⁶ Art. 609 del CP de 1928: *“Incurrirán en la pena de reclusión de cuatro meses a cuatro años e inhabilitación especial para cargo público de seis a veinte años para el que fuere Autoridad pública o Agente de ésta, y multa de 1.000 a 25.000 pesetas:*

1º.- El que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona mayor de dieciocho y menor de veintitrés años.

mayor de dieciocho y menor de veintitrés años¹²⁷. De la transcripción literal de este precepto, se observa que se exigía la habitualidad en la regulación del núm. 1º. No así en el núm. 2º, entendiéndose que se cometía el delito de prostitución, no sólo cuando una persona de modo habitual promoviera, favoreciera o facilitara la prostitución o corrupción de un menor de veintitrés años y mayor de dieciocho, sino también cuando para satisfacer los deseos de un tercero con

2º.- *El que para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de jóvenes de la edad mencionada, aun contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos le indujere a dedicarse a la prostitución tanto en territorio español como para conducirlo con el mismo fin al extranjero. Se impondrá pena inmediatamente superior en grado a los culpables señalados en el 615.*

3º.- *El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de los jóvenes antes mencionados en casa o lugares de vicio.*

A los delitos previstos en este artículo será aplicable en su caso lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo anterior.

La persona bajo cuya potestad legal estuviere un joven de los antes mencionados, y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio no le recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio y no le ponga en su guarda o a disposición de tal Autoridad, si careciere de medios para su custodia, incurrirá en las penas de prisión de dos meses y un día a seis e inhabilitación especial de seis meses a seis años de cargos de tutela y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad”.

¹²⁷ El CP de 1928 incriminaba de forma independiente en su Título XV, Capítulo IV, en los delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores, en sus artículos 777 y siguientes, determinados delitos relacionados con la prostitución y corrupción de menores. Manteniendo la infracción de las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución, como falta contra los intereses generales y régimen de poblaciones, en el artículo 809.1º. ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista Penal La Ley*, 2007, pp. 3-20.

propósitos deshonestos se facilitasen medios a una menor para dedicarse a la prostitución, aunque no se realizase de forma habitual. Incurrían también en este mismo delito el que meramente ayudase, independientemente del pretexto o motivo, a la continuación en ese estado de una menor en casa o lugares de vicio¹²⁸.

El Capítulo V, al igual que los Códigos penales que le preceden, establecía disposiciones comunes a los capítulos anteriores, regulados en los artículos 613 al 615 ambos inclusive¹²⁹.

¹²⁸ En este sentido resulta ilustrativa la STS 1048/1921 de la Sala Segunda, de 18 de marzo, Recurso de Casación, Ponente Francisco Pampillon, FD único, RTS 1048/1921, considerando el Tribunal los hechos establecidos como ciertos, ya que según declara el Jurado, *“la procesada promovió y facilitó la prostitución de su sobrina, menor de edad, llevándola a casas de citas para que tuviera con hombres trato deshonesto, obligándola, además a realizarlo en el domicilio de la propia..., quién valiéndose también de esos medios ilícitos lograba lucrarse, deduciéndose de la repetición de tan repugnante tráfico su habitualidad en el mismo...”*, o la STS 784/1925 de la Sala Segunda, de 18 de marzo, Recurso de Casación núm. 76, Ponente Benito Salgues y Álvarez,, FD único, RTS 784/1925. También en JARAMILLO GARCIA, A., *Novísimo Código Penal...*, cit., p. 265.

¹²⁹ Art. 614 del CP de 1928: *“En todos los casos de delitos comprendidos en este título que no pueden ser perseguidos de oficio, el perdón expreso o presunto de la parte ofendida extinguirá la acción penal o la pena, si ésta se hubiere ya impuesto al culpable.*

Cuando los sometidos al proceso fueren descendientes, hermanos, guardadores legales o encargados en cualquier concepto de la custodia de la ofendida, maestros o personas que hubieren cometido el delito con abuso de autoridad, cargo o confianza , el perdón no producirá efecto hasta que sea aprobado por el Tribunal que conozca o deba conocer de la causa.

El perdón sólo se presume por el matrimonio de la ofendida con el ofensor”.

Art. 615 del CP de 1928: *“Los ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera otras personas que con abuso de autoridad, cargo o confianza cooperen a la perpetración de los delitos comprendidos en los capítulos precedentes, serán penados como autores.*

Este Capítulo presenta novedades respecto del anterior Código en cuanto a la forma de proceder para interponer una denuncia, querrela o actuación de oficio respecto de los delitos de violación, abusos deshonestos, adulterio, raptó y amancebamiento. Sin embargo, sigue sin determinar quién era el competente para denunciar los delitos contra la prostitución así como los de corrupción de menores. Respecto del perdón de la parte ofendida en los delitos de prostitución y corrupción de menores se extinguía la pena aunque se hubiera interpuesto condena al culpable cuando se hubiese otorgado el perdón, tanto si era tácito como expreso. Sin embargo, cuando el presunto culpable fuera alguno de los mencionados en el párrafo segundo del artículo 614, el perdón de la parte ofendida no extinguiría la acción penal si el Tribunal competente no aprobaba este perdón, continuando el procedimiento los trámites hasta lograrse la correspondiente sentencia.

Los maestros o encargados en cualquier forma de la educación o dirección de la juventud, serán condenados, además, a la pena de tres a doce años de inhabilitación especial.

Los ascendientes que cometan delitos de violación, incesto, abusos deshonestos, estupro, raptó, o corrupción de menores, o cooperen como cómplices a su perpetración, respecto de sus descendientes, serán privados de la patria potestad y del derecho de pertenecer al Consejo de familia e inhabilitados para el ejercicio de los cargos de tutor y protutor, con sujeción a los preceptos del Código civil.

Los tutores y protutores que cometan los mismos delitos respecto de las personas sometidas a su guarda y custodia, serán privados de ejercer dichos cargos y de formar parte del Consejo de familia aun en caso de perdón.

Los autores o cómplices, cualesquiera que sean, de los expresados delitos, quedarán, además, inhabilitados para ejercer cargos de enseñanza pública y privada por tiempo de tres a doce años, cuando no haya otras disposiciones legales especiales sobre la materia”.

Finalmente, el artículo 615 establecía en los supuestos de corrupción de menores la misma pena para los autores que para aquellos ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera otras personas que cooperasen en la perpetración de estos delitos cuando se producía con abuso de autoridad, cargo o confianza. De igual forma condenaba a los ascendientes, independientemente de que fueran autores o cómplices, castigándolos con la privación de la patria potestad y del derecho de pertenecer al Consejo de Familia e inhabilitarlos para el ejercicio de cargos de tutor y protutor con sujeción a los preceptos del Código civil y para ejercer cargos de enseñanza pública y privada por tiempo de 3 a 12 años, cuando no se aplicasen otras disposiciones legales especiales sobre la materia.

Este texto punitivo, al igual que hacen sus antecesores, tipificaba como autor de una falta a aquella persona que infringiese las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución, imponiéndole una multa pecuniaria que oscilaban de 50 a 500 pesetas cuando la conducta no estuviera sancionada como delito¹³⁰.

De lo expuesto, se constata que en este cuerpo legal no existió regulación específica encargada de sancionar la trata de seres humanos.

¹³⁰ Art. 809 del CP de 1928: "Serán castigados con la multa de 50 a 500 pesetas, si los hechos no están sancionados en el Libro II:

1º.- Los que infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución".

4.2.- El Código penal de 1932

4.2.1.- Marco histórico-social

La situación política que vive España durante esta época provocó la proclamación de la II República el 14 de abril de 1931 tras la dimisión del General Primo de Rivera en 1929 y aceptación del poder por el General Berenguer en 1930. Este último no consiguió restablecer la confianza perdida durante la Dictadura, buscando lograr la estabilidad constitucional y salvar la Monarquía debido a que, ciertos sectores conservadores habían perdido la confianza en la Institución, viéndola incapaz para emprender la revolución social que el país demandaba¹³¹.

Como consecuencia de la grave situación que atravesaba nuestro país, en 1930 se firmó el Pacto de San Sebastián. Dicho Pacto se gestó con diferentes personalidades republicanas, nacionalistas y antiguos políticos de la monarquía. Estos, respaldados por UGT y algunos militares, preparaban una insurrección republicana el 15 de diciembre del mismo año. Su resultado fue un fracaso y como consecuencia de ello, este comité revolucionario acabó encarcelado. Celebradas las Elecciones

¹³¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. "Código Penal de 1932" en *Códigos Penales Españoles: recopilación y concordancias*, ed. Akal, Madrid, 1987, p. 969.

Municipales de 12 de abril de 1931, fue la coalición de izquierdas la que consiguió alzarse con la victoria. Ello provocó que el pueblo saliese a la calle, por lo que una vez asumió la autoridad el General Sanjurjo del Comité Revolucionario, Alfonso XIII renunció al trono y se exilió. Finalmente se produjo el traspaso de poderes al nuevo gobierno que presidió Alcalá Zamora¹³².

Tras la proclamación de la República el 14 de abril de 1931, el Gobierno provisional derogó la vigencia del Código penal de 1928 y volvió a poner en vigor el texto punitivo de 1870 hasta que se publicase uno nuevo con el fin de dar una respuesta rápida a la realidad social del país. Se reformó en lo más esencial el anterior código de 1870. Como se analiza más adelante esta reforma se completó con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, encargada de recoger el estado peligroso y las medidas de seguridad que les son de aplicación¹³³.

Finalmente, este texto se promulgó el 5 de noviembre de 1932, comenzando a regir el 1 de diciembre del mismo año¹³⁴.

Pese a que el Gobierno de la época se mantuvo fuerte frente a los alzamientos, no llegaría a convencer ni a la burguesía, ni a los obreros, ni a los campesinos tras las derrotas continuas a partir de 1933. Todo ello derivó en la dimisión de Azaña. Alcalá Zamora,

¹³² Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. "Código Penal de...", *cit.*, p. 969.

¹³³ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. "Código Penal de...", *cit.*, p. 971.

¹³⁴ *Ibidem*.

como primer Presidente de la República encargó a Martínez Barrios la formación de un nuevo gobierno que disolvió las Cortes y convocó nuevas elecciones, dando la victoria de la derecha de la pequeña burguesía. Esa unión de la derecha en bloque, la CEDA, acabó determinando el triunfo y la ruptura de la coalición republicano-socialista con la abstención de los anarcosindicalistas¹³⁵.

Hasta el 6 de octubre de 1934 se formaron diversos gobiernos de coalición. A partir de la mencionada fecha, los socialistas, tras el anuncio de la constitución de un nuevo gobierno en el que tenían que figurar elementos de tilda derechistas, se alzaron apoyados por el Gobierno Autónomo de Cataluña.

Ante tal descontento social e inestabilidad política vivida en 1935, el 16 de febrero de 1936 se disolvieron las Cortes nuevamente por el Presidente de la República y se convocaron nuevas elecciones. Estas elecciones dieron como ganador al Frente Popular, provocando malestar entre la derecha y centro. Los problemas de la época sumados a los rumores de alzamiento militar y guerra civil provocaron el declive del Gobierno. El 13 de julio de 1936 fue asesinado Calvo Sotelo, motivo por el cual se adelantó la fecha de sublevación para el 18 de julio de 1936¹³⁶.

¹³⁵ *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. "Código Penal de...", *cit.*, p. 970.

¹³⁶ *Ibidem.*

4.2.2.- Marco normativo

El texto constaba de seiscientos artículos y conservaba idéntica estructura del derogado de 1870 y, al igual que este, constaba de tres libros¹³⁷. Dado que no era un nuevo código, tenía el mismo espíritu e idéntico plan que el de 1870. Se calificó por los legisladores de la época como un trabajo provisional con el objetivo de adoptar el CP de 1870 a las circunstancias presentes, mientras se trabajaba en la elaboración de un texto punitivo inspirado en modernas orientaciones¹³⁸.

¹³⁷ El Libro I contenía los principios generales en materia penal. El Libro II los delitos y sus penas. El Libro III las faltas y sanciones. Finalmente establecía una disposición final derogatoria de las leyes penales generales anteriores a su promulgación, dejando las relativas a los delitos no sujetos a las disposiciones del mismo y dos cláusulas relativas a la aplicación retroactiva del nuevo Código en aquellos casos en que favorezca a los reos y otra dirigida a sustituir, por la del Código común, la penalidad de las leyes penales especiales (es decir, muerte, cadena perpetua, etc.) cuando fueran aplicadas por la jurisdicción ordinaria. CUELLO CALÓN, E., *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, ed. Librería Bosch, Barcelona 1933, pp. 5- 6.

¹³⁸ Según declaró la Exposición de Motivos que precede al anteproyecto preparado en 1931 por la "Comisión jurídica asesora", razonaron las modificaciones llevadas a cabo clasificándolas en cuatro grupos: las impuestas por la nueva Constitución aprobada en diciembre de 1931; corrección de errores materiales de técnica del Código penal de 1870 e incorporación de Leyes complementarias; las tendentes a humanizar y dar elasticidad al Código y los casos de reforma excepcional.

4.2.3.-Aproximación a los delitos de prostitución

En este texto, y en lo que a la prostitución se refiere, en el Libro II en su Título X se regulaban los delitos contra la honestidad.

Como novedad respecto al anterior texto punitivo de 1870, el legislador de la época incluyó en el Capítulo II los delitos de escándalo público, recogiendo entre otros el ejercicio de la prostitución, concretamente en los artículos 433 al 436, ambos inclusive¹³⁹. El escándalo público, de acuerdo con la definición

¹³⁹ Art. 433 del CP de 1932: "Incurrirán en las penas de arresto mayor, multa de 500 a 5.000 pesetas e inhabilitación para cargos públicos:

1º.- Los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código.

2º.- Los que cooperen o protejan la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir.

3º.- Los que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo determinen a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra, a no ser que al hecho corresponda sanción más grave con arreglo a este Código.

4º.- Los que por los medios indicados en el número anterior retuvieren contra su voluntad en prostitución a una persona obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de deudas contraídas, a no ser que sea aplicable al hecho dispuesto en los arts. 474 y 475".

Art. 434 del CP de 1932: " Los responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los tres últimos números del artículo anterior que fueran personas señaladas en el artículo 445, incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, en vez de la de arresto mayor".

Art. 435 del CP de 1932: "Serán aplicables totalmente las sanciones del artículo 433 a los delitos en él previstos, aun cuando alguno de los hechos que les constituyan se ejecute en país extranjero.

utilizada en este texto, era la ofensa que el conocimiento de los hechos produce en el sentimiento de recato. Sin embargo, para que se condenase por este delito era imprescindible la llamada ofensa pública¹⁴⁰, incluyendo también aquellos actos ofensivos, de pudor y buenas costumbres que aunque no se ejecutasen con publicidad si la tenían en el momento de ser conocidos¹⁴¹. Incluían dentro de esta categoría los cánticos obscenos dirigidos a persona desde la calle¹⁴², que una mujer casada pasase la noche en un prostíbulo¹⁴³, aquella persona que exhibía sus partes sexuales a una mujer joven o a una niña¹⁴⁴, seducir a una niña con dinero para que exhibiera esta su cuerpo¹⁴⁵ o el supuesto de perseguir y lanzar al suelo a jóvenes al tiempo que le levantaban la ropa con tocamiento de sus órganos genitales en presencia de otras personas y con ánimo de venganza¹⁴⁶.

Pero en este caso no se castigarán en España cuando el culpable acredite haber sido penado por los ejecutados en la República y cumplido la condena “.

Artículo 436 del CP de 1932:” *Incurrirán en la pena de multa de 250 a 2.500 pesetas los que expusieren o proclamaren por medio de imprenta, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública*”. CUELLO CALÓN, E., *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932*, 2ª edición, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1933, pp. 249-251.

¹⁴⁰ En este sentido, la STS 1502/1903 de la Sala Segunda, de 14 de diciembre, Recurso de Casación núm. 176, Ponente Antonio Izquierdo, FD único establecía que “*para que pueda estimarse el delito del art. 466 CP, es condición necesaria que la ofensa al pudor y a las buenas costumbres que en el mismo se mencionan sea pública, porque de no tenerse ese carácter no produce el grave escándalo*”.

¹⁴¹ Así se pronuncia la STS de 8 de octubre de 1999.

¹⁴² Según la STS de 8 de julio de 1874.

¹⁴³ Por ejemplo la STS de 12 de enero de 1887.

¹⁴⁴ En este sentido se recoge en la STS de 30 de marzo de 1909.

¹⁴⁵ STS de 21 de diciembre de 1901.

¹⁴⁶ Supuesto que relata la STS de 30 de enero de 1918.

Fue la propia Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1906, la que estableció que el hecho de anunciar en prensa actos específicos para provocar aborto se considerase constitutivo de este delito¹⁴⁷.

El Capítulo III regulaba la corrupción de menores en el artículo 440¹⁴⁸. El referido precepto sancionaba la corrupción de menores, estableciendo en su apartado primero que incurría en este delito aquel que de forma habitual promoviera, favoreciera o

¹⁴⁷ Vid., CUELLO CALÓN, E., *Código Penal reformado...*, cit., p. 251.

¹⁴⁸ Art. 440 del CP de 1932: "Incurrirán en la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio, inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y multa de 500 a 5.000 pesetas:

1º.- El que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años.

2º.- El que para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de edad, aun contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos le indujere a dedicarse a la prostitución, tanto en territorio español como para conducirlo con el mismo fin al extranjero. Se impondrá pena inmediatamente superior en grado a los culpables señalados en el artículo 445.

3º.- El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores en casa o lugares de vicio.

A los delitos previstos en este artículo le será aplicable en su caso lo dispuesto en el artículo 435.

La persona bajo cuya potestad legal estuviere un menor, y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no le recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio y no le ponga en su guarda o a disposición de la autoridad, si careciere de medios para su custodia, incurrirá en las de arresto mayor e inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diera ocasión a su responsabilidad". Vid., CUELLO CALÓN, E., *Código penal reformado...*, cit., pp. 252-254.

facilitara su corrupción. En este sentido, el TS entendía que existía habitualidad en la persona que regentaba una casa de prostitución¹⁴⁹, e incluso condenó a una mujer que, pese a no dedicarse a la corrupción de menores de forma habitual, persuadía a una menor a prostituirse valiéndose de la confianza que la menor corrompida le había depositado. Este delito se entendía consumado en el momento una menor quedaba a disposición de otra para que se abusara de ella, aunque el abuso no llegase a producirse¹⁵⁰, aunque la menor no llegase a perder la virginidad, ya que el objeto de la condena se encontraba en las propuestas inmorales, bien fuera en casa de prostitución o bien en una casa de compromiso, puesto que ambas conductas tenían por objeto dedicarse a actos reprobables¹⁵¹.

En su 2º apartado se regulaba la inducción a la prostitución. Constituía delito proponer y aconsejar a una menor a ir a una casa de compromiso¹⁵², inducirla a vivir maritalmente con un hombre conduciéndola al domicilio de éste y tratando de llevarla después a una casa de prostitución¹⁵³, inducir de forma continua a una menor a que realizase actos inmorales con un hombre o el hecho de proporcionar casa y habitación en el domicilio del culpable a varias jóvenes para que realizasen actos carnales con distintas personas. El delito se consumaba con la mera inducción en el ánimo de las

¹⁴⁹ STS de 30 de enero de 1905.

¹⁵⁰ STS 29 de octubre de 1929.

¹⁵¹ STS 20 de noviembre de 1911.

¹⁵² STS de 5 de febrero de 1909.

¹⁵³ En este sentido la STS de 14 de noviembre de 1910.

menores para que se prestasen a satisfacer deseos deshonestos. No era necesaria la habitualidad para que existiese este delito.

El apartado 3º de este artículo establecía la cooperación a la continuación de las menores en lugares de vicio, siendo responsable la madre que consintiere que su hija ejerciera la prostitución beneficiándose de sus ganancias¹⁵⁴. Igualmente se imponía castigo a aquella persona que no impidiese la continuación del estado de corrupción de menores que se encontraba bajo su potestad.

El Capítulo V, al igual que en los anteriores textos punitivos a los que se ha hecho referencia, plasma disposiciones comunes a los capítulos anteriores de este Título¹⁵⁵. Seguía sin determinar

¹⁵⁴ Así la STS de 18 de febrero de 1908.

¹⁵⁵ Art. 445 del CP de 1932: "Los ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera personas que con abuso de autoridad o cargo cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes, serán penados como autores.

Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud serán además condenados a inhabilitación especial en su grado máximo".

Art. 446 del CP de 1932: "Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer a Consejo de familia.

La autoridad gubernativa podrá depositar en albergue especial o en otro lugar adecuado al menor de edad que hallare en estado de prostitución o corrupción deshonesto, si se encontrare en él, sea o no por su voluntad, con anuencia de sus padres, tutor o marido o careciese de ellos, o éstos le tuvieran en abandono y no se encargaran de su custodia.

La autoridad que acuerde el depósito, dará conocimiento de él a la judicial en el término de veinticuatro horas, para lo que a sus atribuciones corresponda.

El Ministerio Fiscal solicitará, y la autoridad judicial acordará en los casos expresados en el párrafo anterior, la suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar y el nombramiento de un protector del menor, que recaerá en persona individual o

quién era el competente para denunciar los delitos contra la prostitución así como los de corrupción de menores.

Al igual que el anterior código recogía en los supuestos de la corrupción de menores, consideraba autores de este delito a los ascendientes, tutores, maestros, etc., que cooperasen en la perpetración de estos (artículo 445), estableciendo la interdicción de los derechos de los corruptores. Plasmaba como novedad el depósito de los menores que han sido corrompidos y la suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar de los padres o tutores corrompidos. Para ello la autoridad gubernativa cuando conociera de algún caso de prostitución o corrupción de menores podía autorizar el internamiento de estos en un albergue especial o cualquier otro sitio especializado con el fin de proteger la integridad de los mismos, dando cuenta a la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas. El Ministerio Fiscal en estos casos solicitaba la suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar, decidiendo la autoridad judicial sobre tal medida, nombrándose para el menor un defensor judicial. Dicha medida se mantenía hasta que el menor cumpliera dieciocho años de edad o se le nombrase tutor por procedimiento ordinario (artículo 446).

colectiva que inspire confianza de ejercer funciones tutelares, de procurar la enmienda del menor y de apartarle del peligro de la liviandad o de perversión de costumbres, aunque para ello se requiera su permanencia en establecimiento destinado a tales fines.

El depósito y el protector cesarán cuando el protegido llegue a la mayor de edad o sea provisto de tutor por los medios ordinarios". Vid., CUELLO CALÓN, E., Código Penal reformado..., cit., pp. 257-260

En cuanto a las faltas, tan solo se hace una referencia en el artículo 572¹⁵⁶ en su apartado 2º, castigando a una pena pecuniaria de entre 5 y 100 pesetas y reprensión a los que infringieren las normas sanitarias de policía sobre prostitución.

Sin embargo, a mediados de 1933 con motivo de la existencia de prácticas ilegítimas que se escapan al control del Estado, unido a la profunda crisis económica durante los primeros años de la II República, el gobierno republicano-socialista aprobó el 4 de agosto de 1933 la Ley de Vagos y Maleantes¹⁵⁷ con el objetivo de localizar y clasificar a los agentes “peligrosos” de la sociedad. Así como establecía diversas medidas de control, seguridad y prevención dirigidas contra aquellos sectores marginales que cometiesen actividades ilegales o moralmente reprobables y que no estuvieran clasificadas como delitos, es decir, acciones que no eran tipificadas como ilegales (la mendicidad) o que se penaban como simples faltas (los hurtos, que debido a su reincidencia pasan a ser delitos). Dicha norma establecía una clasificación de delincuentes, en la que algunas categorías de “peligrosos” quedaban definidos, encontrándose entre ellos los proxenetas¹⁵⁸. Las medidas de

¹⁵⁶ Art. 572 del CP de 1932: “Serán castigados con una multa de 5 a 100 pesetas y reprensión:

2º.- *Los que infringieren las disposiciones sanitarias de Policía sobre prostitución”.*

¹⁵⁷ *Control y exclusión social: La Ley de Vagos y Maleantes en el primer Franquismo*, disponible en <http://www.ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/28/93/08heredia.pdf>, fecha última consulta el 22 de enero de 2019.

¹⁵⁸ Art. 2º de la Ley de Vagos y Maleantes: “*Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley:*

Segundo.- Los rufianes y los proxenetas...”.

seguridad se revestían de un cierto humanitarismo al afirmar que la pretensión de la ley era apartar de la sociedad a los “vagos y maleantes” para proceder a su rehabilitación, para convertirlos en personas útiles, laboriosas y respetuosas con las leyes.

Sin embargo, pese a que dicha Ley buscó unas medidas de seguridad¹⁵⁹, España en esta época carecía de establecimientos adecuados para la rehabilitación de este tipo de sujetos, ya que no existían colonias agrícolas, casas de templanza o de custodia, motivo por el cual todas estas personas eran recluidas en prisiones, aunque apartados de la otra población reclusa.

Al finalizar la guerra civil española se observó un aumento de procesados y detenidos a través de dicha Ley, donde además de detener y procesar a reincidentes, rufianes, vagabundos, hurtadores, proxenetas o maleantes, durante el primer franquismo las nuevas autoridades incluyeron en la categoría de “sujetos maleantes” a los homosexuales, calificados como “invertidos sexuales”, “desviados”, “degenerados” o “parásitos” que proporcionaban un espectáculo

¹⁵⁹ Art. 6º de la Ley de Vagos y Maleantes: *“Las medidas de seguridad se aplicarán a las categorías de sujetos peligrosos, de la forma siguiente:*

2º.- A los rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes:

a).- Internado en una Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola.

b).- Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio.

c).- Sumisión a la vigilancia de Delegados”.

odioso y degradante. Dicha exclusión como expongo a continuación, tuvo su traducción legal a partir de la promulgación del Código Penal de 1944.

En conclusión el Código penal de 1932 se limita a tipificar de la prostitución y la corrupción de menores. No se tipificaba la figura del proxeneta ni la prostitución adulta.

4.3.- El Código penal de 1944, texto refundido de 1963 y reformas posteriores

4.3.1.- El Código penal de 1944

a).- Marco histórico-social

La situación política que padece España con la Guerra Civil, dio paso a una legislación penal especial, caracterizada por ser autoritaria y acorde a las nuevas tendencias. La reforma del Código penal de 1932 se pospuso hasta 1944, aprobándose por Decreto de 2 de diciembre de 1944, publicado el 13 de enero de 1945 entrando en vigor el 3 de febrero de 1945. Lo relevante del texto fue la absorción de la legislación penal para un Estado totalitario y de

fuerte y regresivo moralismo¹⁶⁰. Era un texto normativo de acuerdo con el Derecho penal autoritario implantado en Europa. Se restablece la pena de muerte, las penas son más severas y tendentes a una mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales, pero manteniéndose el principio de legalidad y la prohibición de analogía.

Sin embargo, el Código penal de 1944 no estuvo exento de sufrir reformas a lo largo de los años, publicándose un texto revisado en 1963 y otro refundido en 1973, así como modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático, previstas en los Pactos de la Moncloa y numerosa legislación en materia de terrorismo, que también afectó al Código penal.

b).-Aproximación a los delitos de prostitución

No obstante, en relación con el tema de esta investigación, se mantuvo la misma regulación que los anteriores textos punitivos. Es decir, se mantuvo la prostitución dentro de los delitos contra la honestidad. La materia se dividía entre el capítulo de los delitos de escándalo público y el capítulo del estupro y de la corrupción de menores.

¹⁶⁰ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 170.

Por tanto, se puede afirmar que, de acuerdo con lo expuesto los Códigos de 1928, 1932 y el texto refundido de 1944 coincidían en ampliar la respuesta penal a las conductas de terceros relacionadas con la corrupción o prostitución de menores y también a las relacionadas con la prostitución de mayores de edad, tanto si concurría un determinado desvalor de acción (violencia, amenaza, engaño, abuso autoridad, etc.) como siempre que se protegiera la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él un modo de vida¹⁶¹. La única distinción se encontraba en la redacción de los preceptos, ya que mientras el texto punitivo de 1932 desarrollaba la corrupción de menores en un solo articulado, el texto punitivo de la presente época (1944) lo trasladaba a dos preceptos de idéntico contenido al anterior¹⁶². Como novedad en este código y

¹⁶¹ Vid., ALONSO ÁLAMO, M., "¿Protección penal de...?", cit., pp. 171- 210.

¹⁶² Art. 438 del CP de 1944: "Incurrirán en las penas de prisión, inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad o agente de ésta, y multa de 1.000 a 5.000 pesetas:

1º.- *El que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años.*

2º.- *El que para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de veintitrés años aún contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos los indujere a dedicarse a la prostitución tanto en territorio español como para conducirlos con el mismo fin al extranjero.*

3º.- *El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o a la estancia de menores de veintitrés años en casa o lugares de vicio.*

Art. 439 del CP de 1944: "La persona bajo cuya potestad legal estuviera un menor, y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste por su permanencia o asistencia frecuente a casa o lugares de vicio, no lo recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no le ponga en su guarda o a disposición de la autoridad, si careciere de medios para la custodia, incurrirá en las penas de arresto

en sus disposiciones comunes se introdujeron los artículos 447 y 448¹⁶³, estableciendo las medidas de protección para las mujeres menores de veintitrés años y mayores de dieciséis cuando se encontrasen en estado de prostitución o estuvieran en riesgo de prostituirse y carecieran de medio lícito de subsistencia o de profesión u oficio habitual que no ofreciera peligro para su moralidad. Para instar tal medida ante la autoridad eran competentes el Patronato de Protección de la Mujer y cualquier otro organismo a quien se otorgase tales funciones.

En cuanto a este texto normativo se refiere, por último, sancionaba dentro del Título II de las faltas contra los intereses

mayor e inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad.

Iguales penas se impondrán a quien, en los casos a que se refiere el párrafo anterior, incurra en las omisiones en él castigadas, aunque no tenga potestad legal sobre el menor, si al tiempo del extravío de éste le tuviere en su domicilio y confiado a su guarda y ejerciera sobre él de hecho una autoridad familiar o ético social”.

¹⁶³ Art. 447 del CP de 1944: “Las medidas protectoras establecidas en este Capítulo comprenden a las mujeres menores de veintitrés años y mayores de dieciséis cuando se hallaren en estado de prostitución que carezcan de medio lícito y conocido de subsistencia, o de profesión o de oficio habitual, que por su carácter específico, no ofrezca peligro para su moralidad.

Para instar tales medidas ante la jurisdicción tendrá plena personalidad el Patronato de la Mujer o cualquier otro organismo a quien, por disposición de los Poderes públicos, se otorguen tales funciones”.

Art. 448 del CP de 1944: “Serán aplicables totalmente las sanciones establecidas en este Título para los delitos en él previstos, aun cuando alguno de los hechos que los constituyan se ejecuten en país extranjero.

Pero en este caso no se castigarán en España cuando el culpable acredite haber sido penado y cumplida la condena por los ejecutados en la nación”

generales y régimen de las poblaciones en su artículo 577¹⁶⁴, a los que infringían las disposiciones sanitarias de Policía sobre prostitución.

En definitiva, ese paso del sistema reglamentista que había imperado en España caracterizado por regular esos actos y el ejercicio de la prostitución, al sistema abolicionista, al que anteriormente se ha hecho referencia, fue la inmediata consecuencia de la adhesión de España al Convenio de Naciones Unidas sobre la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena en 1962¹⁶⁵. En el Preámbulo del mencionado Convenio, se declaraba que *“la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad (...)”*.

La adhesión de este Convenio, unida a la aprobación del Decreto-Ley de 3 de diciembre de 1956, constataba que en aquella época, la prostitución en si no constituía delito, pero incriminaba determinadas conductas de terceros relacionadas con la prostitución ajena. Dicho de otro modo, de la regulación alternativa de los códigos anteriores que castigaba las conductas de quienes cooperasen o protegieran la prostitución participando de los

¹⁶⁴ Art. 577 del CP de 1944: *“Serán castigados con multa de 5 a 250 pesetas y represión privada:*

2º.- Los que infringieren las disposiciones sanitarias de Policía sobre prostitución”.

¹⁶⁵ GUARDIOLA LAGO, M.J., *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español*, ed. Aranzadi, 207, Navarra, 2007, p. 73.

beneficios del tráfico o haciendo de él un modo de vida, se modificaba a una fusión de la alternativa consistente en vivir a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explotaban.

4.3.2.- El Código penal de 1963

Todo ello motivó que por Decreto 691/1963 de 28 de marzo se aprobase el texto revisado el 24 de enero de ese mismo año. Esta reforma no tuvo la envergadura que había tenido la de 1944, ya que no reformó nada en relación al orden político y represivo del Régimen, aunque si introdujo modificaciones significativas¹⁶⁶.

Dicha Ley se caracterizó porque reaparece en este “los delitos relativos a la prostitución”, concretamente en el Capítulo VII del Título IX, “de los delitos contra la honestidad”, ampliando el abanico de conductas merecedoras de pena mediante la introducción de actividades de recluta entre los comportamientos prohibidos por aquel precepto, quedando vacíos de contenido los artículos 438 y 439 que regulaban en su antecesor texto punitivo la corrupción de menores.

En este intervalo de tiempo entre la ratificación del texto revisado y el texto refundido, se sancionó la Ley 16/1970, de 4 de

¹⁶⁶ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 176.

agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, que derogó la Ley de Vagos y Maleantes. Esta disposición se basaba en un compendio de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos valorados como peligrosos e inspiradas en las orientaciones de la rama científica denominada "Defensa social", aplicadas a los cambios provocados en las estructuras sociales.

Con esta regulación se pretendía servir con medios eficaces a la plena reintegración tanto de hombres como de aquellas mujeres que, de forma voluntaria o no, hubieran quedado marginadas de una vida "normal"¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Era una reforma de adaptación orientada a la consecución de unos fines:

1º.-Corregir los defectos de la anterior Ley la cual sustituía el título de "Vagos y Maleantes" por el "Peligrosidad y Rehabilitación Social". Su compromiso fundamental era reeducar y rescatar al hombre para alcanzar una plena vida social.

2º.-Exigir y facilitar la adquisición de un buen conocimiento de la personalidad biopsicopatológica del presunto estado peligroso y su probabilidad de delinquir.

3º.-Eliminación de estados que eran considerados inútiles porque ofrecían dudas de suficiente peligrosidad.

4º.-Modificaba otros estados matizándolos; establecía nuevas categorías de estados de peligrosidad de acuerdo con las nuevas circunstancias sociales reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales con grave daño o riesgo para la comunidad.

5º.-Reducir duración del internamiento en establecimientos de custodia.

6º.-Expresar de forma más simple y precisa lo referente a organización jurisdiccional, competencia y procedimiento.

7º.-Creación de nuevos establecimientos especializados donde se cumplieren las medidas de seguridad, ampliando los anteriores con los nuevos para quienes ejercieran la prostitución y para los menores¹⁶⁷. Las medidas impuestas para los proxenetas en esta Ley se modificaron con respecto a la anterior norma. En este sentido, al proxeneta se le internará en un establecimiento de custodia o trabajo,

Atendiendo a la materia objeto de estudio, se analizan los preceptos a tener en cuenta:

En cuanto a la corrupción de menores, se dejó sin contenido dicho precepto por Decreto 168/1963 de 24 de enero que desarrolló la Ley 79/1961 de 23 de diciembre de Bases para la revisión parcial del Código penal, quedando dicho articulado refundido en el Capítulo VII de los “Delitos relativos a la prostitución”.

El Capítulo V seguía estableciendo las disposiciones comunes. En lo que a los reos de corrupción de menores se refiere se mantenía el artículo 446¹⁶⁸, estableciéndose una serie de

adecuado a las condiciones personales y en su caso incautación de dinero, así como que se les clausurará el establecimiento donde hayan tenido lugar estas actividades, manteniéndose la prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio.

Con esta Ley se ampliaba el concepto de supuestos de estado peligroso. Mientras que en la Ley de Vagos y Maleantes tan solo se nombraba a los proxenetas, con esta norma recogía a los que habitualmente ejerzan la prostitución.

Estos fines se recogían en la *Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social*, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1970..., fecha última consulta el 6 de febrero de 2019.

¹⁶⁸ Art. 446 del CP de 1963: *“Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero, serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer a Consejo de familia.*

La autoridad gubernativa podrá depositar en albergue especial o en otro lugar adecuado al menor de edad que hallare en estado de prostitución o corrupción deshonestas, si se encontrare en él, sea o no por su voluntad, con anuencia de sus padres, tutor o marido o careciere de ellos, o éstos le tuvieran en abandono y no se encargaren de su custodia.

La autoridad que acuerde el depósito dará conocimiento de él a la judicial en el término de veinticuatro horas, para lo que a sus atribuciones corresponda.

medidas tutelares y cautelares con el fin de proteger a los menores de veintitrés años¹⁶⁹ y mayores de dieciséis cuando se encontraban en estado de prostitución o corrían grave riesgo de prostituirse, siempre y cuando carecieran de medios para subsistir o de profesión u oficio habitual¹⁷⁰. Dicho precepto era entendido como una medida y no como una pena, por lo que cuando el reo era alguna de las personas que establece el artículo 445, es decir, los ascendientes, tutores, maestros o encargados de la educación o cualquier otra persona que realizase un delito de corrupción de menores de veintitrés años en interés de un tercero, además de las penas que

El Ministerio fiscal solicitará, y la autoridad judicial acordará en los casos expresados en el párrafo anterior, la suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar y el nombramiento de un protector del menor, que recaerá en persona individual o colectiva que inspire confianza de ejercer funciones tutelares, de procurar la enmienda del menor y de apartarle del peligro de liviandad o de perversión de costumbres, aunque para ello se requiera su permanencia en establecimiento destinado a tales fines.

El depósito y el protector cesarán cuando el protegido llegue a la mayor edad o sea provisto de tutor por los medios ordinarios”.

¹⁶⁹ Con la reforma del CP de 1983 se suprimió la interdicción civil de la escala general de penas, dejándose sin contenido el artículo 43, donde se precisaba entre otros la privación del derecho de tutela.

¹⁷⁰ Art. 447 del CP de 1963: “Las medidas protectoras establecidas en este Capítulo comprenden a las mujeres menores de veintitrés años y mayores de dieciséis, cuando se hallaren en estado de prostitución o corran grave riesgo de prostituirse, siempre que carezcan de medio lícito y conocido de subsistencia, o de profesión u oficio habitual que, por su carácter específico, no ofrezca peligro para su modalidad (Decreto-ley 3 de marzo de 1956, declarando tráfico ilícito la prostitución, 4º).

Para instar tales medidas ante la jurisdicción competente tendrá plena personalidad el Patronato de Protección a la Mujer (Ley 20 de diciembre de 1952, art. 3º) o cualquier otro organismo a quien por disposición de los Poderes Públicos, se otorguen tales funciones (Decreto-ley 3 de marzo de 1956, que declaró tráfico ilícito la prostitución, 4º)”.

correspondía imponer por el delito, se podía adoptar la medida de interdicción del derecho de tutela. Este precepto exigía a la Autoridad Gubernativa que comunicase a la entidad pública que en cada territorio tuviera encomendada la protección de menores así como al Ministerio Fiscal, cuando se conociera que los menores de veintitrés años se encontrasen en estado de prostitución o corrupción y concurrieran el resto de circunstancias que especificaba. Las medidas adoptadas sobre el menor cesaban al alcanzar la mayoría de edad.

Aun cuando alguna de estas conductas delictivas se ejecutase en país extranjero, el artículo 448¹⁷¹ establecía la posibilidad de que los tribunales españoles aplicasen las sanciones previstas para los delitos contenidas en el Título IX. Pero si el culpable acreditase que hubiera sido penado y hubiese cumplido condena, no podría ser castigado en España por los hechos realizados en la nación. Sin embargo, cuando el hecho llevado a cabo en España no revistiera entidad suficiente para constituir un delito previsto en el Título IX no se podría juzgar por los Tribunales españoles.

Respecto a lo anterior, el artículo 23.4.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, seguía un criterio más desarrollado, declarando

¹⁷¹ Art. 448 del CP de 1963: *“Serán aplicables totalmente las sanciones establecidas en este Título para los delitos en él previstos, aun cuando alguno de los hechos que los constituyan los ejecuten en país extranjero.*

Pero en este caso no se castigarán en España cuando el culpable acredite haber sido penado y cumplida la condena por los ejecutados en la Nación”.

competente a la jurisdicción española, para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.

El Capítulo VII del texto de 1963¹⁷², sancionaba los delitos relativos a la prostitución, comprendiendo el artículo 452 bis¹⁷³ en toda su extensión.

¹⁷² El Decreto Ley de 3 de marzo de 1956 abolió los centros de tolerancia y las medidas relativas a la prostitución.

¹⁷³ Art. 452 bis a) del CP de 1963: “ *Incurrirán en las penas de prisión menor en su grado máximo, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere:*

1º.- El que cooperare o protegiera la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma.

2º.- El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo determine , a persona mayor de veintitrés años, a satisfacer deseos sexuales de otra.

3º.- El que retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral”.

Art. 452 bis b) del CP de 1963: “ *Incurrirán en las penas de prisión menor en sus grados medio y máximo, inhabilitación absoluta para el que fuere Autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere y multa de 5.000 a 25.000 pesetas:*

1º.- El que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años.

2º.- El que para satisfacer los deseos deshonestos de un tercero facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de menores de veintitrés años, aun contando con su voluntad.

3º.- El que mediante promesas o pactos, aun con apariencia de lícitos, indujere o diere lugar a la prostitución de menores de veintitrés años, tanto en territorio español como para conducirles con el mismo fin al extranjero.

4º.- El que con cualquier motivo o pretexto ayude o sostenga la continuación de la corrupción o la estancia de menores de veintitrés años en casa o lugares de vicio”.

Art. 452 bis c) del CP de 1963: “*Al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote le podrán ser aplicadas,*

además de las penas establecidas en el art 452 bis b), las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 6º, núm. 2 de la Ley de Vagos y Maleantes”.

Art. 452 bis d) del CP de 1963: “Serán castigados con las penas de prisión menor, multa de 10.000 a 100.000 pesetas y, en sus respectivos casos, con las inhabilitaciones señaladas en los artículos anteriores:

1º.- El dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción, y toda persona que a sabiendas participe en su financiamiento.

En las mismas penas, en su grado mínimo, incurrirán toda persona que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales.

2º.- Los que dieren o tomen en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas.

El Tribunal decretará, además de las referidas penas, el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido.

3º.- En caso de procedimiento judicial por cualesquiera de los delitos previstos en este artículo, así como en los artículos 452 bis a), b), y c), el Juez instructor podrá ordenar el cierre provisional del local o parte del mismo a que hace referencia este artículo, cuyo dueño, gerente, encargado, administrador o arrendatario fuese procesado”.

Art. 452 bis e) del CP de 1963: “La persona bajo cuya potestad estuviere un menor y que, con noticia de la prostitución o corrupción de éste o de su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no le recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no le ponga en su guarda o a disposición de la autoridad, si careciese de medios para su custodia, incurrirá en las penas de arresto mayor.

Igual pena se impondrá a quien, en los casos a que se refiere el párrafo anterior, incurriere en las omisiones en él castigadas, aunque no tenga potestad legal sobre el menor, si al tiempo del extravío de éste, le tuviere en su domicilio y confiado a su guarda o ejerciera sobre él, de hecho, una autoridad familiar o ético-social”.

Art. 452 bis f) del CP de 1963: “La condena de un tribunal extranjero impuesta por delitos comprendidos en este capítulo será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, a los efectos de aplicación del número 15 del artículo 10 de este Código”.

Art. 452 bis g) del CP de 1963: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 445 y 446, el ascendiente, tutor, maestro o cualquiera persona que, con abuso de autoridad o encargo, perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este Título será

El texto punitivo de esta época diferenciaba entre la prostitución de personas mayores y la de menores de dieciocho años (también llamada corrupción de menores), estableciendo así el límite de edad en los veintitrés años.

Llama poderosamente la atención que el legislador del texto revisado de 1963 no tipificara como falta, a diferencia de los textos precedentes, la conducta de aquellos que infringieren las disposiciones sanitarias de Policía sobre prostitución.

4.3.3.- El Código penal de 1973

Diez años después, el texto refundido del Código Penal de 1973 sería el último texto legal penal anterior al fallecimiento de Franco. El fundamento de esta reforma se basó en la necesidad de acomodar el derecho nacional a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España¹⁷⁴.

castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal sentenciador podrá además privar a los culpables de la patria potestad, tutela, autoridad marital y de pertenecer a Consejo de Familia”.

¹⁷⁴ Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal y Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, *cit.*, p. 179.

Este texto en la regulación de los delitos relativos a la prostitución, mantuvo inalterable el artículo 452 bis tanto en contenido como en numeración en relación con el texto de 1963, al que en líneas anteriores se ha hecho referencia.

En atención a la importancia del artículo 452 bis del CP de 1973, entendido como precedente de lo que en la actualidad se sanciona como delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, se hace necesario efectuar un análisis detallado del mismo.

Los delitos de prostitución se regulaban en el Título IX “Delitos contra la libertad sexual” y dentro de éste en el Capítulo VII “Delitos relativos a la prostitución”. Como se constata, fueron muy diversas las conductas relativas a la prostitución que al respecto se sancionaban en este texto punitivo, fiel reflejo del sistema prohibicionista defendido que imperaba en esta época. Al respecto diferenciaba las conductas realizadas con mayores o menores de veintitrés años¹⁷⁵.

¹⁷⁵ *Delitos relativos a la prostitución y su relación con la Trata de Seres Humanos*, realizado por Fernández Olalla, P., disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp.../P%20Fernandez%20Olalla.pdf?idFile..., fecha última consulta el 10 de febrero de 2019.

a).- Delitos de prostitución cometidos con mayores de veintitrés años

Como a continuación se analiza, se sancionaba cualquier clase de inducción o colaboración con la misma incluyendo en estas conductas la protección, el reclutamiento, la actuación de forma coactiva o la retención para el ejercicio de la prostitución.

a).- El **art. 452 bis a)**, hacía referencia a determinadas conductas relacionadas con la prostitución de personas mayores de veintitrés años. Se castigaba la cooperación o protección de la prostitución de una o varias personas dentro o fuera de España¹⁷⁶.

La conducta típica consistía en favorecer para que una persona se prostituyera, aunque se contase con su anuencia. Por tal motivo, los comportamientos cooperadores de la prostitución se consideraban como conductas directamente punibles a título de autoría ya que se contribuía a la prostitución personal de un tercero¹⁷⁷. El tipo buscaba como finalidad tutelar a la persona

¹⁷⁶ STS 1017/1979, de la Sala Segunda de 4 de octubre de 1979, Recurso de Casación. ECLI:ES:TS:1979:4031: sentencia condenatoria por el artículo 452 bis, 1º, del CP. Declararon como hechos probados que el acusado convivía con una mujer de veintisiete años y le proporcionaba hombres para mantener relaciones sexuales, recibiendo, aunque solo fuera por cariño de la mujer prostituida, el dinero que le abonaban a la misma por los tratos carnales, motivo por el cual la Sala entendió que de esa forma cooperaba y protegía la prostitución en ésta. El TS desestimó el recurso de apelación planteado por la defensa del acusado y confirmó la sentencia en toda su extensión. *Vid., Delitos relativos a..., cit.*

¹⁷⁷ STS de 30 de septiembre de 1985 definía la prostitución, ya fuera masculina o femenina como *"la cesión, indiscriminada o a cualquiera que lo solicite y reúna*

prostituida, por lo que el bien jurídico se debía poner en relación con la concepción de que la vida de prostitución era un estado repudiable¹⁷⁸. El titular del derecho a no ser prostituido era el sujeto pasivo, la persona afectada.

En ocasiones existía un atentado contra la libertad de la voluntad, en sus referencias sexuales, fundamentando así una figura delictiva diferente (violaciones, coacciones, amenazas)¹⁷⁹.

El sujeto activo era aquella persona que cooperaba o protegía la prostitución de una o varias personas, fuera uno o más individuos (hombre o mujer) prostituidos, existiendo sólo un delito¹⁸⁰.

Se consideraban comportamientos esencialmente dolosos.

En materia de competencia, el artículo 23.4 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía que la jurisdicción española era competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.

Entre el artículo 452 bis d), que regulaba la tercería locativa y el núm. 1º del artículo 452 bis a) referido a casos "*en que el sujeto*

determinadas condiciones o cualidades exigidas, a veces, por el que se prostituye, a otro, de las propias cualidades sexuales, de modo venal o mercenario".ECLI:ES:TS:1985:964.

¹⁷⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal Comentado*, ed. Akal, Madrid, 1990, p. 835

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

activo del delito se limitaba a proporcionar habitación a la pareja para que practicase el acto carnal, pero sin que participase en lo más mínimo en el pretium carnis de la prostituta”, el Tribunal Supremo establecía diferenciación. En el caso concreto de las camareras de alterne, el explotador del negocio, además de proporcionarles habitación, servía de intermediario cobrando parte del precio, motivo por el cual su conducta era considerada manifiestamente más grave y merecedora de las penas de los apartados a) y b) del mismo artículo, en función de la mayoría o minoría de edad de las camareras, por lo que no se debía condenar por el artículo 452 bis d)¹⁸¹.

¹⁸¹ STS Sala Segunda de 9 de febrero de 1984, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD. ECLI:ES:TS:1984:1690: La AP de Tarragona condenó al procesado a penas de prisión, multa e inhabilitación para el negocio de la hostelería y acordó la clausura del local. Se recurre en casación por el acusado, estableciendo el TS la distinción con la simple tercería locativa del artículo 452 bis d), en la que una persona cedía a prostitutas el local o habitación, a cambio de un precio, en el que este tenía montado un negocio participando del emolumento que las mujeres cobraban por sus actos sexuales. La Sala entendió dicha calificación correcta, ya que se produce un favorecimiento de la prostitución del artículo 452 bis a) si las mujeres son mayores de edad o la del 452 bis b) si son menores de edad, entendiendo que el delito de simple tercería locativa por prestación solamente del local para practicar en el mismo los actos carnales queda subsumido. Este “*pretium carnis*” que el acusado recibía, hacía que su conducta debiera ser englobada dentro de la figura más grave de favorecimiento de la prostitución del artículo 452 bis b). STS de 8 de octubre de 1985; en igual sentido STS de 25 de abril de 1986, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD único, ECLI:ES:TS:1986:11397 y STS de 19 de mayo de 1986, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD único, ECLI:ES:TS:1986:2543. *Vid., Delitos relativos a..., cit.*

El núm. 1º del artículo 452 bis a), castigaba los actos de cooperación y protección de la prostitución y los de reclutamiento de personas con este destino, dentro o fuera de España. Estas últimas son situaciones que ponen en contacto directo con el problema de la trata sexual¹⁸². Los casos más frecuentes eran aquellos en que el sujeto pasivo era víctima de un error, amenaza o coacción.

El bien jurídico en estos supuestos era la voluntad cuando el sujeto pasivo no había consentido su destino, siendo indiferente que la persona afectada estuviera o no prostituida¹⁸³.

El núcleo del tipo constaba de dos fases: cooperar y proteger la prostitución y reclutar a personas para destinarlas a la prostitución, siendo un tipo de intención y como tal, de conducta dolosa. Por tal motivo, la recluta sin necesidad de que se llegase a la prostitución de la persona, provocaba la consumación de este hecho delictivo. Pero, si tras esa recluta se menospreciaba la voluntad de la persona violentando su libertad sexual, podía existir un delito distinto: violación, agresión sexual. Ello daba como resultado la aplicación de un concurso en atención al artículo 71 CP de este mismo texto punitivo¹⁸⁴.

¹⁸² MAQUEDA ABREU, M.L., *El tráfico sexual de personas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 25.

¹⁸³ *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p. 835.

¹⁸⁴ *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p. 836. En este sentido el artículo 71 establecía que en el caso de que un solo hecho constituyera dos o más delitos o cuando uno fuera medio necesario para la comisión de otro imponía la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que representase la suma de las que

En atención a MAQUEDA ABREU¹⁸⁵, consideraba que el precedente inmediato del tráfico sexual de personas era el artículo 452 bis a) 1º del Código penal de 1973, en el que se castigaba con pena de prisión menor en grado máximo y multa a quién “*cooperare o protegiere la prostitución de una o varias personas, dentro y fuera de España, o su recluta para la misma*”. Debido a que el objetivo del legislador en aquella época era la tutela de la honestidad o de la moral sexual colectiva, no se contemplaba, a diferencia del texto punitivo actual, los medios comisivos que evidenciaban vicio alguno de la voluntad en las víctimas.

Este objetivo había sido defendido por un amplio sector de la doctrina, entre los que se mencionan a RODRIGUEZ DEVESA o SERRANO GÓMEZ. Estos persistían en la consideración de la moral sexual como bien jurídico protegido, negando que la libertad sexual explicase ciertas formas de estupro, el escándalo público y los delitos relativos a la prostitución en los que el sujeto consentía libre y conscientemente¹⁸⁶. A su juicio entendían que ambos intereses se consideraban amenazados a través de cualquier conducta de favorecimiento de la prostitución, aunque su práctica sea consentida. Así este sector de la doctrina llegó al convencimiento de que no sólo se deben de castigar los actos de cooperación y protección de la prostitución, sino también los de

podieran imponerse, penando separadamente los delitos. Sin embargo, cuando la pena así computada excedía de tal límite, se sancionarían los delitos por separado.

¹⁸⁵ Vid., MAQUEDA ABREU, M.L., *El tráfico sexual...*, cit., pp. 23 y ss.

¹⁸⁶ RODRIGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 12ª ed. Dykinson, Madrid, 1989, pp. 170-172.

reclutamiento de personas con ese destino, entendiendo la recluta como la situación en que la víctima era engañada en relación con las actividades que iba a realizar en el lugar de destino. Un ejemplo de tal situación es el hecho de que a la víctima se le ofrecía un contrato de trabajo en un lugar extranjero. Una vez en el lugar de destino se le obligaba a ejercer la prostitución¹⁸⁷.

Sin embargo, esta modalidad típica de favorecimiento de la prostitución ajena tuvo en la jurisprudencia penal escasa aplicación, y ello por dos motivos:

1º.- El primero se sustentaba en la naturaleza preparatoria de la propia actividad de recluta que, en ocasiones, se alcanzaba por actos posteriores punibles de determinación y explotación de la prostitución a cuyo fin iba destinada aquella captación. Es decir, la calificación típica correspondía a los casos en que la persona era retenida con el fin de prostituirla “pero aún no la había sido”¹⁸⁸

En concreto, si unos y otros eran protagonizados por las mismas personas¹⁸⁹ y se daba como supuesto que sean varios intervinientes, previo reparto de tareas, la coautoría derivaba de la actividad de cooperación o protección de la prostitución ajena del

¹⁸⁷ RODRIGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 1992, pp. 214-215.

¹⁸⁸ *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.837.

¹⁸⁹ En este sentido, la STS 1952/1980 de la Sala Segunda de 16 de mayo, Recurso de Casación, Ponente Bernardo Francisco Castro Pérez, FD único y STS 1190/1972 de la Sección Primera de 17 de noviembre, Recurso de Casación núm. 1593, Ponente Ángel Escudero Del Corral, FD único. RST 1190/1972.

mismo núm. 1 del artículo 452 bis a) (o de genérico favorecimiento)¹⁹⁰.

2º.- En cuanto al segundo motivo, se debía tener en cuenta que la mayor parte de las conductas características de la trata de personas se referían a una práctica forzada de la prostitución, por lo que parecía que se adaptaba mejor a las previsiones del núm. 2 ó 3¹⁹¹ de este precepto. Algunas sentencias así lo consideraban¹⁹².

¹⁹⁰ La STS 5475/1984 de la Sala Segunda, de 12 de noviembre, Recurso de Casación, ECLI:ES:TS:1984:836, efectuaba un análisis de la conducta del acusado, en el que narraba cómo éste facilitó la entrada en España de diversas jóvenes extranjeras proporcionándoles contratos temporales para desarrollar trabajos como cocineras, auxiliar administrativa, etc. Y, una vez en España, se dedicaron, desde el principio, a alternar en un bar propiedad del acusado donde concertaban con los clientes el acto sexual mediante precio; del mismo modo, la STS 2972/1994 de la Sala Segunda, de 27 de abril, Recurso de Casación, Ponente José Hermenegildo Moyna Menguez, FD 4º, ECLI:ES:TS:1994:9572, en el sentido de promesas engañosas para el traslado de la víctima; STS 143/1995 de la Sala Segunda, de 12 de enero, Recurso de Casación núm. 1761/1994, Ponente Luis-Román Puerta Luis, FD 4º, ECLI:ES:TS:1995:67 y STS 1793/1998 de la Sala Segunda de 5 de febrero, Recurso de Casación 1248/1995, FD 1º y 6º, ECLI:ES:TS:1998:703.

¹⁹¹ El núm. 2 de este precepto establecía:

(...)“ *El que por cualquier medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de superioridad u otro medio coactivo determine, a persona mayor de 18 años, a satisfacer deseos sexuales de otra* “.

El núm. 3 atendía al siguiente contexto: “*el que retuviera a una persona, contra su voluntad, en prostitución...*”.

¹⁹² Entre ellas destacaban las siguientes, STS 314/1995 de la Sala Segunda de 1 de marzo, Recurso de Casación núm. 1158/1994, Ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, FD 5º, ECLI:ES:TS:1995:7494 y la STS1793/1998 de 5 de febrero, anteriormente aludida. También en cuanto a una realidad distinta de recluta de mujeres huídas del hogar familiar, a las que se les amenazaban con comunicar a la policía el no ir documentadas y a sus padres el trabajo que desempeñaban, la STS 1371/1973 de la Sección Primera de 20 de marzo, Recurso de Casación núm.880, Ponente José Espinosa Herrera, FD único, RTS 1371/1973. Hubieron otras

Las demás aludían a la poca importancia de cualquier calificación que se mantenía en el ámbito de un precepto como este, en el que no diferenciaba sus penas en función de los diferentes supuestos típicos que contemplaba¹⁹³.

Debido a ello, muchos autores, entre ellos DIEZ RIPOLLES, entendían que el núm. 1 del artículo 452 bis a) no sólo englobaba situaciones de favorecimiento de una prostitución libremente consentida, sino también las de ausencia de ese consentimiento, en tanto que el precepto se limitaba a no exigir la oposición a la víctima¹⁹⁴.

GARRIDO GUZMAN, por su parte, mantenía que era indiferente contar o no con el consentimiento de la víctima, llegando a afirmar incluso que los *“casos habituales eran aquellos en que el sujeto pasivo era la víctima de un error, amenaza o coacción”*¹⁹⁵.

sentencias en las que se acudió al nº 1 pese a reconocer la existencia de un ejercicio forzado de la prostitución, como ejemplo se encuentran STS 5035/1991 de la Sala Segunda, de 27 de junio, Recurso de Casación núm. 266/1989, Ponente Gregorio García Ancos, FD 2º, ECLI:ES:TS:1991:11159 y STS 6435/1993 de la Sala de lo Penal, de fecha 26 de julio, Recurso de Casación 1125/1992, Ponente Ramón Montero Fernández-Cid, FD 1º, ECLI:ES:TS:1993:5725. También encontramos el Auto 4762/1994, de 18 de mayo. La aludida STS 2972/1994 entendía que la voluntad libre o viciada era indiferente.

¹⁹³ En este sentido la aludida STS 1793/1998 de la Sala Segunda de 5 de febrero, Recurso de Casación 1248/1995, FD 1º y 6º.

¹⁹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, JL., “Las últimas reformas en el derecho penal sexual”, EPC, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1889-1990, p.99.

¹⁹⁵ GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: Estudio Jurídico y Criminológico*, ed. Edersa, Madrid, 1992, p. 194.

Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ consideraba que, “*el aprovechamiento de una situación de superioridad o dominio que restringía o hacía ineficaz el ejercicio de la capacidad de actuación en el ámbito sexual, implicaban un abuso en relación a la libertad sexual del otro*”¹⁹⁶.

El núm. 2 del art. 452 bis a), castigaba una serie de conductas que no necesariamente implicaban que el sujeto pasivo habitualmente se dedicase al tráfico sexual mercenario¹⁹⁷. El tipo se realizaba cuando por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo se determinaba, a persona mayor de veintitrés años, a satisfacer deseos sexuales de otro. El bien jurídico protegido en este supuesto era la libertad sexual.

¹⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 129.

¹⁹⁷ En este sentido la STS de la Sala Segunda de 16 de marzo de 1983, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD, ECLI:ES:TS:1983:1181, estableció que, pese a existir discrepancias en cuanto a establecer el apartado a) o d) del precepto 452 bis CP en el desarrollo de la actividad ilícita derivado de la instalación de los más variados subterfugios para que se desarrollase la explotación, bien fueran en cafés, bares, restaurantes, la mayoría de la doctrina rechazaba el apartado d) denominado *tercería locativa*, como forma menos grave de favorecimiento de la prostitución y se inclinaba por otorgarle “*un plus de culpabilidad, al entender que si el favorecimiento rebasaba la simple facilitación, por alquiler del establecimiento o habitación para llevar a efecto el acto carnal y en realidad se organizaba una empresa o comercio, en el que el negocio del dueño o locales donde se desenvolviese, sirviendo para facilitar el trato carnal de las camareras con los clientes, de cuyo tráfico el dueño se lucraba con una participación más o menos fija de la actividad sexual de aquellas, el precepto a aplicar sería el apartado a) si las camareras son mayores de 23 años y el b) si son menores*”.

El apartado 2º y 3º del precepto se referían a lo que se denomina la prostitución forzada o coactiva.

b).- El **artículo 452 bis c)**, sancionaba el proxenetismo o rufianismo de acuerdo con las penas establecidas en el artículo 452 bis b) al que viviese en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explotaba.

A tenor de este precepto la Sala II del TS consolidó doctrina en la que se castigaba el aprovechamiento lucrativo de la prostitución ajena voluntariamente ejercida. Dicha doctrina se mantuvo inalterable hasta la aprobación del Código penal de 1995, a pesar de la modificación que sufrió en concreto este número en reformas posteriores y ello porque el TS era constante en entender como delito la conducta de obtener un lucro a costa de la prostitución ajena¹⁹⁸.

Establecía el precepto que el Tribunal sentenciador podía imponer, además de las penas establecidas en el artículo 452 bis b), las medidas de seguridad a que se refería el artículo 6, núm. 2º de la Ley de Vagos y Maleantes, siendo las siguientes:

a).- Internamiento en un establecimiento de trabajo o de colonia Agrícola.

b).- Prohibición de residir en el lugar o territorio que designase y obligación de comunicar su domicilio.

c).- Sumisión a la vigilancia de Delegados.

¹⁹⁸ *Vid., Delitos relativos a..., cit.*

El último párrafo del artículo 452 bis c), planteaba ciertas dudas en cuanto a la inclusión de los proxenetes sin ningún rigor conceptual y ello porque la conducta tipificada en este precepto era la que coloquialmente se atribuía al rufián o chulo, siendo los proxenetes los que llevaban a cabo comportamientos que favorecían el trato sexual. Sin embargo, si se tenía en cuenta que tales conductas recibían un tratamiento específico en los artículos 452 bis a) y b), no se entendía cómo una medida aplicable a los proxenetes se incluía en un artículo que trata de otras conductas, cuando lo que establecía es que se imponía sólo si el rufián era además proxeneta. La jurisprudencia en este caso consideraba de aplicación preferente los artículos 452 bis a) y b), según fuera el sujeto pasivo mayor o menor de veintitrés años¹⁹⁹.

Por último, llamaba la atención la aplicación en este precepto de la medida de clausura del establecimiento, de imposición obligatoria, con carácter definitivo, frente al carácter temporal, en su caso, de la misma medida que se establecía en el propio artículo 452 bis, d), 2º.

c).- El **artículo 452 bis d)**, contenía una serie de conductas en las que se castigaba la contribución a la prostitución o corrupción de un tercero, denominada por la jurisprudencia tercería locativa²⁰⁰.

¹⁹⁹ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.841.

²⁰⁰ En este sentido, la aludida STS de la Sala Segunda de 19 de mayo de 1986, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD único. Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.842.

Dicha conducta se caracterizaba porque el sujeto activo favorecía la prostitución o corrupción ajenas con la aportación, arrendamiento, financiación del lugar (edificio o local) donde se prostituyese, corrompiendo de esa manera un tercero.

La identidad del bien jurídico protegido en este precepto y en los que le precedían planteaba dificultades a la hora de determinar el campo específico de acción. Al respecto, el TS consideraba que el artículo 452 bis d) se refería exclusivamente a la llamada tercería locativa, consistente en *“el proporcionamiento por el dueño, gerente, administrador o encargado del local o sitio adecuado para el ejercicio del comercio carnal mediante el recibo como contraprestación del correspondiente canon o estipendio”*, es decir, *“se sancionaba la prostitución localista o locativa en la que eran las mujeres quienes, ajenas al local y sin más relación con él que la esporádica de cada ocasión buscan, mediante el arriendo de habitaciones, un lugar para la realización de su ilícito comercio”*²⁰¹. Por el contrario, en los artículos 452 bis a) y b), como se constata en líneas anteriores, se incluían los casos en que “el agente, además de facilitar habitación, servía de intermediario para facilitar a las prostitutas su pareja, o se lucraban del trato carnal de aquéllas percibiendo parte del *precium carnis*”²⁰².

²⁰¹ STS de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1986, Recurso de Casación, Ponente Fernando Cotta Márquez de Prado, FD único, ECLI.ES:TS:1986:917. *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.842.

²⁰² Al respecto, las aludidas sentencias, STS de la Sala Segunda 19 de mayo de 1986, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD único y STS de la Sala Segunda de 25 de abril de 1986, Recurso de Casación, Ponente Martín Jesús Rodríguez López, FD único.

El párrafo primero del núm. 1º del artículo 452 bis d) limitaba la condición de sujeto activo a quien ostentase la calidad de dueño, gerente, administrador o encargado del local²⁰³. La conducta típica del párrafo primero consistía en contribuir a la prostitución o corrupción ajenas a través de la conducta de suministrar o financiar el local (edificio, habitación), pero sin ser intermediario en la comunicación de las parejas, no participando en el precio que cobraba la persona prostituida o corrompida.

El párrafo segundo, núm. 1º del artículo 452 bis d), se refería a toda persona que, a sabiendas, prestara los servicios en los referidos locales. Esa prestación debía ir encaminada directamente

²⁰³ Una cuestión interesante suscitaron las mencionadas sentencias del STS de la Sala Segunda de 2 de julio de 1980, Recurso de Casación, Ponente Fernando Díaz Palos, FD único y la STS de la Sala Segunda de 27 de octubre de 1984, Recurso de Casación, Ponente Luis Vivas Marzal, FD único, a propósito de la figura del encargado del local, declarando contrario al principio de legalidad la inclusión del encargado del local en el párrafo primero, número 1º, del artículo 452 bis d), matizando el propio tribunal tal aseveración al indicar que dicho encargado podía ser castigado atendiendo al párrafo segundo del propio precepto, donde se citaba a toda persona que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales (SSTS de 2 de julio de 1980), con el resultado de que la pena que se le impusiera pudiera ser inferior (grado mínimo, frente a la posibilidad de imposición en cualquier grado) (STS de la Sala Segunda de 25 de abril de 1988, Recurso de Casación, Ponente José Hermenegildo Moyna Menguez, FD 1º; ECLI:ES:TS:1988:13935, no obstante, de otro criterio, STS de la Sala Segunda de 15 de diciembre de 1986, Recurso de Casación, Ponente, Martín Jesús Rodríguez López, FD único, ECLI:ES:TS:1986:9474, al entender que el problema se solventó con la LO 8/1983, de 25 de junio y el Convenio Internacional de 21 de marzo de 1950). *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.842.

a los fines de prostitución o corrupción ajenas. El TS exigía cierta habitualidad o continuidad (STS de 10 de octubre de 1980)²⁰⁴

El núm. 2º del artículo 452 bis d), englobaba aquella conducta de los sujetos que daban o tomaban en arriendo un edificio o local, o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución o corrupción ajenas. Era otra forma de colaborar en la prostitución de un tercero. Se excluía del precepto el alquiler directo de habitaciones por la persona prostituida o su acompañante, ya que este supuesto estaba previsto en el párrafo 1º de este artículo y alcanzaba sólo al dueño, gerente y administrador del local. Desde el punto de vista político-criminal se pretendía evitar la creación de prostíbulos organizados. Se consideraba una conducta dolosa y se consumaba a partir de la existencia de acuerdo de voluntades, cuyo fin era la prostitución. Sin embargo, si finalmente se llegaba a explotar tal actividad o corrupción ajenas, se sancionaba por el artículo 452 bis a) y el artículo 452 bis b)²⁰⁵. Además de las penas correspondientes, se contemplaban medidas de cierre temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de licencia que se hubiera concedido.

El núm. 3º, enmarcaba una serie de medidas de carácter cautelar que podían adoptarse en la fase de procedimiento judicial, siendo aplicables a los artículos 452 bis a), b), c) y d). Era llamativo en este sentido que, con respecto a los artículos 452 bis a), b) y

²⁰⁴ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.842.

²⁰⁵ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.843.

algún supuesto del apartado c), el código adoptaba medidas en la fase procedimental que se recogían para el caso de que el sujeto fuera condenado²⁰⁶.

d).- El **artículo 452 bis f)**, admitía la reincidencia internacional, a los efectos de aplicar la agravante núm. 15 del artículo 10, equiparándose la condena de un tribunal extranjero a las sentencias de los tribunales españoles. Esto implicaba que dicha condena debía reunir los requisitos especificados en el artículo 10, 15. En este sentido, se exigía una condena ejecutoria y el hecho debía merecer la consideración de delito conforme a las previsiones del Capítulo VI, Título IX, del CP español. El resto de supuestos contemplados en el núm. 15 no tenían cabida²⁰⁷. Sin embargo, debido a la inexistencia de un registro internacional de condenas para los delitos de explotación de la prostitución ajena, este precepto tuvo poco recorrido.

b).- Delitos de prostitución cometidos con menores de edad

Respecto a los menores de veintitrés años se sancionaba la promoción y la inducción de la prostitución incluso con la anuencia

²⁰⁶ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.843.

²⁰⁷ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, pp. 844-845.

de estos o la colaboración en la estancia de menores en “casa o lugares de vicio”²⁰⁸

a).- El **artículo 452 bis, b)** contenía una serie de conductas. El sujeto pasivo era una persona menor de veintitrés años, siendo indiferente el sexo.

El fundamento del castigo de los diferentes supuestos previstos en el artículo 452 bis b) se encontraba en la corrupción ajena: *la pena se merecía tanto por lo que uno hacía como por la corrupción operada en un tercero*. El bien jurídico protegido en ocasiones, debía ponerse en conexión con la idea de indemnidad sexual del menor. Se trataba de proteger al menor de edad de una vida de corrupción sexual al carecer de capacidad de decisión.

Así pues, el núm. 1º del artículo 452 bis, b) castigaba toda clase de promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años, estableciéndose como sujeto activo cualquiera y como pasivo, hombre o mujer menor de la referida edad. La base del castigo era la de contribuir a que una persona menor de veintitrés años se iniciase o permaneciese (excluidos los casos del núm. 4º del artículo 452 bis b)) en una vida de prostitución o corrupción.

Sin embargo, fue la jurisprudencia de la época la que puso el acento en los sujetos pasivos, existiendo discrepancia entre los

²⁰⁸ Vid., Delitos relativos a..., cit.

que consideraban si debía tratarse o no de una persona aún no corrompida²⁰⁹, o aquellos que consideraban que en caso de personas ya corrompidas, la conducta que promoviese, favoreciese o facilitase la situación de prostitución o corrupción probablemente debía reconducirse al núm. 4º del propio precepto. Respecto a esto, existían supuestos en que se contribuía a la prostitución o corrupción de un menor de veintitrés años ya corrompido con su consentimiento y la conducta no significaba sostener la continuación en tales estados, pues este último comportamiento implicaba la oposición del menor o de un tercero²¹⁰.

La conducta típica consistía en contribuir de algún modo a que una persona menor se prostituyese o corrompiese, siendo el consentimiento en ambos casos ineficaz.

Para la aplicación del apartado de este precepto, no se requería habitualidad, eran conductas dolosas, sin perjuicio de que se pudiese hablar de comportamientos imprudentes. Este delito se consumaba o bien cuando había tenido lugar el inicio efectivo en la prostitución o corrupción o, si iniciado, se contribuía a que continuase en tales estados (a salvo los casos del núm. 4º del artículo 452 bis, b).

²⁰⁹ STS 4381/1980 de la Sala Segunda de 3 de marzo, Recurso de Casación núm. 246, Ponente Antonio Huerta y Álvarez de Lara, FD único. ECLI:ES:TS:1980:4381.

²¹⁰ En este sentido la STS de de la Sala Segunda de 25 de junio de 1988, Recurso de Casación, Ponente José Luis Manzanares Samaniego, FD 1º. ECLI:ES:TS:1988:4911.

Se establecía de forma habitual en concurso (ideal) con el delito de agresiones sexuales, violación, estupro, etc. Para resolverse se aplicaba conforme las reglas del artículo 71.

El núm. 2º del artículo 452 bis b), comprendía un tipo penal estructurado como los delitos de intención, donde la conducta típica consistía en facilitar medios o ejercer cualquier género de inducción en el ánimo del menor de veintitrés años con el fin de satisfacer los deseos deshonestos de un tercero, facilitando los medios. Era indiferente que mediase o no el consentimiento del menor de veintitrés años y que estuviera o no iniciado en una vida de corrupción.

Se trataba, al igual que el apartado anterior de este precepto, de un delito doloso, de tal forma que se entendía consumado una vez que se facilitaban los medios o ejercido la inducción, existiendo una disposición (voluntaria o forzada) a satisfacer los deseos deshonestos del tercero. El agotamiento del delito se producía con la efectiva práctica sexual, sin perjuicio del posible concurso de delitos²¹¹.

El núm. 3º del artículo 452 bis, b) contenía un tipo que constaba de dos fases, realizado a través de promesas o pactos induciendo o dando lugar a la prostitución de menores de veintitrés años, tanto en territorio nacional como para conducirles con el mismo fin al extranjero. Estas promesas o pactos podían ser de

²¹¹ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.838.

cualquier clase, estuvieran o no cubiertas por una apariencia de legalidad. Se exigía la efectiva prostitución. Se hablaba de tentativa cuando las promesas o pactos no lograban el pretendido propósito. Se consideraba indiferente el lugar donde hubiera de ejercerse la prostitución²¹².

Finalmente, el núm. 4º del art. 452 bis b) sancionaba al que con cualquier motivo o pretexto ayudase o sostuviera la continuación en la prostitución o la estancia de menores de veintitrés años en casa o lugares de vicio. Se reservaba para este número los episodios en que se contribuía a que un menor de veintitrés años continuase en estado de corrupción. Igualmente, se castigaba al que ayudase o sostuviera mediante un comportamiento activo la estancia de menores en casa o lugares de vicio²¹³.

b).- El **artículo 452 bis e)**, fundamentaba el castigo en una serie de omisiones para la persona que tuviera la potestad de un menor de veintitrés años que tuviera conocimiento de su situación en la prostitución o que frecuentando casa o lugares de vicio no lo impidiese²¹⁴. La conducta típica consistía en no establecer los medios adecuados para impedir que un menor de veintitrés años permaneciera o asistiera frecuentemente a casas o lugares de vicio.

²¹² Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, pp. 838-839.

²¹³ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.839.

²¹⁴ Vid., GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, p. 507.

El sujeto activo se limitaba a aquellas personas que tuvieran a la menor en una de estas situaciones: a) bajo su potestad legal; b) viviendo en su domicilio y confiado a su guarda; c) ejerciendo sobre el menor una autoridad familiar o ético-social. En estos dos últimos supuestos aunque no la tuvieran bajo su potestad legal. El sujeto pasivo era el menor de veintitrés años de edad.

A tenor de lo expuesto, la conducta típica requería tener noticia de la prostitución o corrupción de un menor o de su permanencia o asistencia frecuente a casa o lugares de vicio. Se exigía al respecto una doble omisión: en primer lugar, no amparar al menor para que se impidiese su situación y en segundo lugar, no ponerlo bajo la guarda del omitente o a disposición de la autoridad, si este careciese de medios para su custodia. Se consumaba en el momento se omitía el comportamiento esperado.

Las meras conductas omisivas, se encuadraban en las faltas del Libro III del Código penal²¹⁵.

Sin embargo, como consecuencia de que con el paso del tiempo surgían mayores problemas en torno a la prostitución así como a la corrupción de menores no sólo en la realidad penal sino también en la penitenciaria, era necesaria una reforma urgente y parcial de la legislación penal.

²¹⁵ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal...cit.*, p.844.

4.3.4.- La LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código penal

a).- Marco histórico-social

Así pues, dada la necesidad de atajar de forma rápida los conflictos surgidos en la realidad penal y penitenciaria, se aprueba la LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma parcial y urgente del Código Penal²¹⁶. Esta fue promovida por el Ministro Ledesma, perteneciente al primer gobierno del PSOE. Se trató de la más importante reforma que se introducía en la legislación penal desde el CP de 1932²¹⁷.

Con el objetivo de preparar este nuevo Proyecto de Código Penal, el Ministerio de Justicia designó una Comisión. Sus miembros utilizaron como documento base el Proyecto de 1980. El resultado de este trabajo fue la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP). Sin embargo, pese a que la mayor parte de la doctrina reconoció que introducían soluciones de más calado que las que ofrecía el derecho comparado, el Gobierno finalmente renunció a ella²¹⁸.

²¹⁶ BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983, pp. 17909-17919.

²¹⁷ *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, *cit.*, pp. 212-215.

²¹⁸ La justificación que se transmitió se basaba en la imposibilidad de pactar con el partido político de la oposición en determinadas materias, siendo conscientes de que un Código Penal no podía ser aprobado por un solo Partido. *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, *cit.*, pp.215-216. Igualmente en QUINTERO OLIVARES, G., "Evolución y estado actual de la legislación penal en España" en QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 2007, p. 215.

b).- Marco normativo

Esta LO proclamaba el principio de culpabilidad frente al de la responsabilidad objetiva, actualizando la parte general en materias como el error o el delito continuado y modificando sustancialmente la parte especial, incorporando unas mejoras técnicas que ya estaban previstas en el proyecto de 1980. En palabras de QUINTERO OLIVARES puede afirmarse que *“la Parte General del Derecho Penal positivo resultó sustancialmente variada y mejorada”*²¹⁹.

c).- Aproximación a los delitos de prostitución

Sin embargo, se constata que las modificaciones operadas en lo que respecta a la presente investigación, no supusieron variación alguna en la doctrina reiterada de la Sala II del TS en cuanto a la interpretación de los tipos penales del artículo 452 bis. La única alteración afectó al artículo 452 bis c) y al artículo 452 bis g)²²⁰.

El primero de ellos²²¹ establecía la posibilidad de que al que viviera en todo o en parte, a expensas de la persona o personas

²¹⁹ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 213.

²²⁰ Vid., *Delitos relativos a...*, cit.

²²¹ Art. 452 bis c) de la LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del CP: *“Al que viviere en todo en parte a expensas de la persona o personas cuya*

cuya prostitución o corrupción explotaba, además de las penas previstas en el artículo 452 bis b), (siendo estas la prisión menor en sus grados medio y máximo, las de inhabilitación absoluta para el que sea autoridad pública o agente de ésta y especial para que el que no lo sea y multa de 5.000 a 25.000 pesetas), le podrían ser aplicadas alguna de las siguientes medidas:

a).- Internamiento en un establecimiento adecuado a las condiciones personales del sujeto, cuya duración no excedería de la pena impuesta, computándose para el cumplimiento de esta y añadiéndose el cierre del establecimiento donde hubieran tenido lugar sus actividades.

b).- Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designase.

Respecto del segundo precepto, el art. 452 bis g)²²², que se incluía como novedad, establecía la posibilidad de privar de la patria

prostitución o corrupción explote, le podrán ser aplicadas además de las penas establecidas en el art 452 bis b), alguna de las siguientes medidas:

a).- Internamiento en un establecimiento adecuado a las condiciones personales del sujeto.

b).- Prohibir de residir en el lugar o territorio que se designe.

La medida de internamiento no podrá exceder al de la pena impuesta y se computará para el cumplimiento de ésta.

A los proxenetas se les clausurará además el establecimiento donde hubiesen tenido lugar sus actividades.

²²² Art. 452 bis g) de la LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del CP: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 445 y 446, el ascendiente, tutor, maestro o cualquiera persona que, con abuso de autoridad o encargo, perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este título será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal sentenciador podrá además privar a los culpables de la patria potestad y tutela".

potestad y tutela a quienes perpetraren los delitos comprendidos en este Título bien en concepto de autores o ascendientes o maestros o abusando de autoridad o encargo.

4.3.5.- La LO 3/1989 de 21 de junio

La segunda legislatura del PSOE tampoco logró aprobar el nuevo Código Penal, sin embargo a partir de 1989 comienza la preparación del texto²²³.

Mediante la aprobación de la LO 3/1989 se reformó el Libro III acorde con el principio de intervención mínima, modificándose entre otros, los delitos contra la libertad sexual, delitos de tráfico e introduciéndose nuevos tipos como el delito de malos tratos habituales, impago de pensiones o explotación de menores en la mendicidad.

Es a partir de dicha reforma parcial del Código penal en 1989, cuando se sustituyeron los delitos contra la “*honestidad*” por la de los delitos contra la “*libertad sexual*”. Se debe tener en cuenta que esta reforma fue la consecuencia de las decisiones asumidas en las reformas de 1978, cuando se suprimían los delitos de adulterio y amancebamiento y se modificaban los delitos de estupro y rapto y en las de 1988, cuando desaparecen los delitos de escándalo público y se sustituyen por los de provocación sexual.

²²³ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 217.

Sin embargo, buen número de autores seguían fieles a la defensa moral sexual colectiva como bien jurídico protegido bajo estos derechos, manifestando ciertas reservas a la hora de introducir este epígrafe. Entre ellos, MUÑOZ CONDE²²⁴ sostenía que debía seguir hablándose de delitos contra la moral sexual, al entender que *“la libertad sexual no era ni el único ni siquiera el más importante de los bienes jurídicos del Título; bajo la moral sexual se cobijaban otros bienes jurídicos distintos o no coincidentes, también dignos de protección penal. La nueva rúbrica del Título pasaría a ser una mera directriz político criminal a utilizar como pauta en la interpretación de los tipos, en cuanto un incremento en su afección aumentaría el merecimiento de pena”*²²⁵. En cambio, otros autores como DIEZ RIPOLLES²²⁶, discrepaban en lo que respecta a los menores y los enajenados, afirmando que *“el concepto de libertad sexual no debía aludirse a la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya poseía, sino al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad; este último concepto de libertad sexual exigía prohibir todo tipo de conductas*

²²⁴ MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal) en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.) y VVAA, *La reforma penal de 1989*, ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 29.; Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 381- 388.

²²⁵ *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, *cit.*, 1990, pp. 416-417. Este autor afirmaba con posterioridad, al referirse a los delitos de provocación sexual, que la moral social no puede constituir un bien jurídico autónomo, siendo “una marca de referencia imprescindible en la interpretación de los tipos”, invirtiendo aparentemente su opinión sobre la relación libertad sexual-moral sexual recogida en este texto. Del mismo modo, *Vid.*, RODRIGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español...*, *cit.*, 1989, pp. 170-172 persisten en la consideración de la moral sexual como bien jurídico protegido.

²²⁶ *Vid.*, DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Las últimas reformas...*, *cit.*, pp. 278 y ss.

sexuales respecto a personas que desde un principio se sabía que van a quedar inmersas en una situación carente de libertad, englobándose al colectivo de los menores y de enajenados en determinadas circunstancias". Para BOIX, ORTS y VIVES, la introducción de la referencia a la libertad sexual se valoraba positivamente por aludir al bien jurídico más importante y suprimir la carga de moralidad del anterior epígrafe, por más que éste no fuera el único bien jurídico en los delitos de provocación sexual, raptos y algunos delitos relativos a prostitución, añadiendo en otro lugar que, respecto a menores, enajenados y privados de sentido, no procedía la alusión ni a la libertad sexual ni a la indemnidad. Lo primero porque no podían ejercerla y lo segundo porque iba referido a todo tipo de personas, protegiéndose en realidad el interés estatal de preservar la intimidad de esas personas de injerencias abusivas²²⁷. En esta misma línea defendía VALIEJE ÁLVAREZ que la consecuencia de la postulación en aras de la libertad sexual concedía cobertura penal a diferentes modalidades de violación que hasta la fecha no habían recibido una respuesta adecuada por parte de la jurisprudencia, es decir, la violación en el ámbito matrimonial, la violación de aquellos que ejercían la prostitución y la violación en la que el sujeto pasivo era un hombre²²⁸.

Las modificaciones introducidas con la referida reforma en lo que a esta materia se refiere, afectaron tan solo al contenido de los delitos relativos a la prostitución del artículo 452 bis CP, puesto que

²²⁷ BOIX, J. / ORTS, E. / VIVES, TS., *La reforma penal de 1989*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 136, 139 y 140.

²²⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I., "La mujer y el Derecho Penal", en *Asparkía* Nº 9, 1998, p. 103.

al igual que en los textos punitivos precedentes los artículos 438 y 439 que regularon en épocas anteriores la corrupción de menores se dejaron sin contenido en esta reforma y se refundieron en el Capítulo VII del título relativo a los delitos relativos a la prostitución.

Se mantuvieron de igual forma las disposiciones comunes del Capítulo V en lo que a los reos de corrupción de menores se refería manteniéndose el artículo 446. Se establecieron una serie de medidas tutelares y cautelares con el fin de proteger a los menores de edad de dieciocho años, y no de veintitrés como se imponía en textos anteriores. En esta reforma del 1989 se suprimía la referencia que se hacía al Consejo de familia²²⁹.

Así pues en el artículo 452 bis CP de los delitos relativos a la prostitución, se produjeron tres modificaciones:

1).- En primer lugar, las que afectaban al propio sentido de protección de la libertad. De esta forma se materializaba en esta reforma lo que la doctrina y la jurisprudencia venían demandando en el sentido de delimitar el bien jurídico a proteger en la libertad sexual²³⁰. Como consecuencia de tal reclamo se suprimieron en este Título IX la expresión de *deseos deshonestos* plasmados en los artículos 452 bis a) 2º y 452 bis b) 2º, por la de *deseos sexuales*, entendidos como aquellos que fundamentaban el desvalor de los denominados delitos contra la libertad sexual.

²²⁹ Esta institución fue suprimida por la Ley 13/83, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil.

²³⁰ Vid., BOIX, J. /ORTS, E. / VIVES, TS.: *La reforma penal...*, cit., pp. 158-159.

2).- En segundo lugar, las que afectaban a la edad del sujeto pasivo, disminuyendo la edad de veintitrés años a dieciocho en los artículos 452 bis a), 2º y 452 bis b, 1º, 2º, 3º y 4º como consecuencia de que la CE fijó la mayoría de edad en dieciocho años²³¹.

3).- En tercer lugar, el importe de las multas pecuniarias que se imponían a los acusados por estos delitos eran más elevadas en comparación a las anteriores reformas, en concreto los artículos 452 bis a) y b) establecieron junto a la pena privativa de libertad una

²³¹ Art. 452 bis a) de la LO 3/89 de 21 de junio: " *Incurrirán en las penas de prisión menor en su grado máximo, multa de 100.000 a 500.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere:*

1º.- *El que cooperare o protegiere la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma.*

2º.- *El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coercitivo determine , a persona mayor de dieciocho años, a satisfacer deseos sexuales de otra.*

3º.- *El que retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral".*

Art. 452 bis b) de la LO 3/89 de 21 de junio: " *Incurrirán en las penas de prisión menor en sus grados medio y máximo, inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere y multa de 100.000 a 500.000 pesetas:*

1º.- *El que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años.*

2º.- *El que para satisfacer los deseos sexuales de un tercero facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de menores de dieciocho años, aun contando con su voluntad.*

3º.- *El que mediante promesas o pactos, aun con apariencia de lícitos, indujere o diere lugar a la prostitución de menores de dieciocho años, tanto en territorio español como para conducirles con el mismo fin al extranjero.*

4º.- *El que con cualquier motivo o pretexto ayude o sostenga la continuación de la corrupción o la estancia de menores de dieciocho años en casa o lugares de vicio".*

multa de 100.000 a 500.000 pesetas, cuando anteriormente oscilaba entre 5.000 a 25.000 pesetas y el artículo 452 bis d), la fijó de 100.000 a 2.000.000 pesetas, siendo que en los textos anteriores, como ya se ha expuesto, oscilaban de 10.000 pesetas a 100.000 pesetas.

El resto del articulado se mantuvo inalterable.

Sin embargo, a pesar de esta reforma, la doctrina la consideró insuficiente ya que según su parecer se estaba dilatando la publicación de un nuevo Código Penal, el cual vio finalmente la luz en 1995.

4.3.6 – El Código penal de 1995

a).- Marco histórico-social

A partir de 1989 y dado que en España se carecía de un texto punitivo acorde a la Constitución, por parte del Ministerio de Justicia se ordenó un impulso de los trabajos de la Comisión Especial para el Proyecto del Código penal. Ello dio lugar al borrador del Código penal de 1990, antecedente directo del Proyecto de Código penal de 1992. Sin embargo, dicho proyecto finalmente decayó.

Dos años más tarde, el mismo Proyecto regresó al Congreso como Proyecto de Código penal de 1994, el cual, tras las oportunas modificaciones en las dos Cámaras, alcanzaría la aprobación el 8 de noviembre de 1995 (BOE 24/11/1995), decretándose una “*vacatio legis*” de seis meses. Entró en vigor durante el mes de junio de 1996²³².

La decisión del legislador en cuanto a ser más restrictivo que el Proyecto de 1992 vino motivado por intentar un acuerdo en votos con el Partido Popular, sin embargo, finalmente este último no accedió y se abstuvo en la votación²³³.

b).- Marco normativo

El texto punitivo de 1995 fue menos restrictivo que el de 1973. Eliminó infracciones antiguas. Se procuró aplicar cuanto menos la pena de prisión dando prioridad a la sustitución de las penas. Su aprobación no produjo una excarcelación masiva de población reclusa.

Sin embargo, en opinión de QUINTERO OLIVARES, era más duro de lo que se esperaba de acuerdo con las ideas dominantes en la doctrina de la época. A su entender se percibía en

²³² QUINTERO OLIVARES, G. / VVAA, *Curso de derecho Penal Parte General*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p 225.

²³³ *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, *cit.*, pp. 217-218.

la extensión y alcance de las penas privativas de derechos y la duración efectiva de las penas²³⁴.

c).- Aproximación a los delitos de prostitución

Al inicio de los años ochenta²³⁵ existió consenso doctrinal en torno a la necesidad de que el Código penal abandonase la tutela de la honestidad como bien jurídico en la esfera sexual, orientando esa reforma del derecho penal sexual en aras a la tutela de la libertad sexual como bien jurídico individual de la persona. El objetivo era tutelar la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores que alumbró la Constitución de 1978, todo ello en perjuicio del concepto moral sexual dominante y de los intereses indirectos o reflejos presentes en los tipos del Código penal que en buen número de casos implicaban la tutela mediata de intereses familiares matrimoniales “*stricto sensu*” o de expectativas matrimoniales²³⁶.

Se trataba de un objetivo jurídico de protección que se insertaba en la esfera de libertad personal, cuyo contenido esencial eran las facultades de autodeterminación sexual, actual o “*in fieri*”

²³⁴ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., p. 218.

²³⁵ Esta línea ya se había introducido con la Reforma de 21 de junio de 1989 del Código penal de 1973.

²³⁶ En este sentido DIEZ RIPOLLÉS consideraba que en estos delitos se protegía el libre ejercicio de la sexualidad de acuerdo con la concepción global que cada individuo defendiera, es decir, se debía castigar conductas que involucrasen a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad. Vid., DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las últimas reformas...”, cit., p. 43.

(ejemplo, con relación de menores), como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante.

Desde el punto de vista político criminal se centraba en evitar la imposición, a través del Derecho Penal, de concepciones o valoraciones globales-corporativas de la sociedad.

Con relación a los adultos, la orientación teleológica de los tipos penales analizados se dirigía a castigar conductas que obstaculizaban la libre opción sexual; en cambio con respecto a los menores y en concreto aquellos que carecían de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, los tipos penales se orientaban a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro pudiesen alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, protegiéndolos de lastres y traumas impuestos por terceros. En este último ámbito, el bien jurídico protegido era la libertad sexual potencial (*in fieri*)²³⁷.

²³⁷ Esta reformulación del bien jurídico protegido en los delitos sexuales ya determinó, como se ha aludido anteriormente, en la reforma del CP/1973 de 9 de julio de 1989, la derogación del viejo delito de escándalo público y la correlativa introducción del artículo 431 CP/1973 relativo a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, si bien esta reforma, aportó de forma positiva la ampliación de la conducta delictiva del delito de violación, por medio del coito anal, que determinó la apertura del referido tipo penal (artículo 429 CP/1973) a todo posible sujeto pasivo con independencia de su sexo. Sin embargo, también se albergaron ciertos aspectos negativos en dicha reforma, en cuanto a la reformulación de tipos penales, tales como por ejemplo, la inclusión en el delito de violación de la modalidad típica relativa al coito bucal (la cual generó problemas a la hora de probarlos), con una pena asimilada a la tradicional de homicidio , de 12 a 20 años, mientras que otras conductas de evidente lesividad material, tales como la introducción de objetos por las vías referenciadas en el artículo 429 CP/73, resultaban sorprendentemente mejor

La publicación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre por la que se aprobó el nuevo Código penal que sustituyó al Texto Refundido de 1973, supuso un cambio radical en el tratamiento de los delitos relacionados con la prostitución, no sólo en su enfoque sino también en su persecución, desapareciendo el artículo 452 bis del anterior.

Así pues, la regulación del Título VIII del Código penal de 1995 constituyó la culminación de este proceso legislativo, siendo fiel reflejo de los obstáculos que suponía plasmar una política criminal que sustituyera a la tradicional regulación de los delitos sexuales. Se mantuvo la rúbrica de los “*Delitos contra la libertad sexual*”, si bien la independencia sustancial del bien jurídico protegido “libertad”, permitió recurrir a los delitos básicos contra éste como tipos subsidiarios de todos aquellos delitos en los que la libertad era objeto de agresión como medio para atentar contra otros bienes jurídicos²³⁸ tales como, agresiones sexuales, en algunas modalidades de los abusos sexuales, en el acoso sexual y en la coacción al ejercicio de la prostitución, en el que el ataque violento o intimidatorio a la libertad era el medio comisivo de estos delitos. Para el resto de los delitos englobados en este Título, el ataque a la libertad, o bien era sólo indirecto o de menor gravedad (como en abusos sexuales a través de engaño), o bien era prácticamente

tratadas. Estas reformas desataron las críticas de un sector de la doctrina, entre ellos MUÑOZ CONDE, que denunció el recurso a elementos normativo-simbólicos, para concluir que el bien jurídico protegido en estos delitos seguía siendo la moral sexual y no la libre autodeterminación sexual individual. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 200-201.

²³⁸ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte...*, cit., 1996, p. 176.

inexistente (como en abusos sexuales de menores o incapaces y en los delitos de exhibicionismo “obsceno” y difusión de pornografía de menores o incapaces)²³⁹.

En concreto en este texto punitivo, se sancionaban únicamente dos conductas relativas a la prostitución, por lo que los tipos delictivos se clasificaban en función de si eran ejercidos sobre menores de edad o incapaces o sobre personas mayores.

1).- *En cuanto a la prostitución de los menores de edad o incapaces*, es decir, la inducción y favorecimiento a la prostitución de menores (artículo 187 CP). El bien jurídico protegido era la propia protección. En el caso del menor orientada a una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad y en el caso del incapaz evitando que fuera convertido en mercancía para satisfacer el instinto sexual de terceros. Se castigaba la participación en la prostitución de menores e incapaces (artículo 187.1 CP²⁴⁰), la utilización de estos sujetos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (artículo 189.1 CP), la coacción ejercida sobre los mismos (artículo 188.3 CP²⁴¹, la llamada prostitución coactiva de un menor o incapaz), así como los incumplimientos en cuanto a los deberes asistenciales (artículo 189.2 CP²⁴²).

²³⁹ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte...*, cit., 1996, pp. 176-178.

²⁴⁰ Art. 187 del CP de 1995:” 1. *El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.*

²⁴¹ Coacción sobre menores o incapaces.

²⁴² Art. 189.2: Incumplimiento de deberes asistenciales

2. *El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento un menor de edad o incapaz y que, con noticia de la prostitución de éste, no haga posible para impedir su*

El sujeto activo podía ser cualquier persona que efectuara alguna de las conductas plasmadas en los respectivos tipos, con la excepción del artículo 189.2, ya que en estos sólo podía ser el que tuviera bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento al menor de edad o incapaz o el artículo 189.1, que venía delimitado a aquellos sujetos que utilizaren al menor de edad o incapaz con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, quedando fuera de estos los asistentes a este tipo de escenarios. En el mismo sentido, los supuestos de los clientes de los menores o incapaces ya prostituidos, ya que aunque el tenor literal de la redacción de las conductas típicas permitían su inclusión, se aconsejaba la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 187.1, a excepción de que la conducta del cliente en algún supuesto pudiera incluirse en un delito de abuso sexual.

Por último tanto en el caso de menores como en el de incapaces se exigía en el tipo subjetivo el conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona que se prostituía era menor o incapaz. En el supuesto de que hubiera existido un error del sujeto activo sobre la edad o situación de incapacidad, este hecho carecería de relevancia desde el punto de vista penal²⁴³.

2).- *Respecto de la prostitución de personas mayores de dieciocho años* (artículo 188.1 CP), o también llamada prostitución coactiva o forzada. Sólo se reconocía castigo cuando con los

continuación en tal estado, o no acudiera a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia, incurrirá en la pena de multa de tres a diez meses

²⁴³ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte...*, cit., 1996, pp. 206-208.

hechos se favoreciera un ataque a la libertad sexual de la persona que se prostituía, obligándola a practicarla. La acción típica podía llevarse a cabo, bien empleando coacciones (incluye las amenazas), bien mediante engaño, abusando de una situación de necesidad o superioridad. Sin embargo, algunas de estas acciones podían subsumirse tanto en las agresiones como en los abusos sexuales, siendo de aplicación preferente cuando resultasen penadas más gravemente. Del mismo modo cabía agresión sexual cuando una persona ejercía de forma voluntaria la prostitución, pero por alguna razón se negaba a mantener relación sexual con una determinada persona y acababa siendo forzada a ello. En caso de engaño no existía delito cuando se le pagaba lo convenido, aunque si se tipificaba como estafa, si el engaño recaía sobre el ejercicio de la prostitución misma, siendo aplicable el artículo 188 CP²⁴⁴.

De otra castigaba con pena de prisión en su mitad superior así como inhabilitación absoluta de seis a doce años (artículo 187.2 CP) al que realizase estas conductas delictivas prevaleándose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público con menores de edad o incapaces, e inhabilitación absoluta de seis a doce años, pena de prisión y multa correspondiente, en el caso de los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad (artículo 188.2 CP)²⁴⁵.

²⁴⁴ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte...*, cit., 1996, p. 209.

²⁴⁵ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte...*, cit., 1996, p. 209.

El Capítulo VI de este Título VIII, recogía una serie de disposiciones comunes que afectaban a todos los delitos contenidos en este Título. Todos ellos compartían como elemento común que, los autores o cómplices que eran ascendientes, tutores, maestros o cualquier persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, se les imponía la pena que les correspondiese en su mitad superior, con la excepción de que esta regla estaba ya contemplada en el tipo penal concreto, amén de la facultad potestativa del Juez o Tribunal de imponerle la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, estableciéndose para ello una franja temporal de condena que oscilaba entre los seis meses y los seis años.

En lo que a la materia de esta investigación afecta se aplicaba una responsabilidad civil en sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, apelando también a los posibles embarazos y nacimiento de hijos como consecuencia de la práctica de estas conductas ilícitas. Igualmente se establecía que la condena podía llevar aparejada la clausura de establecimientos o locales cuando se hubiera realizado en estas dichas actividades, determinándose de forma temporal o definitiva.

En síntesis, se constata que, en relación con el Código penal de 1973, a raíz de la aprobación del texto de 1995, el legislador dejó de considerar constitutivas de delito las siguientes conductas²⁴⁶:

²⁴⁶ *Vid., Delitos relativos a..., cit.*

1º.- El que cooperase o protegiese la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España (artículo 452 bis a), 1º del CP de 1973).

2º.- El que viviese en todo o en parte a expensas de una o varias personas cuya prostitución o corrupción explota (artículo 452 bis c) del CP de 1973).

3º.- El dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejercía la prostitución u otra forma de corrupción y toda persona que, a sabiendas, participase en su financiamiento así como toda persona que, teniendo conocimiento, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales (artículo 452 bis d), 1º del CP de 1973).

4º.- Los que daban o tomaban en arriendo un edificio, u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas (artículo 452 bis d), 2º del CP de 1973).

A pesar de que con las reformas se lograron aciertos²⁴⁷, desde el punto de vista práctico la realidad fue bien distinta, ya que este nuevo régimen reveló su descontrol, motivo por el cual en fechas tan próximas a su entrada en vigor, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar un Proyecto de LO con el objetivo de revisar algunos tipos penales, garantizando así una

²⁴⁷ Entre ellos destacaron, el criterio sistemático de división típico, atento a la cualidad de los medios por los que se anularon la voluntad de la víctima, agresiones sexuales y abuso sexual respectivamente, el cual reemplazó el empleado en el anterior código penal fundado en la entidad de los actos sexuales realizados (acceso carnal para la violación y abusos sexuales sin penetración natural por medio de canal vaginal, anal , bucal o con objetos pueden constituir tanto delito de agresión sexual (artículos 178 y 179 CP), como delito de abuso sexual (artículos 182 CP).

mayor tutela de los menores en el ámbito sexual, como por ejemplo el caso de los abusos sexuales de prevalimiento, cuya penalidad en los supuestos de inexistencia de acceso carnal (multa) se revelaba insuficiente atendiendo a la gravedad que revestían determinadas dinámicas continuadas de abuso, o como en el caso también de material pornográfico infantil sin haber intervenido en su producción o fabricación, conducta que se estimaba no abarcada por la tipicidad del artículo 189.1 CP.

4.3.7.- La LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre

Con la reforma de la LO 11/1999, se introdujo un cambio en el nombre de la rúbrica del Título VIII, incorporando el concepto de indemnidad como objeto de tutela junto al de libertad sexual, pasando a denominarse *“delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”*, como consecuencia de que el legislador de 1999 consideró que la libertad sexual no era el único bien jurídico protegido en los delitos regulados en este Título²⁴⁸. Esta indemnidad

²⁴⁸ Por iniciativa del Grupo Parlamentario Popular y a través de una proposición no de ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, complementada por otra de 6 de mayo de 1997, se instó al Gobierno a presentar un proyecto de LO en el que se revisaran los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces. Concretamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual y la tipificación penal de las conductas de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de

se conectaba con el derecho de los menores a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad, elemento auténticamente relevante. De esta manera, se modificó la materia relativa a los delitos contra la libertad sexual en el CP de 1995. Se entendían que estas conductas ni eran proporcionadas a las penas fijadas en el mismo, ni se correspondían con las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con los bienes jurídicos en juego, ya que no sólo debían aplicarse a la libertad sexual en sí misma, sino que se debían tener en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder considerarse como libre, no podía

materiales pornográficos cuando en ellos aparecieran personas de las características indicadas. La recomendación del Defensor del pueblo, dirigida por el Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año, establecía consideraciones similares.

Las bases que llevaron a la redacción de las indicadas proposición y recomendación fueron coincidentes con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En igual sentido se encontraba el Consejo de la UE, sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, adoptando en fecha 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha de la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, comprometiéndose los Estados miembros a revisar la legislación nacional vigente relativa a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales y fijando penas eficaces, proporcionadas y disuasorias y ampliando los fundamentos de las competencias de los tribunales propios más allá del principio de territorialidad. BOE núm. 104, de 1 de Mayo de 1999, pp. 16099 a 16102.

ser determinante de la licitud de conductas que pudieran llegar a ser lícitas entre los adultos²⁴⁹.

Tomando en consideración esta idea de que los bienes jurídicos van más allá de la libertad sexual, surgió la imperiosa necesidad de efectuar una revisión sobre el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual.

Ubicados en el Capítulo V del Título VIII, mantiene la misma numeración que su antecesor en su articulado, siendo estos los artículos 187, 188, 189, y 190 CP. Todos estos delitos mantienen como denominador común la idea del elemento de la prostitución.

Las modificaciones de mayor calado fueron las siguientes:

1º.- Se incorporó en el párrafo tercero del artículo 187 la agravante específica de pertenencia a organización o asociación, aunque tuviera carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Dichas cualificaciones se reservaban para los

²⁴⁹ La reforma, amén del cambio de rúbrica, efectuó importantes modificaciones, algunas de carácter simbólico (reintroducción del "*nomen iuris*" violación) y otras de relevancia material, tales como elevación de la edad de trece años para los supuestos de falta de consentimiento, elevación generalizada de las penas en los delitos de abuso, nueva reformulación del acoso sexual incluyéndose el denominado "acoso horizontal y ambiental", tipificación del favorecimiento de la entrada, estancia o salida del territorio nacional con el propósito de su explotación sexual, tráfico de la pornografía infantil, etc., destacando especialmente la reintroducción del delito de corrupción de menores, tipificado en el artículo 189.4. MORALES PRATS, F/ GARCÍA ALBERO, R., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 928.

delitos de prostitución y utilización para espectáculos pornográficos de menores o incapaces como consecuencia de la internalización de la lucha contra este tipo de delincuencia, donde ya se establecía el principio de justicia universal²⁵⁰.

2º.- Se añadió un párrafo segundo en el artículo 188 en un intento de tipificar la trata de seres humanos²⁵¹, denominado como “tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual”, castigando al que “directa o indirectamente favoreciera la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”. Esta introducción fue el primer antecedente para perseguir y sancionar el delito de trata de seres humanos. En este sentido FERNÁNDEZ OLALLA consideró que se tipificaba de manera equivocada, y ello porque, de acuerdo a la Exposición de Motivos de esta Ley, el legislador aludía a la presente modificación para adecuar la legislación española a la Acción Común de la UE de 26 de noviembre de 1996 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual e intentaba paliar la disminución de protección jurídica que se había producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del CP de 1995, motivo por cual entendía que ambos objetivos

²⁵⁰ Apartado 3 del art. 187 de la LO 11/99: “...Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”. Vid., *Delitos relativos a...*, cit.

quedarían resueltos con una tipificación independiente de la trata de seres humanos²⁵².

3º.- El nuevo párrafo quinto del artículo 188 estableció la forma de resolver los supuestos de concurso con las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida²⁵³.

4º.- Incluyó como novedad el empleo de violencia o intimidación en el párrafo primero del artículo 188, eliminando el vocablo “coactivamente” y añadiendo la situación de vulnerabilidad de la víctima a las de superioridad y necesidad²⁵⁴. La Sala II del TS ante estas nuevas modalidades comisivas adoptó una doctrina pacífica. En lo que a violencia se refiere la entendía como fuerza física directamente ejercida sobre la persona de la víctima o dirigida a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en un futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión. Abarcaba cualquier conducta del artículo 172 del delito de coacciones, quedando subsumidas. No exigía que se provocasen

²⁵² Apartado 2 del art. 188 de la LO 11/99: “... Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima...”.

²⁵³ Apartado 5 del art. 188 de la LO 11/99: “...Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.

²⁵⁴ Apartado 1 del art. 188 de la LO 11/99: “El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses...”.

lesiones corporales ni que se produjera una situación añadida de privación constitutiva de detención ilegal.

La intimidación se correspondía con la fuerza psíquica o moral, es decir las amenazas proferidas a la víctima con el objetivo de que esta doblegase su voluntad

5º.- Se determinaba la agravación en la utilización de métodos coactivos o abusivos sobre menores o incapaces, artículo 188.4º, que eran aplicados tanto si se utilizaban para introducirlos en la prostitución como para mantenerlos en ella²⁵⁵.

6º.- Se introdujo una cláusula general en el artículo 189.3 castigada con pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses, al que hiciera participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudicase la evolución o desarrollo de la personalidad de éste. La problemática de este precepto era evidente, puesto que se dejaba en manos del juzgador cualquier comportamiento que a su entender y aunque no estuviera comprendido en ninguno de los supuestos establecidos, debía ser condenado²⁵⁶.

²⁵⁵ Apartado 4 del art. 188 de la LO 11/99: "...Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda en los apartados anteriores...".

²⁵⁶ Apartado 3 del art. 189 de la LO 11/99: "...3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses...".

Determinaba, del mismo modo que su antecesor texto, cualificaciones por prevalimiento de la función pública y reincidencia internacional, tal y como se comprueba en los artículos 187.1, 187.2, 188.1 ó 188.3 CP, respecto del primero y en el artículo 190 CP en cuanto a la reincidencia internacional.

Mantuvo las disposiciones comunes a todos estos delitos de idéntica forma y bajo el mismo articulado que su antecesor, recogidos en los artículos 191, 192, 193 y 194 CP, los cuales ya han sido transcritos al analizar el Código penal de 1995.

5.- El Siglo XXI

5.1.-La reforma del Código penal del año 2003

El segundo gran proceso reformador de la regulación instaurada por el Código penal de 1995 en materia sexual se produjo con la aprobación de la LO 11/2003, de 29 de septiembre y con la LO 15/2003.

La primera de ellas, la LO 11/2003, de 23 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia

doméstica e integración social de los extranjeros²⁵⁷, surge con el propósito de dar respuesta penal a estas formas nuevas de delincuencia que se aprovechaban del fenómeno de la inmigración para cometer los delitos.

Esta norma completaba el conjunto de medidas legislativas que sirvieron de desarrollo al Plan de lucha contra la delincuencia que había sido presentado por el Gobierno el 12 de septiembre de 2002, en el que se contemplaban un conjunto de actuaciones tanto en el ámbito organizativo como legislativo.

La consecuencia más inmediata, en lo que al presente estudio se refiere, se encuentra en la modificación de los artículos 318 bis y 188 CP, donde el legislador estableció como objetivo "combatir el tráfico ilegal de personas, dando como resultado la no integración de los extranjeros en el país de destino"²⁵⁸.

a).- Por un lado, el artículo 318 bis CP²⁵⁹ tipificado en el Título XV, incluyó el párrafo 2 en el que aludía a que el propósito del

²⁵⁷ BOE núm. 234 de fecha 30 de septiembre de 2003.

²⁵⁸ Vid., *Delitos relativos a...*, cit.

²⁵⁹ Art. 318 bis de la LO 11/2003: "1.El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

tráfico ilegal o la inmigración clandestina era la explotación sexual de las personas, castigando con la pena privativa de libertad de cinco a diez años.

Algunos autores, entre ellos CARMONA SALGADO, defendían que el legislador de 2003 con plena consciencia, evitó a la hora de determinar esta cualificación de primer grado añadir a su formulación típica, el elemento determinante a esta clase de actividades, ya se desarrollasen en su fase inicial, ya en su fase posterior, es decir, mediante la utilización de los medios comisivos indispensables en la dinámica delictiva de este fenómeno criminal, pasando a formar parte de la cualificación de segundo grado o hiperagravación del apartado 3 del mismo precepto. Ello en la práctica se traducía en que, si el autor no empleaba medios violentos, engañosos o abusivos en la recluta y posterior transporte de los inmigrantes destinados a la explotación sexual sería

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, 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.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas en el artículo 129 de este Código.

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”.

imposible determinar el fundamento de la agravación de este tipo penal. Dicha autora concluye que ni la integridad moral ni los restantes derechos fundamentales de los extranjeros/inmigrantes constituían el bien jurídico protegido en el nuevo delito de trata sexual y no existía un fundamento racional que justificase la agravación de una pena tan considerable como la que establece dicho tipo agravado, ya que la mera finalidad de explotación sexual resultaba insuficiente a tales efectos, puesto que no conllevaba ningún resultado ulterior añadido en cuanto a la definitiva prostitución de las víctimas inmigrantes que, de producirse, originaría un concurso de delitos con el artículo 188.1 CP. Dado que los medios comisivos y el ánimo de lucro resultaban imprescindibles para que se sancionase esta conducta delictiva, el juez se veía obligado a elevar en su mitad superior la pena de cinco a diez años de prisión establecida en dicho tipo, extendiendo la pena entre siete años y medio a diez años de prisión, provocando una desproporción punitiva. En palabras de CARMONA SALGADO esto se hubiera evitado con haber trasladado la antigua fórmula del artículo 188.2 al nuevo 318 bis 2. En este sentido afirmaba que, *las consecuencias derivadas de la nefasta técnica empleada por el legislador a la hora de configurar el tipo agravado de tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual del apartado 2 del art. 318 bis CP eran realmente lamentables..., puesto que su principal y verdadera "preocupación de fondo" al afrontar esta tarea modificadora no fue otra que esa "desesperada necesidad" de proteger a toda costa y a golpe de Código penal, la política migratoria del Estado*²⁶⁰.

²⁶⁰ CARMONA SALGADO, C., "Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003" en CARBONELL MATEU, J.C.

b).- Por otro, el artículo 188²⁶¹ suprimía su párrafo 2, añadiendo parte del contenido de este en su párrafo 1, ya que la intención del legislador era volver a la penalización de las acciones de intermediación lucrativa a costa de la prostitución de otro.

Sin embargo, la aplicación en la práctica del nuevo artículo 188 no obtuvo el resultado esperado. El motivo se encontraba en que el legislador con esta modificación, entremezcló la penalización del proxenetismo en el mismo artículo y párrafo que la prostitución violenta. El resultado de la aplicación de este precepto derivó en la consolidación de una interpretación restrictiva de la Sala II del TS de

(Coord.) y VVAA en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 195-199.

²⁶¹ Art. 188 de la LO 11/2003: "1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

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

este precepto, determinando la impunidad de las conductas que pretendían castigar²⁶².

La segunda ley a la que se hacía referencia y que forma parte de este segundo proceso reformador es la LO 15/2003 de 25

²⁶² STS 445/2008 de la Sala Segunda de 3 de julio, Recurso de Casación núm. 11204/2007, Ponente Manuel Marchena Gómez, FD. Para ello la Sala II del TS consolidó doctrina en este sentido conforme a la cual se podía aplicar este tipo concreto cuando concurrieran varios requisitos:

a).- Que los rendimientos económicos derivasen de la explotación sexual de una persona mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.

b).- Que quien obtuviera el rendimiento económico a costa de esa explotación sexual ajena fuera conocedor de las circunstancias que determinaban a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. Motivo por el cual cuando la persona que se beneficiaba explotando abusivamente la prostitución, fuera la misma que determinase coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imposición de la regla de consunción.

c).- La ganancia económica podía ser fija o variable o a comisión, siendo exigible que fuera un beneficio económico directo. Solo la explotación lucrativa íntimamente unida a la fuente de la prostitución ajena quedaba abarcada en el tipo.

d).- La percepción de esa ganancia debía ser el fruto de una situación reiterada, no se contemplaba por un acto aislado. Esta exigencia venía impuesta tanto en la persona que ejercía la prostitución como en aquella otra que se lucraba con su ejercicio.

Si bien, un año antes en fecha 6 de marzo de 2007, esta misma Sala II dictó una sentencia aislada, resolviendo un recurso de casación interpuesto por dos personas que habían sido condenadas por la AP de Palencia por delito de tercería locativa previsto en el nuevo inciso del art. 188, al ser respectivamente dueño y encargado del local en el que se ejercía la prostitución por mujeres. En concreto la Sala II estimó el recurso alegando en su fundamento jurídico 7º que *“el precepto añade un párrafo en el que se rescata la antigua figura de la tercería locativa...”*. Vid., *Delitos relativos a...*, cit.

de noviembre²⁶³. Esta Ley fue la encargada de modificar la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Las reformas que se contienen en esta ley orgánica se abordaron en el marco de una revisión parcial del actual texto punitivo de la época, motivo por el cual las modificaciones operadas en un importante número de artículos obedecieron a novedades de carácter técnico y de mejora sistemática.

a).- Respecto de la parte general y en lo que al presente estudio compete, se estableció la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, evitando que se cometiera el delito a través de una sociedad o una organización. Para sancionarla se impuso una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, siendo responsable de manera directa y solidaria. El motivo de su referencia se centraba en que además de ser clausurada, suspendida su actividad, disuelta o intervenida, pudiera ser privada del derecho de obtener beneficios fiscales y que sus bienes pudieran ser objeto de decomiso.

b).- Por lo que se refiere a la parte especial, se modifican los delitos contra la libertad e indemnidad sexual con objeto de condenar determinadas conductas de especial gravedad. Concretamente en los delitos relativos a la corrupción de menores se reformó el delito de la pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e incorporando tipos como la posesión para el propio uso del material

²⁶³ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842-41875.

pornográfico en el que se hubiera utilizado a un menor o incapaz o en la llamada pornografía infantil virtual²⁶⁴.

²⁶⁴ Art. 189 de la LO 15/2003: " 1.Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a).- *El que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.*

b).- *El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

2. *El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

3. *Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:*

a).- *Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.*

b).- *Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

c).- *Cuando los hechos revistan una especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*

d).- *Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*

e).- *Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*

f).- *Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.*

4. *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*

5. *El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga*

5.2.- La LO 5/2010 de 22 de junio

5.2.1.- Marco histórico-social

Como consecuencia del cumplimiento por parte de España de las obligaciones internacionales contraídas en el ámbito de la armonización jurídica europea²⁶⁵, así como de las incorrecciones

lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para su custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

²⁶⁵ Es en la Disposición 6ª de la mencionada Ley, donde el legislador señala cuáles son las Normas de la UE que quedan incorporadas al Dº Español. Atendiendo a la materia que nos ocupa destacan dos:

1. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, ampliando el legislador en base a dicha Decisión, la protección a los menores, tipificando por un lado, nuevas figuras, mediante la inserción de un nuevo Capítulo en el Título VIII del Libro II del Código que denomina “De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años”, comprendiendo los artículos 183 y 183 bis, incluyendo en este último el “ciberacoso infantil” internacionalmente conocido como “ *child grooming*”, es decir, el contacto mediante internet o cualquier tecnología de la información, con menores de

que experimenta el anterior texto punitivo y de la realidad social que sufría en estos años nuestra sociedad, se exigen nuevas fórmulas más operativas de respuesta jurídico penal²⁶⁶. Como resultado de esto, el 23 de Junio de 2010 fue publicada en el BOE la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modificaba la LO 10/1995 de nuestro Código Penal, cuyo contenido destacaba por su amplio ámbito de proyección y de aplicación, dado que no solamente afectó al propio texto penal, sino también a diferentes leyes, tales como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Orgánica de Protección civil del derecho al honor²⁶⁷.

13 años, para la comisión de los delitos comprendidos en los artículos 178 a 183 y 189, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, y de agresiones y abusos sexuales, y de otro lado, incluyendo en el catálogo de penas privativas de derechos de la parte general en su modalidad de pena principal o accesoria, la privación de la patria potestad.

2. Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. El legislador español, extrae el artículo del título dedicado a los ciudadanos extranjeros y rubrica el nuevo Título VII bis, con referencia a la "Trata de seres humanos", para añadir el artículo 177 bis, cuyo contenido se adapta a dicha Decisión y al Protocolo contra la Trata de Personas de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000, que ya obligaba a la persecución del "*trafficking in persons*".

²⁶⁶ En este sentido QUINTERO OLIVARES mantenía que el precario sistema penal se encuentra ante nosotros. Según este autor las constantes reformas que viene sufriendo en parte nuestro texto punitivo se debe primordialmente a la producción normativa de la Unión Europea, ya que por sí sola fuerza continuas revisiones del Código penal pero también de otras leyes no penales. QUINTERO OLIVARES, G, "Estudio preliminar: Cambiar las leyes y cambiar el derecho penal. Sobre la última reforma del Código Penal", en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y VVAA, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 15-16.

²⁶⁷ Todo ello respondía a la necesidad de revisar el ordenamiento jurídico penal como consecuencia de la evolución social del sistema democrático. *La reforma del CP: LO 5/2010*, realizada por Gemma Gallego Sánchez de fecha 21/01/2011, disponible en

Cierto es que muchas de las reformas operadas tenían su justificación en los cambios sociales, económicos, políticos, religiosos y culturales. Sin embargo, ello no justificaba el populismo punitivo, donde en la mayoría de casos existía una presión mediática importante.

Así pues, se puede afirmar que las sociedades occidentales han sufrido un profundo cambio. En palabras de DEL ÁGUILA *“han pasado de un “pensamiento implacable” sustentado en la lógica del bien común, es decir, vinculado a formulaciones absolutas, absolutistas o autoritarias, a un “pensamiento impecable”, que prioriza el ideal de justicia y consiguientemente convierte al ciudadano en un sujeto que constantemente demanda derechos frente al Estado y frente a los otros”*²⁶⁸.

Efectivamente, como consecuencia de dicho programa reformista, existía una mayor presencia del derecho penal, es decir, más castigo y más represión, lo que conllevaba un recorte en nuestro sistema de derechos y libertades. La consecuencia más inmediata fue la existencia de una creciente demanda de penas de prisión de media, larga o incluso indeterminada duración, unida a otros mecanismos más duros. Véase por ejemplo limitaciones en la

[http:// www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Código-Penal_11_2160055001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Código-Penal_11_2160055001.html), fecha última consulta 28 de febrero de 2019.

²⁶⁸ Cita tomada por González Cussac en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos” en ALVÁREZ GARCÍA, F.J / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 40.

suspensión y la sustitución de las penas, establecimientos de periodos de seguridad, etc.

Sin embargo, mientras estábamos inmersos en esta incesante evolución, se disipaba una ausencia de mayor calado: la reforma del proceso fundamental contenidos en nuestra Constitución²⁶⁹. Es decir, la constante expansión del derecho penal material hacia un procedimiento criminal cuanto menos arcaico, sin medios, provocando prácticamente la inexistencia de derechos individuales. Si bien, en defensa del sistema penal, es justo afirmar que mantuvo mejor funcionamiento que el resto de instancias de control social, públicas y privadas como consecuencia de que el ciudadano medio confiaba más en la eficacia del mismo que en los otros mecanismos.

Siguiendo la trayectoria política de cómo se gestó la reforma de este texto punitivo, se constata que fue el Gobierno el que impulsó el proyecto partiendo del Anteproyecto del 2008, ya que este, *a priori* había sido consensuado con el Partido Popular. Sin embargo, este último se abstuvo, lo que fue tachado de deslealtad por el gobierno socialista.

La reforma de 2010 en comparación con su Anteproyecto, aportó un avance positivo tanto desde el punto de vista político criminal como desde el punto de vista técnico-jurídico²⁷⁰.

²⁶⁹ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, F.J., "La reforma permanente...", *cit.*, p.41.

²⁷⁰ En opinión de GONZALEZ CUSSAC los avances se redujeron a:

-el establecimiento de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas más detallado y completo;

En definitiva, la política criminal española que imperaba en estos años y la integración de nuestro país en el organigrama de las instituciones europeas e internacionales, dio como resultado las influencias, armonización así como compromisos que se adquirieron.

5.2.2.- Marco normativo

La reforma de 2010 comportó numerosas modificaciones en la Parte General y en la Especial. Destacó la introducción de la

-
- la configuración de la libertad vigilada como una medida, reduciendo su duración y ámbito de aplicación;
 - una mayor precisión en la definición de criterios de interrupción del cómputo de la prescripción;
 - limitación de la imprescriptibilidad en todos los delitos de terrorismo únicamente a los más graves;
 - restricción de la aplicación del período de seguridad en las penas de prisión;
 - reconversión de la localización permanente en una alternativa a las penas de corta de prisión (duración de hasta 6 meses);
 - una adecuada regulación autónoma de los delitos de tráfico de personas con finalidad de explotación sexual;
 - corrección a la proporcionalidad de las penas en los delitos de tráfico de drogas;
 - reordenación y nuevo modelo de los delitos de asociación ilícita, grupos y organizaciones criminales y terroristas;
 - introducción de un delito autónomo de piratería;
 - reforma y actualización de diferentes modalidades de corrupción;
 - mejoras técnicas o cumplimiento de compromisos internacionales en numerosas figuras delictivas. *Vid.*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La reforma permanente...”, *cit.*, p. 44.

responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas eran necesarias. Sin embargo en palabras de QUINTERO OLIVARES, *lo peor de esta Reforma es que no marcó un punto final en las modificaciones del CP de 1995*²⁷¹.

5.2.3.- El delito de trata de seres humanos

Destaca como novedad frente al anterior Código penal de 1995, la introducción como título independiente del Título VII bis con un único precepto relativo a la trata de seres humanos, articulado en el 177 bis.

Desde el punto de vista objetivo, su conducta típica consistía en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona, nacional o extranjera, empleando violencia, intimidación o engaño, o bien abusando de una situación de superioridad o de necesidad, o de la vulneración de la víctima.

Con ello, el legislador retrocedió en el tiempo, concretamente al Anteproyecto de 2008, sobre el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial en el que se recomendaba *“que el tipo penal refuerza la vinculación dolosa de tales conductas*

²⁷¹ En este sentido afirmaba que la sola necesidad de trasladar al derecho interno la legislación comunitaria era en sí una fuente constante de modificaciones, que obligaban al legislador español a abrir una y otra vez el Código Penal para añadir otro artículo. Este conjunto de obligaciones y decisiones hubieran sido menos trastornadoras si no tuviéramos la práctica totalidad de las leyes penales concentradas en el Código, que se podría evitar mediante un prudente sistema de leyes penales especiales. *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia de...*, *cit.*, pp. 222-225.

*con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir o acoger, sino precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas, por tanto, como formas concretas de traficar con personas*²⁷²

El Proyecto de 2009, en cambio, castigaba al que “traficare con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento”, por lo que el delito consistía en el tráfico o trata de personas, y las conductas de captar, transportar, etc., sólo alcanzaban relevancia típica en cuanto modalidades del tráfico²⁷³.

Pese a que dicho Título VII bis, cumplía con el consenso terminológico internacional en esta materia, su artículo eliminaba de la descripción típica, el término “tratar o traficar”, a diferencia de la normativa internacional y la comunitaria, las cuales mantenían la preferencia de utilizar el término de tratar, y no el de traficar, diferenciando la trata de personas (*trafficking in human being*) de la inmigración clandestina (*smuggling of migrants*) a la que, sin embargo, los documentos de Naciones Unidas denominaban “tráfico ilícito de inmigrante”. Dicha eliminación, provocó interpretaciones carentes de rigurosidad, ya que se entendía subsumible dentro de este artículo la conducta de dar alojamiento a persona que lo necesitase, conociendo que no lo hubiera aceptado de no sufrir tal

²⁷² TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos” en ALVÁREZ GARCÍA, F.J / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 209.

²⁷³ *Ibidem*.

situación de necesidad, con el propósito de proponerle ulteriormente el ejercicio de la prostitución en condiciones de explotación, o con el propósito de intentar convencerle para que permitiese la extracción de órganos corporales. Esto en realidad era un ejemplo de que el tipo era excesivamente amplio.

En evitación de tal barbarie, se aconsejaba introducir el sustantivo de “trata” en el tipo, disminuyendo a partir del tipo subjetivo el alcance del tipo objetivo²⁷⁴. De esta manera, se deberían interpretar las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar de acuerdo con su significado gramatical. Tal era el amplio ámbito de punibilidad que creaba, que los tribunales eran los únicos capaces de poner cierta limitación, al considerarlos modalidades de comportamiento nuclear en torno a la “trata”.

5.2.4.- Los delitos de prostitución y corrupción de menores

Inmediatamente después del mencionado Título VII bis, el nuevo texto punitivo regulaba en el Capítulo V del Título VIII “*Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*” en los que se incluían los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Sus contenidos se encontraban adaptados a la Decisión Marco 2004/68/JAI.

²⁷⁴ Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres...”, *cit.*, 2010, p. 210.

En cuanto a las novedades que presentaban los preceptos destacaron las siguientes:

-La primera novedad en lo que respecta a la prostitución de menores regulado en el artículo 187 CP²⁷⁵ introduciendo tres modificaciones:

1).- Por un lado, la incriminación expresa de la conducta del cliente de prostitución de menores e incapaces. Esta conducta del cliente se definía como aquella que solicitaba, aceptaba u obtenía a

²⁷⁵ CUGAT MAURI, M., "La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la decisión marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VVAA, *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 173.

Art. 187 de la LO 5/2010: "1. *El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.*

2. *El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.*

3. *Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

4. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

5. *Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces".*

cambio de una compensación económica o promesa una relación sexual con una persona menor de edad o incapaz.

Hasta la presente reforma se admitía la autoría del cliente pero con restricciones²⁷⁶, situación que se agravó con el Acuerdo del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 9 de febrero de 2005, en el que se afirmaba que *“en principio sería sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el artículo 189.4 CP el que realizase una actividad de tercería respecto a la conducta típica prevista en el mismo”*. A raíz de dicho Acuerdo, el único modo de asegurar el castigo del cliente, pasaba por efectuar una reforma legal que tipificase esa conducta y que venía establecida en la Decisión Marco 2004/68/JAI, en su art. 2 c) ii) donde preveía el hecho de *“practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se prestase a practicar actividades sexuales”*.

A partir de esta reforma, el cliente del menor cometía delito en todo caso, independientemente de que estuviera en estado de prostitución previa o de si con esa conducta favoreciera la dedicación habitual a esa actividad, e incluso va mas allá, ya que la aceptación o la propia solicitud de la relación sexual a cambio de precio se castigaba de igual forma que su obtención, lo que podía calificarse de contrario respecto al principio de proporcionalidad.

²⁷⁶ Vid., CUGAT MAURI, M., “La adaptación de...”, *cit.*, p. 174. En igual sentido la misma autora, CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J/ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 237.

Por último, en cuanto a esta novedad se refiere, es de destacar que por primera vez se establecía en este tipo de delitos la “remuneración o promesa” que mediaba en el tráfico sexual, siendo indiferente la forma de pago bien en dinero bien en especie²⁷⁷. Por tanto, ahora basta que se solicite, acepte u obtenga a cambio de remuneración o promesa, una relación sexual entre personas, ejerzan ya la prostitución o no. Sin embargo, ORTS BERENGUER consideraba que existía desproporción al castigar igual solicitar que aceptar y que obtener una relación sexual. Consideraba que se debería castigar con mayor rigor a quien consiguiera el propósito sexual con el menor, para a continuación castigar a quien aceptase o solicitase la relación sexual²⁷⁸.

2).- Por otro lado se preveía un tipo cualificado específico para el caso de que la víctima tanto de la modalidad de favorecimiento de la prostitución como de las relaciones sexuales mediante precio o promesa fuera un niño menor de 13 años, supuesto en el cual la pena privativa de libertad se fijaba entre cuatro y seis años²⁷⁹.

²⁷⁷ *Vid.*, CUGAT MAURI, M., “La adaptación de...”, *cit.*, p. 175. *Vid.*, CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la...”, *cit.*, 2010, p. 238.

²⁷⁸ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución y corrupción de menores” en ORTS BERENGUER, E. y VVAA, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 288-290.

²⁷⁹ *Vid.*, ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la...”, *cit.*, p. 290.

3).- Por último destacaba la regla concursal en el apartado 5 de dicho precepto en el que se establecían las penas señaladas en los respectivos casos independientemente de las que correspondiesen por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidos sobre los menores e incapaces. Al respecto si el favorecimiento era para que se prostituyeren varios menores o incapaces existía un concurso real²⁸⁰. Al respecto CUGAT MAURI defendía que no podía confundirse el medio comisivo del delito relativo a la prostitución con el del propio delito sexual que pudiera entrar en concurso con éste, ya que era posible que, en una situación de prostitución consentida por el menor, específicamente se cometiera una agresión sexual que entrase en concurso con el primer delito²⁸¹.

- La segunda novedad se encontraba en el artículo 188.2, 3 y 4 CP²⁸².

²⁸⁰ En este sentido resultaba más problemático los supuestos de favorecimiento de un menor de 13 años, ya que podía subsumirse en el art. 187 y en el 181 o en el 182. La jurisprudencia establecía dos posturas para dar solución a esta cuestión, o bien se aplicaba un concurso ideal, o bien un concurso de normas y se resolvía por la regla 4ª del art. 8 CP. Vid., ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la...", *cit.*, p. 291.

²⁸¹ Vid., CUGAT MAURI, M., "Delitos contra la...", *cit.*, 2010, p. 238.

²⁸² Vid., CUGAT MAURI, M., "La adaptación de...", *cit.*, p. 175.

El art. 188 de la LO 5/2010 establecía que: "1. *El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años o multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.*

2. *Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.*

Para ello, el legislador establecía en el párrafo 2º para el responsable, una pena de prisión de cuatro a seis años cuando las conductas violentas, coactivas forzadas o abusivas de prostitución se realizaran sobre menor o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución. ORTS BERENGUER afirmaba en este punto que no debería imponerse la misma pena a quien emplee violencia intimidación respecto de aquel que emplee engaño²⁸³.

En su párrafo 3 agravaba la pena, imponiendo de cinco a diez años al que llevase a cabo la conducta descrita siendo la víctima menor de trece años.

Y finalmente en su párrafo 4 establecía como tipos cualificados los siguientes:

a).- Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, aplicando

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a.- Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b.- Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c.- Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

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

²⁸³ Vid., ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la...”, *cit.*, p. 294.

en este caso además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b).- Cuando el culpable perteneciera a una organización criminal o grupo criminal que se dedicase a tales actividades.

c).- Cuando el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima²⁸⁴.

-La tercera novedad aparecía relacionada con los delitos de corrupción de menores y de pornografía infantil, cumpliendo de esta manera con la Decisión Marco 2004/68/JAI y por las que se añadían figuras delictivas consistentes en la utilización de menores e incapaces para que realizaran espectáculos exhibicionistas o pornográficos por los que el autor obtuviera un lucro (artículo 189.1 CP) y la captación de menores e incapaces para tales actividades, incluyendo como delito la conducta de ofrecimiento de material de pornografía infantil, castigándose la publicidad o anuncio de este material, elevándose las penas tanto del tipo básico como del agravado²⁸⁵.

²⁸⁴ CUGAT MAURI consideraba acertada la agravación de la pena en los supuestos de una puesta en peligro de la vida por falta de adopción de las normas de cuidado que se consideraban básicas y aquellos supuestos de puesta en peligro de la salud de la víctima a los que se encontraban sometidas. *Vid.*, CUGAT MAURI, M., "Delitos contra la...", *cit.*, 2010, p. 240.

²⁸⁵ La utilización de menores para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico suponía emplear a los menores, bajo su consentimiento, como protagonistas, con una participación relevante. *Vid.*, ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la...", *cit.*, p. 298. Sin embargo, la captación de menores podía plantear problemas de interpretación con el art. 177 bis CP que regulaba la trata de personas para su explotación sexual, entendida esta como la captación de una persona con fines de explotación sexual, entre ellas la pornografía. A ello debe añadirse la diferente naturaleza de ambos delitos, ya que mientras el delito de trata ostentaba un

sujeto colectivo, no ocurría lo mismo en el delito de captación para fines exhibicionistas o pornográficos. *Vid.*, CUGAT MAURI, M., "La adaptación de...", *cit.*, pp. 177-178. *Vid.*, CUGAT MAURI, M., "Delitos contra la...", *cit.*, 2010, p. 241.

El art. 189 de la LO 5/2010 establecía que: "1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:*

a.- El que captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b.- El que produjere, vendiere, distribuyere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces, o lo poseyera para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años. (se mantiene igual que en la reforma de 2003)

3. Serán castigados con la pena de, prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a.- Cuando se utilicen a niños menores de trece años.

b.- Cuando los hechos revistan un carácter degradante o vejatorio.

c.- Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

d.- Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

e.- Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

f.- Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de estado de prostitución o corrupción, no haga posible para impedir su continuación en tal estado, no acuda a la autoridad

-La cuarta y última novedad la encontramos en el art. 189 bis CP para castigar la actuación de la persona jurídica²⁸⁶.

En cuanto a las Disposiciones comunes del Capítulo VI, se mantuvo el articulado anterior a excepción del artículo 192 que se modificó íntegramente²⁸⁷. En este precepto se introdujo la libertad

competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”.

8. Suprimido por esta Ley”

²⁸⁶ Vid., CUGAT MAURI, M., “La adaptación de...”, *cit.*, p. 178. Vid., CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la...”, *cit.*, 2010, pp. 244-245.

El art. 189 bis de la LO 5/2010 establecía que : “ *Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Cap., se impondrán las siguientes penas:*

a.- Multa del triple al quintuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b.- Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

c.- Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.

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 art. 33”.

²⁸⁷ Art. 192 de la LO 5/2010: “1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera

vigilada como medida de imposición en la sentencia condenatoria, de carácter preceptivo para todos los condenados a pena de prisión por los delitos de este título a excepción de lo que acordase el Tribunal respecto a los delincuentes primarios que además sean condenados por un único delito en los que concurra menor peligrosidad. A dicha novedad se añadía también la posibilidad de que el Juez o Tribunal de forma motivada determinase la privación de la patria potestad con el propósito de ofrecer mayor protección a los menores²⁸⁸.

grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervenga como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad”.

²⁸⁸ Vid., CUGAT MAURI, M., “La adaptación de...”, *cit.*, pp. 178-179. En igual sentido, Vid., ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la...”, *cit.*, p. 309 y Vid., CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la...”, *cit.*, 2010, pp. 245-246.

5.3 - La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo

5.3.1.-Marco normativo

El legislador con la actual reforma pretendía justificarse, presentando esta como “Proyecto en Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley 10/1995 de 23 de noviembre, de Código Penal”, aparentando modificaciones particulares del texto punitivo de 1995. Sin embargo, se constata un cambio de sentido total del que fue llamado “Código penal de la democracia”, por lo que se trataba formalmente de un nuevo Código debido a la nueva mentalidad político-criminal autoritaria, en la que los políticos se habían dejado llevar en cierto modo por la presión social que hayan podido apreciar en ciertos delitos en los que o bien no habrían tenido respuesta penal o si la han tenido no había sido la esperada²⁸⁹.

La Reforma de 2015 recogía más ideas punitivas del Partido Popular. En algunos temas, esta reforma asumió como propios los deseos de venganza que reclamaba la sociedad. En este sentido se abrieron las puertas al derecho penal de autor. En otros, parecía orientada a dejar sin efecto decisiones de su predecesor texto punitivo. Ejemplo de tal afirmación es la modificación en el régimen

²⁸⁹ VIVES ANTÓN, T.S., “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en GONZALEZ CUSSAC, J.L (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, A / GÓRRIZ ROYO, E., (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.18-23.

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que tal y como se encuentra sancionado es difícil que estas lleguen a una imputación. Esto venía derivado de las presiones del mundo empresarial²⁹⁰.

Por lo que al presente estudio se refiere, se produjeron varias modificaciones en el articulado, ya que tal y como constata el Preámbulo I de la mencionada LO 1/2015 de 30 de marzo, se hacía necesario fortalecer la confianza de la Administración de Justicia disponiendo de un sistema legal que garantizase resoluciones judiciales previsibles que, sobre todo, se considerasen en nuestra sociedad como justas. Siguieron el modelo de países de nuestro entorno europeo. Además, gran parte de las reformas llevadas a cabo se encontraban justificadas, como ha quedado constatado en anteriores apartados, por la necesidad de atender compromisos internacionales, entre ellos la aludida Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas²⁹¹.

5.3.2.- El delito de trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos del actual artículo 177 bis, nació con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres

²⁹⁰ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal...*, cit., pp. 225-231.

²⁹¹ BOE núm. 77 de fecha 31 de marzo de 2015.

humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituyó la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Sin embargo, aunque la reforma del año 2010 tuvo en cuenta el proyecto marcado por esta Directiva, existían cuestiones que no fueron reflejadas y que era necesario que se contemplaran para lograr una completa transposición de la normativa europea. Son las referidas a las formas de comisión del delito, en las cuales, se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concretar matrimonios forzados. De la misma forma, también se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. El concepto de vulnerabilidad se delimita conforme al texto de la Directiva europea. Y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves²⁹².

De otra parte, era necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis con una doble finalidad:

1º).- Por un lado, para determinar las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, tal y como establece la Directiva 2002/90/CE, diferenciando a la trata de seres humanos de dichas conductas.

2º).- Y de otro lado, para ceñir las penas conforme lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente

²⁹² Recogido en el BOE mencionado anteriormente.

establecía para los supuestos básicos la imposición de penas de duración máxima de un año, reservando las penas más graves para los casos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. Como en líneas anteriores se ha dicho, estas ya fueron introducidas con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis CP. Ello se produce porque tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantiene la misma penalidad agravada y, en muchos casos desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Se delimita con ello el ámbito de las conductas punibles: la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves, excluyéndose la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias²⁹³.

²⁹³ *Trata de seres humanos. Artículo 177 bis del Código penal*, realizado por el Observatorio de la Justicia y de los Abogados del área procesal penal del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, disponible en web.icam.es/bucket/INFORME%20TRATA%20DE%20SERES%20HUMANOS.pdf fecha última consulta 1 de marzo de 2019.

Finalmente, en la reforma se produce la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

En lo que al Título VIII se refiere, el legislador va más allá de lo exigido en los compromisos internacionales aludidos con anterioridad, configurando nuevos tipos, extendiendo el ámbito de aplicación de los que ya existían y endureciendo las penas.

5.3.3.-Delitos de prostitución y corrupción de menores

El Capítulo V modifica el Título y pasa a regular *los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores*, siendo objeto de transformación los artículos 187, 188 y 189 CP, manteniéndose el resto del articulado.

La primera modificación se constata en la alteración numérica de los artículos, de tal forma que los delitos relacionados con la prostitución de adultos pasan a estar tipificados en el artículo 187 CP y las distintas formas de prostitución de menores se regulan en el artículo 188 CP.

a).- Prostitución de adultos

El artículo 187 actual²⁹⁴, mantiene la definición de prostitución forzada o coactiva en los términos de la redacción anterior, aunque con ligeros cambios lingüísticos. Mantiene los mismos medios comisivos, es decir, la violencia, la intimidación o el engaño o el abuso de situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. La única variación se produce en el

²⁹⁴ Art. 187 de la LO 1/2015:” 1. *El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a.- Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.

b.- Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a.- Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b.- Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

c.- Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

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

incremento de pena privativa de libertad para este delito, aumentándola de dos a cuatro años a dos a cinco años, manteniendo la misma pena de multa²⁹⁵.

En su párrafo 1º presenta una mejora respecto del texto de 2010, toda vez que no sólo se exige el simple lucro, sino también que exista explotación de la prostitución ajena, determinándose en el mismo artículo lo que significa el término de explotación. Para ello el legislador establece taxativamente en qué casos debe entenderse que existe explotación, determinando las siguientes situaciones o bien que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o vulnerabilidad económica, o que a la víctima se le impongan para el ejercicio de la prostitución unas condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas²⁹⁶.

El artículo 187.2 mantiene los tipos agravados que anteriormente se establecían en el precepto 188.4, al igual que el artículo 187.3 no sufre variación alguna respecto al anterior a excepción de que se regulaba en el artículo 188.5 del Código penal de 2010, en el que establecía que la penas señaladas se impondrían en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondiesen

²⁹⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L y VVAA, *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 467.

²⁹⁶ *Vid.*, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos contra...”, *cit.*, p. 467. Del mismo modo ORTS BERENGUER, E., “Determinación de la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 CP)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.) y MATALLÍN EVANGELIO, A., y GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.) *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 638-639.

por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida²⁹⁷.

b).- Prostitución de menores

El artículo 188²⁹⁸, tipifica la prostitución de menores de 18 años o discapacitados necesitados de especial protección. El nuevo

²⁹⁷ Vid., ORTS BERENGUER, E., "Determinación de la...", *cit.*, pp. 638-639.

²⁹⁸ Art. 188 de la LO 1/15: "1. *El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a.- Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

b.- Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

c.- Cuando para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d.- Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

texto contempla diferentes modalidades relativas a la prostitución de menores incluida la prostitución coactiva o violenta.

En su apartado 1º este precepto mantiene las conductas de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución, es decir, actos de intermediación. La única modificación se encuentra en el aumento de la pena privativa de libertad para el culpable ya que de uno a cinco años ahora la condena oscila de dos a cinco años de prisión. En cuanto a los sujetos pasivos engloba a los menores entre dieciséis y dieciocho y a los discapacitados necesitados de especial protección, término que en el anterior texto punitivo se reducía al incapaz²⁹⁹.

e.- Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

f.- Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

4. El que solicite, acepte u obtenga , a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

²⁹⁹ El art. 25 del Código penal de 2015 define a persona con discapacidad necesitada de especial protección como *aquella persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.*

Del mismo modo se castiga, con buen acierto, la obtención de lucro con la prostitución de estos mismos sujetos pasivos, entendido este en sentido jurídico penal y la explotación de *algún otro modo* o a una persona con discapacidad para estos fines (esta explotación debe guardar similitud en lesividad a las de promover, favorecer, etc., y mantener un claro objetivo como es el de fomentar la prostitución tanto de menores como de discapacitados necesitados de especial protección). En este sentido ORTS BERENGUER considera que este apartado es desafortunado, entendiendo que, *solamente está plenamente justificada la intervención punitiva, desde el punto de vista constitucional, en la determinación de la prostitución o el mantenimiento en ella por medio de la violencia, la extorsión, etc., o cuando menos cuando hay una explotación abusiva de la misma. Y no lo está en absoluto el castigo del sujeto que se lucra de la prostitución de quien la ejerce de forma libre y de forma libre consiente en que de sus ingresos se lucre aquél*³⁰⁰.

Para el supuesto de que la víctima sea menor de dieciséis se aumenta la pena de prisión de dos a ocho años, con respecto a la anterior regulación, manteniendo idéntica multa³⁰¹.

El apartado 2º del artículo 188 actual, se presenta equiparado con el del anterior texto punitivo, con la diferencia por los cambios en la figura inicial.

³⁰⁰ Vid., ORTS BERENGUER, E., "Determinación de la...", *cit.*, pp. 644-645.

³⁰¹ Vid., ORTS BERENGUER, E., "Determinación de la...", *cit.*, p. 645.

Incluye, en el apartado 3º, tres nuevas agravantes sobre las que ya existían, estas son: la especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación, el prevalimiento en la ejecución del delito por relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima y la actuación grupal, entendida esta como la actuación de dos o más personas en la ejecución del hecho³⁰².

En su número 4 reproduce el apartado final del número 1 del anterior artículo 187, donde “el incapaz” es sustituido por “persona con discapacidad necesitada de especial protección” y establece como límite máximo de la pena cuatro años de prisión, en lugar de los cinco, establecidos en su antecesor.

Por último, el número 5 se presenta de la misma forma que el artículo 187.5 con la referencia a personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

Finalmente, el artículo 189³⁰³ actual regula las actividades relacionadas con la pornografía realizada por menores y personas

³⁰² Vid., MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos contra...”, *cit.*, p. 470.

³⁰³ El art. 189 ha sufrido cuatro modificaciones desde su redacción originaria en el CP de 1995. Todas ellas se han caracterizado por ampliar el catálogo de conductas delictivas y aumentar la penalidad de los tipos que existían. Vid., MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos contra...”, *cit.*, p. 471.

Art. 189 de la LO 1/2015:”1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a.- *El que capture o utilicare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos*

con discapacidad necesitadas de especial protección, manteniendo las conductas típicas recogidas en el número 1.a) y b), pero, sustituyendo, al igual que en los preceptos anteriores, el término “incapaz” por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” y en su apartado b), “material pornográfico” por “pornografía infantil”, basándose en la definición tomada de la Directiva 2011/93/UE. Mediante la introducción de este artículo, el legislador ha pretendido proteger tanto a los menores como a los discapacitados respecto a prácticas que pueden afectar negativamente en sus procesos de formación y socialización, a su bienestar psíquico, a su intimidad, incluso a su libertad y ello con el fin de evitar que estos sujetos sean utilizados para fines exhibicionistas o pornográficos.

En cuanto a las agravaciones recogidas en dicho precepto se condena de igual forma que en el anterior código, pero se establecen modificaciones en cuanto al mismo:

1).- Se aumenta la edad del menor de 13 a 16 años de edad.

2).-Se sustituye el término “incapaz” por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera d estas actividades o se lucrare con ellas.

b.- El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido....”

3).- Se incluye como novedad el apartado d), otorgando importancia al material, en cuanto a cantidad y no de su valor, como en el anterior texto punitivo.

4).- Se añade la frase *“o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad”*, de tal forma que el mero dato de parentesco, es irrelevante si no se aportan alguna clase de ventaja o capacidad para influir en estos sujetos.

5).- Por último se incluye como novedad también la reincidencia en cuanto a calificarla de circunstancia agravante.

El mencionado precepto, también castiga otras conductas tales como el actuar con violencia o intimidación en la captación o utilización a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte o financiar cualquiera de estas actividades o se lucrara con ellas.

En todas estas conductas en las que participa un menor o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se aplica la pena superior en grado. Para ello debe revestir cierta relevancia para que los asistentes delincan bien en la adquisición o posesión de pornografía infantil o en cuya colaboración se utilice a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, bien en el acceso a pornografía infantil o en cuya colaboración se utilicen

a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de TICs.

Con el objetivo de que estos hechos puedan imputarse subjetivamente, se exige que el autor/res conozca que las personas que utiliza o visualiza en vivo o en cualquier soporte son menores de edad o discapacitados. En este sentido ORTS BERENGUER manifiesta que, *si la conducta típica no afecta ni a personas discapacitadas ni a menores no hay ni bien jurídico lesionado ni puesta en peligro ni sujeto pasivo y su castigo, chocaría frontalmente con los principios de ofensividad y prohibición de exceso*³⁰⁴

Por último se mantienen las medidas del apartado 7 con idéntico contenido que su anterior texto. En su número 8, establece una medida coherente para luchar contra la pornografía infantil y la elaborada con personas discapacitadas.

El Capítulo VI de este Título establece las disposiciones comunes a todos estos preceptos, modificándose tan sólo el artículo 192 CP³⁰⁵ y añadiendo a las penas previstas en el mismo, la de

³⁰⁴ Vid., ORTS BERENGUER, E., "Determinación de la...", *cit.*, p. 654.

³⁰⁵ Art. 192 de la LO 1/15:"1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título. se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto directo y regular con menores de edad.

6.- Conclusiones

De lo expuesto en el presente capítulo, se puede inferir que tanto la prostitución como la corrupción de menores han tenido un marcado itinerario legislativo a lo largo de los siglos en función de

2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años.

A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Cap. II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

las políticas adoptadas. No ocurre así respecto del delito de trata de seres humanos.

Se constata que, tanto en sus primeras manifestaciones durante la época antigua, como durante el S. XIX, existía una escasa legislación vinculada a la prostitución y corrupción de menores, caracterizada por encontrarse regulados dentro de los delitos contra la honestidad.

Es a partir del S. XIX cuando se produce un cambio de ruta con la aprobación de la Ley 21 de julio de 1904 que reforma el CP de 1870, considerada precedente jurídico para sancionar la prostitución de personas mayores, puesto que por primera vez introduce en los criterios punitivos los actos de cooperación y protección de la prostitución de adultos. El principal motivo de esta reforma se encuentra en el Congreso de Londres de 1899 y 1902. Ello desemboca en la reunión de París de 1902 en la que 16 países se ponen de acuerdo en la necesidad de afrontar el problema de la trata mediante una legislación internacional para poder erradicar este fenómeno considerado desde el inicio como una lacra social.

En nuestro país el tema comienza a tomar cierta relevancia a partir del IV Congreso Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910.

Dentro de este siglo XX, los diferentes textos punitivos aprobados van modificando los preceptos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Se observa ese cambio de orientación aludido anteriormente en la transformación que provoca el paso de

un sistema reglamentista, que había imperado en España, caracterizado por regular los actos y el ejercicio de la prostitución, a un sistema abolicionista en el que se prohíben los centros de tolerancia y se sanciona todo tipo de intervención de un tercero en el trabajo sexual adulto, con independencia de que este fuera voluntario o forzado, incluyendo únicamente la recluta como acción de la Trata de Seres Humanos, comparándolo con el rufianismo y proxenetismo. Claro ejemplo es la aplicación del artículo 452 bis del Código penal de 1973, considerado como la primera referencia histórica al delito de trata de seres humanos, el cual pese a la importancia que tuvo en su momento tuvo nula aplicación por los problemas de interpretación que arrojaba.

Del mismo modo adquiere importancia, la reforma operada en el texto punitivo de 1995 que provoca un cambio radical desde el punto de vista de los delitos relacionados con la prostitución, no sólo en su enfoque sino también en su persecución, debido a que distingue entre la prostitución de menores o incapaces y la prostitución de mayores, haciendo desaparecer el art. 452 bis CP. Sin embargo, en la práctica este texto punitivo carece de una protección jurídica desde el punto de vista de los delitos de significado sexual, motivo por el cual se hace necesaria una reforma, la LO 11/1999 de 30 de abril. El objetivo del legislador tras la aprobación de esta Ley pasa por dos modificaciones:

-Por un lado, efectúa un cambio en la rúbrica, “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” ya que considera que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en este Título, debiendo tomarse en consideración los derechos inherentes a la dignidad de

la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad sexual de menores e incapaces, como bienes afectados por estas conductas.

-Y por otro lado, realiza una revisión sobre el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual.

Instaurado ya el S. XX, la consecuencia más inmediata es la modificación de los artículos 318 bis y 188 CP para combatir el tráfico ilegal de personas. Se hace necesario aplicar un conjunto de medidas legislativas para completar dicho plan. Para ello, se aprueba la LO 11/2003 de 23 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, con el objetivo de dar respuesta penal a estas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer los delitos. Sin embargo, en la práctica el artículo 188 CP entremezcla la penalización del proxenetismo en el mismo artículo y párrafo que la prostitución violenta, provocando problemas de interpretación.

Como consecuencia de este problema, se reforma el Código penal de 1995, mediante la LO 5/2010, caracterizada por ser más restrictiva y más dura. Destacan como novedades la introducción como título independiente del Título VII bis con único precepto relativo a la Trata de Seres Humanos tipificado en el artículo 177 bis CP y la modificación de la prostitución de menores y mayores de edad en atención a la DM 2004/68/JAI.

Dado que el artículo 177 bis, cumple con el consenso terminológico internacional en la materia, pero elimina de este precepto la descripción típica, el término de *tratar o traficar*, a diferencia de la normativa internacional y comunitaria, el 30 de marzo se aprueba la LO 1/2015. La nueva norma deviene incluso más dura que la anterior desde el punto de vista penológico. Dicha modificación viene a cubrir cuestiones necesarias para la completa transposición de la normativa europea en las formas de comisión del delito exigidas para tipificar el delito de Trata de Seres Humanos, en el que finalmente se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento a las víctimas o la trata con finalidad del matrimonio forzado. También transforma los delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores y el artículo 318 bis CP encargado de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE TRATA DE SERES

HUMANOS

CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS

1.- Introducción

Visto el *iter* histórico que supuso la punición de la explotación sexual vinculada a la trata de mujeres, en este capítulo se intentará explicar el cambio de visión político-criminal que deja de prestar atención exclusiva al delito para tomar como eje central la protección de la víctima, sin olvidar la normativa europea, internacional y nacional que se ocupa de su regulación y de su conceptualización.

Del mismo modo, se va a exponer, a partir de la introducción de delitos específicos de la trata de seres humanos y del tráfico ilegal de personas, qué se entiende por trata y que por tráfico.

2.- Marco normativo

Debido a la trascendencia y transnacionalidad del delito, existe un marco normativo supranacional que conviene explicar.

2.1- Normativa Europea

Tras el Pacto de adhesión de España a la Comunidad Europea el 12 de junio de 1985³⁰⁶, nuestro país, se incorpora a la UE y participa de la creación del derecho que emerge, fundamento jurídico necesario de todo sistema político comunitario europeo. Este Derecho emanado de las instituciones comunitarias en ejercicio de su poder normativo prevalece sobre el Derecho nacional. Es decir, prima la norma comunitaria sobre cualquier norma de carácter interno, ya sea una ley, un reglamento, un decreto, una resolución, una circular, etc.

Esta primacía del ordenamiento comunitario es de aplicación obligatoria por parte del poder judicial. Es el juez competente en una materia determinada quien está obligado a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria.

³⁰⁶ Tuvo su entrada en vigor el 1 de enero de 1986.

El órgano jurisdiccional europeo encargado de velar por el respeto del principio de primacía es el Tribunal de Justicia controlando su correcta aplicación y sancionando, si se da el caso, a los Estados miembros en caso de incumplimiento de tal disposición. Este Derecho comunitario se integra en los ordenamientos jurídicos de los países miembros sin fórmula alguna, pasando a formar parte del derecho interno. Por tanto tiene una aplicabilidad directa.

En lo que a la materia objeto del presente estudio se refiere, la influencia de la UE en el modelo de persecución del tráfico y de la trata de personas ha sido de tal calado en nuestra legislación penal, que conviene hacer un estudio minucioso de cómo la normativa de la UE, tanto comunitaria como extracomunitaria y la normativa internacional han tenido influencia en la normativa nacional. En este sentido se ha seguido a “grosso modo”, el esquema que plantea DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO en su manual *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, por considerar que efectúa la más completa y precisa distinción en esta materia. Este autor realiza una distinción entre el derecho originario³⁰⁷ recogido en los Tratados fundacionales y Tratados modificados y complementarios y el

³⁰⁷ En este sentido, el Derecho originario o primario está constituido sustancialmente por las normas constitutivas y sus modificaciones. Está formado por Tratados constitutivos o fundacionales, los Tratados de reforma, los Tratados complementarios y los Tratados de adhesión, constituyendo la normativa suprema en la jerarquía del DUE. Las características fundamentales del Derecho originario son la superioridad jerárquica y su vinculación y directa aplicación. *Derecho de la Unión Europea*, realizado por Sarrión Esteve, disponible en [https:// www.tirant.com.tema 25_Todo](https://www.tirant.com.tema_25_Todo), fecha última consulta 2 de marzo de 2019.

derecho derivado³⁰⁸, donde se detallan los reglamentos³⁰⁹, Directivas³¹⁰ y Decisiones³¹¹.

2.1.1.- Normativa de la UE

a).- Protección frente a la inmigración y la trata de personas

La Comunidad Europea ha puesto especial atención a la trata de seres humanos y a la inmigración ilegal, tanto en el campo legislativo como en el político.

³⁰⁸ El Derecho derivado está compuesto por las disposiciones de carácter normativo de las instituciones de la Unión que gozan de competencia para dictarlos o aprobarlos de conformidad con lo previsto en los propios Tratados y que vincularán a los estados miembros y las instituciones, conforme a su naturaleza. Su característica principal es su eficacia, pudiendo ser vertical (se refiere a las relaciones entre los estados miembros y los ciudadanos) y horizontal (se refiere a las relaciones entre particulares). *Vid., Derecho de la..., cit.*

³⁰⁹ Los reglamentos son disposiciones generales de obligado cumplimiento y directamente aplicables en los Estados miembros desde el mismo momento de su publicación en el DOUE. Son normas de alcance general que gozan de plena eficacia. No requieren su trasposición y no pueden ser objeto de reservas. *Ibidem.*

³¹⁰ Las Directivas al igual que los reglamentos, son disposiciones obligatorias que pueden surgir del Consejo, la Comisión o el Parlamento pero a diferencia de estos no son de aplicación inmediata. La directiva contiene unos objetivos que los Estados miembros habrán de cumplir usando los medios del Derecho interno, dentro del plazo indicado. *Ibidem.*

³¹¹ Las Decisiones en cambio, son disposiciones de carácter obligatorio, al igual que las directivas y los reglamentos, pero con un alcance que puede ser general o determinado, en cuyo caso será obligatorio sólo para los estos. *Ibidem.*

De acuerdo con el marcado itinerario legislativo, han existido varias disposiciones normativas, de las cuales destacaron por su relevancia las siguientes:

a.1).- Derecho originario de la UE

Destacaron dos tratados:

1).- El *Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992*³¹², considerado la piedra angular en el proceso de integración europeo.

A través de este Tratado se ofreció una cooperación intergubernamental del TUE, basada en la Justicia y los Asuntos de Interior. Puso el foco de atención en asuntos de interés para todos los estados miembros tales como terrorismo, inmigración clandestina, política de asilo, tráfico de drogas, la delincuencia internacional, aduanas y la cooperación judicial. Destacó la creación de la EUROPOL³¹³, futura policía europea como una de las novedades.

³¹² Este Tratado fue modificado posteriormente por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, los cuales se analizan seguidamente. DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, ed. La ley, Madrid, 2007, p. 138.

³¹³ La EUROPOL es la agencia encargada de velar por el cumplimiento de la ley en la UE, contribuyendo a que Europa sea más segura y ayudando a las autoridades responsables de la aplicación de la ley en los países miembros de la UE. Desde el 1 de enero de 2010, EUROPOL es una agencia de la UE, financiada por el presupuesto de la Unión, contando con casi mil cien efectivos destinados en el cuartel de La Haya. La principal actividad de esta agencia se centra en mejorar el intercambio de

En concreto, recogía las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, con el objetivo de poner al servicio de los ciudadanos un elevado grado de seguridad, a través de la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no. Para conseguir este objetivo elaboraron una acción conjunta entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal, en particular destacó la trata de seres humanos.

2).- Destacó igualmente, el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en la versión consolidada tras las modificaciones introducidas en los Tratados de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y el de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001*. Este último entró en vigor el 1 de febrero de 2003. En

información entre autoridades policiales. Con este objetivo elabora una evaluación de la amenaza que representa para los Estados la delincuencia organizada y grave (SOCTA) en la que se basan las decisiones del Consejo, así como un informe sobre la situación y las tendencias del terrorismo en Europa (TE-SAT). Carece de poderes coercitivos, es decir, ni puede detener ni llevar a cabo registros domiciliarios. En las recientes conclusiones del Consejo sobre la determinación de prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia internacional organizada y grave establecida para los años 2012 a 2018, se establece como prioridad 5, combatir la trata de seres humanos en la UE destinada a toda forma de explotación, incluidos la explotación sexual y laboral, así como toda forma de trata de menores. Esta prioridad según este informe, se ejecutará a través de un Plan de Acción operativo, debiendo tenerse en cuenta la experiencia adquirida durante la ejecución de la prioridad sobre la trata de seres humanos correspondiente al ciclo de actuación anterior. *Oficina europea de policía (Europol)*, disponible en <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/europol-es>, fecha última consulta el 2 de marzo de 2019 y *La cooperación policial*, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/156/la-cooperacion-policial>, fecha última consulta el 2 de marzo de 2019.

concreto propuso como objetivo una política común para establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. En este sentido debían luchar y prevenir la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude. A tal fin el Consejo debía adoptar ciertas medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, medidas de acompañamiento relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración, medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia y medidas sobre política de inmigración relativas a las condiciones de entrada y residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar así como las relativas a la inmigración y residencia ilegales, incluyendo la repatriación de residentes ilegales³¹⁴.

³¹⁴ El Acuerdo Schengen, firmado el 14 de junio de 1985, y el Convenio Schengen, que completa al anterior, firmado el 19 de junio de 1990, relativos a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, así como la normativa adoptada sobre la base de ambos textos y los acuerdos conexos formaron el llamado “*Acervo Schengen*”. Desde 1999 este acervo Schengen está integrado en el marco institucional y jurídico de la UE en virtud del protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam. En este acuerdo se proponen como medidas aplicables las siguientes:

1).- Medidas aplicables a corto plazo: La cooperación entre las autoridades aduaneras y policiales de los estados parte en los Acuerdos en la lucha contra la entrada y la estancia irregulares de personas.

a.2).- Reuniones del Consejo de Europa.

Son necesarias citarlas por la importancia de las conclusiones que se adoptaron en las mismas, centrandó la actuación posterior de las instituciones comunitarias en materia de inmigración, sin embargo, estas reuniones carecían de valor jurídico. Destacaron la del Consejo de Tampere, la de Niza y la de Bruselas.

1).- La primera reunión fue la del *Consejo de Tampere*, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999. En esta se concluyó que la Unión debía desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración. A tal fin se estableció la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la

2).- Medidas aplicables a largo plazo: Las partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a las fronteras externas. Para tal fin armonizarán las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles y se adoptarán medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmigración ilegal de nacionales de terceros estados.

En cuanto al Convenio Schengen, se establece como objetivos los siguientes:

1).- Las Partes contratantes se comprometen a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas.

2).- Las Partes contratantes se comprometen a fijar sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros. *Acervo de Schengen-Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Diario Oficial nº L 239 de 22/09/2000 p. 0019-0062)*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu-TXT-HTML>, fecha última consulta 3 marzo de 2019.

inmigración ilegal y para luchar contra quienes las organizan y cometen delitos internacionales conexos.

En materia de política común de asilo y migración común de la UE propusieron la colaboración con los países de origen y la gestión de flujos migratorios. A tal fin, el Consejo Europeo instó a los Estados a adoptar sanciones rigurosas para el delito de inmigración ilegal y salvaguardar los derechos de las víctimas de estas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños³¹⁵.

2).- La segunda reunión fue la celebrada en el *Consejo Europeo de Niza de 7 de diciembre de 2000*³¹⁶ en la que se proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En esta se reconocieron una serie de derechos, libertades y principios³¹⁷. Trataba de someter a los poderes de la Unión en el

³¹⁵ En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica (celebrado el 20 de junio de 2003) se subrayó la gravedad del delito de trata de seres humanos, incluyéndolo en el ámbito de aplicación de la orden de detención europea adoptada por el Consejo.

³¹⁶ Fue uno de los hitos fundamentales en el proceso de construcción de la política europea de seguridad y defensa (PESD). NAVARRO GONZÁLEZ, A., "La política europea de seguridad y defensa después de Niza" en *Política de Seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI.*, 2002, pp. 105-114.

³¹⁷ Hasta la fecha, la mencionada Carta de los derechos fundamentales era una declaración solemne de las Instituciones europeas, pero sin efecto vinculante. En el momento la misma se incorporó a la Constitución Europea y entró en vigor, los derechos fundamentales comenzaron a ser jurídicamente vinculantes para los estados signatarios del texto. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, disponible en https://www.seaus.net/images/stories/pdf/Carta_de_Derechos_Fundamentales-UE.pdf, fecha última consulta 3 de marzo de 2019.

ejercicio de las políticas comunes en los que se respetasen una serie de derechos y valores fundamentales. Estableció una recopilación de valores y derechos con el objetivo de que los ciudadanos los hicieran propios. A tal fin estableció como principios fundamentales la dignidad, las libertades, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Adquirió relevancia porque era la primera vez que en un texto global se recogían una serie de derechos sociales sobre derechos fundamentales. De tal forma estableció el principio general de no discriminación, proclamando la igualdad entre hombres y mujeres. Igualmente reconoció la importancia de los derechos de menores, de las personas mayores y de personas discapacitadas³¹⁸.

³¹⁸ En este sentido proclamó:

1º-La dignidad considerando que la misma es "inviolable y será respetada y protegida". Entre estos derechos reconoció el derecho a la vida, prohibiendo los tratos inhumanos y degradantes tales como la pena de muerte, la tortura, la esclavitud o la trata de seres humanos.

2º-Las libertades, incluyendo no sólo la libertad de pensamiento, religión, expresión, asociación, sino también el respeto de la vida privada, pluralismo de los medios de comunicación y el derecho a trabajar. Los derechos sociales constituyeron una innovación.

3º-La igualdad, abogando para que "todas las personas fueran iguales ante la ley".

4º-La solidaridad. Este derecho fue recogido por primera vez y ello en atención al derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva (incluyendo el derecho a huelga), el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y de los consumidores.

5º-La ciudadanía, reclamando el Derecho a ser elector y elegible en las elecciones locales y europeas, el derecho a la protección diplomática y consular. Se añadieron el derecho a una "buena administración" y el derecho de acceso a los documentos.

3).- Finalmente destacó la celebrada en el *Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004*. En esta se adoptó el Programa de La Haya. Se recogieron las prioridades de la UE para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en un período de cinco años. Concretamente en sus orientaciones específicas del Programa de La Haya destacaron:

1).- En materia de inmigración, la necesidad de un planteamiento integral que abarcara todas las etapas, que tratase las causas de la inmigración, las políticas de entrada y admisión y las políticas de integración y de retorno.

2).- En materia de asilo y migración, el Consejo Europeo reconoció que la política de la UE debía aspirar a ayudar a terceros países, en forma de plena asociación, en sus esfuerzos por mejorar su capacidad de gestión de la migración y de protección de los refugiados, así como prevenir y combatir la inmigración ilegal, informar sobre los canales legales de migración, crear capacidad de control de fronteras, mejorar la seguridad de los documentos y abordar el problema de retorno. Respecto a los flujos migratorios reconoció la importancia de la supresión rápida de los controles en las fronteras interiores, del establecimiento gradual del sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores y de la consolidación de los controles y vigilancia en las fronteras exteriores de la Unión. A tal fin propuso la creación de un fondo comunitario para la gestión de las fronteras exteriores. Asimismo se valoró satisfactoriamente el

6º-La justicia: Reconoció el derecho de acceso a un tribunal imparcial y a la presunción de inocencia.

Estos derechos se encuentran recogidos en la *Carta de los...*, *cit.*

establecimiento de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en dichas fronteras, desde el 1 de mayo de 2005. Entre las medidas establecidas, propuso para prevenir y controlar la delincuencia, el desarrollo de soluciones armonizadas en materia de identificadores y datos biométricos.

a.3).- Derecho comunitario derivado (aprobado en los últimos años en desarrollo de la política de la UE en materia de migración y lucha contra la inmigración clandestina y trata de seres humanos).

Estas fueron las siguientes:

1).- En primer lugar, la *Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*³¹⁹. Su objetivo esencial se basó en aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en lo que se refiere a la cooperación judicial y policial penal relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

Por la presente Decisión se deroga la parte relativa a la lucha contra la trata de seres humanos de la Acción Común 97/154/JAI.

Consideró la trata de seres humanos como un delito contra las personas cuyo objeto es propiamente la explotación del ser humano, introduciendo en su artículo 1 la definición de la trata de

³¹⁹ Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea. DOCE nº L 203/1.

seres humanos tanto con fines de explotación sexual como laboral, incluyendo la “compraventa” de personas:

“la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella”³²⁰.

³²⁰ Art 1. *Infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual:*

“1.- Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando:

- a).- se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o*
- b).- se recurra al engaño o fraude, o*
- c).- haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o*
- d).- se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.*

2. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1.

3. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1.

4. A efectos de la presente Decisión marco, se tenderá por “niño” toda persona menor de 18 años”.

CUGAT MAURI, M.: “Normativa internacional y derecho comparado” en GARCIA ARAN, M. (Coord.) y VVAA, *Trata de personas y explotación sexual.*, ed. Comares, Granada, 2006, pp.88-89.

Para ello estableció que los Estados miembros debían castigar cualquier forma de contratación, transporte, traslado u alojamiento de una persona a la que se ha desposeído de sus derechos fundamentales. Consideró como punibles los comportamientos delictivos consistentes en aprovecharse de la situación de vulnerabilidad física o mental de una persona³²¹.

Esta Decisión propuso introducir un marco normativo común a escala europea para abordar cuestiones tales como la tipificación penal, las sanciones, las circunstancias agravantes, la competencia y la extradición.

En cuanto a las penas a aplicar exigía tan sólo dos, o bien que se permitiese su extradición (artículo 3.1) o bien que el máximo de pena no fuera superior a ocho años, a excepción de algunos casos que incluyera la comisión del delito en el marco de una organización delictiva (artículo 3.2). Imponía castigo para los que incitasen a la trata de seres humanos y para los actos de complicidad o las tentativas de cometer el crimen, adoptando cada Estado miembro las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la

³²¹ Establecía que cuando el autor de la infracción cometiese uno de los actos tipificados como constitutivos de explotación, tales como el uso de coacción, fuerza o amenazas, incluido el rapto, el recurso al engaño o al fraude, el abuso de autoridad o de influencia, o ejercer presiones, así como el ofrecimiento de pago, el consentimiento de la víctima era indiferente.

La lucha contra la trata de seres humanos, realizada en Europa: Síntesis de la Legislación Europea, disponible en <http://www.europa.eu/legislationsummaries/justicefreedomsecurity/fightagainsttraffice>, fecha última consulta el 3 de marzo de 2019.

comisión de las infracciones mencionadas en el artículo 1³²². A tal fin la Comisión quiso completar los instrumentos destinados a luchar contra la trata de seres humanos y en particular, las iniciativas francesas sobre ayuda a la entrada, circulación y residencia ilegal vinculadas al tráfico ilícito de emigrantes (Directiva 2002/90/CE y Decisión marco 2002/946/JAI³²³); los programas de acción STOP³²⁴

³²² Art. 2 DM 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea.

³²³ DM 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 las estancias irregulares. DOCE núm. 328, de 5 de diciembre de 2002, pp. 1-3. Uno de sus objetivos era ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal. Para tal fin era preciso combatir la ayuda a la inmigración clandestina, tanto a la que se refiere al cruce irregular de fronteras como a las que ayudan a las redes de explotación de seres humanos. Entre sus sanciones se señalaba la extradición. Esta podía ir acompañada de alguna de estas medidas: el decomiso del medio de transporte utilizado para cometer tal ilícito, la prohibición de ejercer, directa o por persona interpuesta, la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción y la expulsión. Sin embargo se exigía que el máximo no fuera inferior a ocho años, o excepcionalmente 6 años en los siguientes casos:

a).- Cuando la conducta consistía en ayudar a entrar o transitar irregularmente por un Estado (no incluye la ayuda a permanecer).

b).- Se actuase con ánimo de lucro.

c).- Se actuase en el marco de una organización criminal (conforme a la Acción Común 98/733/JAI); o bien se pusiera en peligro a la víctima.

³²⁴ Era el llamado Programa de estímulo e intercambios en el ámbito de la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños, creada a través de la Acción común de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea. Como su nombre indica, se caracterizó por establecer un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario Oficial L 322 de 12/12/1996). El objetivo fue propiciar el intercambio de información entre los periodos 1996-2000, a través de un programa de fomento, entre los estados miembros en los ámbitos de la trata de seres humanos, explotación sexual de niños y

y Daphne³²⁵; la Red Judicial Europea; y el intercambio de magistrados de enlace.

En cuanto a las sanciones previstas por las legislaciones nacionales se exigían que estas fueran “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Se permitió aplicar otros instrumentos legislativos ya

desapariciones de menores, que incluyesen iniciativas coordinadas. Para ello utilizaron medios de telecomunicación. Los actores obligados en este escenario eran los jueces, fiscales, servicios de policía, funcionarios públicos responsables en inmigración, control fronterizo, derecho social, derecho fiscal, prevención o lucha contra dichos fenómenos, asistencia a las víctimas o tratamiento de autores. *Programa de estímulo e intercambios en el ámbito de la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños (STOP)*, disponible en <http://eur-lex.europea.eu/legal-content/ES/TXT/uir=LEGISSUM:c10904>, fecha última consulta 3 de marzo de 2019.

³²⁵ Decisión nº 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por el que se aprobó un programa de acción comunitario (PROGRAMA DAPHNE) (2000-2003), sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres (Diario oficial L 34 DE 9/02/2000). La presente Decisión plasmó el concepto de violencia de la que podían ser víctimas niños, adolescentes y mujeres. Buscó una acción concertada a escala mundial para defender los derechos humanos y poner fin a la violencia. Fijó un período de duración de cuatro años. Representó una cooperación europea con las ONG y organizaciones benévolas que ejercían un papel fundamental en la lucha contra la violencia ejercida sobre niños, adolescentes y mujeres. Permitted promover y estimular la difusión de buenas prácticas. En materia de comunicación organizaron campañas de información para sensibilizar a la opinión pública sobre las consecuencias de los daños que esta violencia provocaba en el entorno personal y social sobre las víctimas, en el entorno familiar, en los grupos sociales y la sociedad en general. *Lucha contra la violencia ejercida contra los niños, los adolescentes y las mujeres: programa Daphne*, disponible en <http://eur-lex.europea.eu/legal-content/ES/TXT/uir=LEGISSUM:c10904>, fecha última consulta 3 de marzo de 2019.

adoptados en materia de cooperación judicial y policial, tales como la Acción común 98/699/JAI³²⁶ y la Acción Común 98/733/JAI³²⁷.

Estableció una pena de privativa de libertad en los casos en que se dieran unas determinadas circunstancias, tales como, poner en peligro a la víctima, si la víctima era especialmente vulnerable, y si la infracción se cometía, como las definía la Acción Común 98/733/JAI, en el marco de una actividad delictiva.

Introdujo, en su artículo 4 la responsabilidad de las personas jurídicas³²⁸ cuando la infracción era cometida en provecho por

³²⁶ Diario Oficial nº L 333 de 09/12/1998, pp. 1-3. Relativa a la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

³²⁷ Diario Oficial nº L 351 DE 29/12/1998, pp. 1-3.

³²⁸ Art. 4 Responsabilidad de las personas jurídicas: " 1. Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las infracciones a que se refieren los artículos 1 y 2, cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

a).- un poder de representación de dicha persona jurídica, o

b).- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o

c).- una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Además de los casos previstos en el apartado 1, cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la mencionada persona jurídica cometa una de las infracciones a que se refiere en los artículos 1 y 2 en provecho de dicha persona jurídica o de una persona que se encuentre bajo su autoridad.

3.La responsabilidad de las persona jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de las acciones penales ejercidas contra las personas físicas

cualquier persona, tanto si cometiese la infracción a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostentara cargo directivo. Estas sanciones tenían el mismo carácter que la establecida para la persona física, acarreando multas penales o administrativas y sanciones específicas tales como la prohibición temporal o definitiva de ejercer una actividad comercial, o la exclusión de ayudas públicas o sometimiento a vigilancia judicial o medida judicial de liquidación, o cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión de la infracción (artículo 5 sanciones contra las personas jurídicas).

Las menores víctimas de la trata eran objeto de especial atención, debiendo aplicarse lo establecido en el estatuto de la víctima en el proceso penal regulado en la Decisión marco 2001/220/JAI³²⁹.

que sean autoras, inductoras o cómplices de las infracciones indicadas en los artículos 1 y 2.

4. A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por persona jurídica cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público”.

³²⁹ La Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (DOUE núm. 82 de 15 de marzo de 2001), establecía los derechos mínimos que podían ejercer las víctimas de delitos en relación con los procesos penales antes, durante y después de los mismos. Los Estados miembros estaban obligados a garantizar el respeto a la dignidad de las víctimas y reconocer sus derechos en el proceso. Las víctimas podrían ser oídas durante el proceso así como facilitar medios de prueba que estimasen necesarios. En este sentido aquellas víctimas que desde el primer momento tuvieran contacto con las autoridades policiales tendrían los siguientes derechos:

a)- Información de los servicios u organizaciones sobre el apoyo que pudieran obtener.

En cuanto a criterios de jurisdicción, en aras de evitar que el delito quedase impune por una situación de conflicto de competencias, estableció la competencia jurisdiccional para un Estado cuando se ejecutase la infracción bajo los parámetros de las siguientes condiciones: bien cuando la infracción se cometiese en su territorio (atendiendo al principio de territorialidad), bien cuando el autor de la infracción tuviera nacionalidad del Estado miembro en cuestión (atendiendo al principio de personalidad activa) o cuando la infracción se cometiese en provecho de una persona jurídica establecida en el territorio de dicho Estado miembro.

Igualmente, estableció la adopción de medidas necesarias para enjuiciar a sus nacionales por infracciones cometidas fuera de su territorio nacional, en aquellos supuestos en que los estados denegasen la extradición de sus nacionales.

La Decisión marco era aplicable a Gibraltar.

Esta Decisión fue de suma importancia en nuestra legislación penal, ya que tras su aprobación se produjo la reforma

b).-Lugar y modo en el que podían presentar la denuncia así como posteriores actuaciones en función del proceso penal.

c).- Las condiciones en que pudieran obtener protección.

d).-Las condiciones en que pudieran acceder a la asistencia y asesoramiento jurídico.

e).- Los requisitos para obtener derecho a una indemnización.

f).- Los mecanismos disponibles para no residentes.

Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, disponible en [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUirServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF)

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUirServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF, fecha última consulta 5 de marzo de 2019.

del Código penal por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, en la que se modificó el artículo 318 bis.

Sin embargo, nuestro legislador olvidó hacer mención específica a la obligada armonización que efectuaba también esta DM relativa a la trata de seres humanos. Resultado de ello fue la mención en este precepto pero de forma confusa, equiparando el tráfico y la trata de seres humanos.

Con el cambio de orientación y una vez puesto el foco de atención en la víctima, se hizo necesario modificar esta Decisión Marco con objeto de adaptar la normativa a las exigencias para lograr la protección de las víctimas además de regular este acto ilícito a efectos penales y criminológicos.

Estos esfuerzos se reflejan en la “Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativas a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas en el marco de la Decisión 2002/629/JAI” efectuada en Bruselas en 2009³³⁰. Se pretendió reforzar aspectos que habían resultado insuficientes, tales como fallos en la persecución de los tratantes, en la protección y asistencia a las víctimas y en la falta de desconocimiento de la materia por los responsables.

No obstante, dicha Propuesta no logró llevarse a término como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de

³³⁰ *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativas a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas en el marco de la decisión 2002/629/JAI*, disponible en <https://eur-lex-europa.eu/TXT/uri=CE...>, fecha última consulta 5 de marzo de 2019.

Funcionamiento de la UE o Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009. Este supuso la desaparición de los ejes fundamentales y la extensión del anterior proceso de “codecisión” (denominado ahora procedimiento legislativo ordinario) a diversas conductas entre ellas la trata de seres humanos, cumpliendo así con lo dispuesto en los artículos 79 y 83 de este Tratado³³¹.

³³¹ Art. 79 del Tratado: “1. La Unión desarrollara una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al proceso legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

a).- Las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar.

b).- La definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros.

c).- La inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y repatriación de residentes en situación ilegal;

d).- La lucha contra la trata de seres humanos, en particular mujeres y niños.

...”.

Art. 83 del Tratado: “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine

Posteriormente, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la Trata de Seres Humanos y la protección de las víctimas de 2010 que finalmente vería la luz con la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*³³². Esta Directiva sustituyó la Decisión Marco anterior.

Consideró la trata como un delito grave dentro del marco de la delincuencia organizada y como una de las más graves violaciones de los derechos humanos. Estableció como prioridad para la Unión y los Estados miembros evitar y combatir la trata de seres humanos.

Instó a los Estados Parte a llevar a cabo las medidas necesarias para cumplir con la política de las 3 P.

En cuanto a la definición de trata en su artículo 2³³³, se mostró acorde con la plasmada por Naciones Unidas y el Consejo

otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

...”.

³³² DOUE núm. 101, de 15 de Abril de 2011, p. 1-11.

³³³ En el art. 2 estableció las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos, reconociendo que: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometen intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el

de Europa, e incluyó la extracción de órganos como finalidad de la explotación y que había sido omitida en instrumentos anteriores de la UE.

Respecto de la prevención, el artículo 19³³⁴, estableció la necesidad de emprender acciones en los terceros países de los que fueran originarias o a los que se transfiriesen las víctimas con objeto de que la población fuera consciente de este fenómeno, reducir la vulnerabilidad, apoyar y asistir a las víctimas, combatir las causas de la trata y ofrecer apoyo a estos terceros países para elaborar una legislación acorde de lucha así como otra serie de medidas.

Desde el punto de vista de la persecución o procesamiento denotó especial interés por la regulación de infracciones y sus penas, estableciendo penas de privación de libertad con duración máxima de 5 años para aquellas personas que incurriesen en las conductas de trata tipificadas en el artículo 2 y penas privativas de libertad con una duración máxima de 10 años para los casos en que se tratase de víctimas vulnerables, que se cometiera el hecho

engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

...”.

³³⁴ Art. 19: Ponentes nacionales o mecanismos equivalente

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes. El cometido de tales mecanismos incluirá la evaluación de las tendencias de la trata de seres humanos, la cuantificación los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la recopilación de estadísticas en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito, y la información”.

delictivo en el seno de una organización internacional o que se pusiera en peligro la vida de la víctima.

De igual modo estableció responsabilidad penal para las personas jurídicas³³⁵, orientando a los Estados miembros en el ámbito sancionador, refiriéndose a multas de carácter penal o de tipo administrativo, pero abriendo la vía para incluir otras sanciones³³⁶. Asimismo, recomendó medidas para los Estados

³³⁵ Art. 5: Responsabilidad de las personas jurídicas

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3, cuando estas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, basado en:

a).- un poder de representación de dicha persona jurídica;

b).- una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o

c).- una autoridad para ejercer control dentro de dicha persona jurídica;

2. Los Estados miembros se asegurarán asimismo de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 en beneficio de la persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de algún de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3.

4. A efectos de la presente Directiva se entenderá por “persona jurídica” cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados u organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”.

³³⁶ GARCÍA RIVAS, N., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas”, en LLORIA GARCÍA, P. (Dir.) y CRUZ ÁNGELES, J. (Coord.), *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: género, derecho y TIC*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 68. En este sentido el art. 6 de la mencionada Directiva establecía las sanciones a las personas jurídicas:

miembros en cuanto a la investigación policial, tales como la formación a profesionales, interceptación de comunicaciones, vigilancia, control de cuentas bancarias así como la posibilidad de abrir de oficio un procedimiento y que continuase dicho procedimiento si la víctima por las causas que fuera se apartase del procedimiento (artículo 9³³⁷).

Finalmente respecto a las medidas de protección abogaron por salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitando de ese modo una revictimización de estas y animándolas a testificar en los procesos penales. Para ello debían tener derecho a un asesoramiento jurídico con la posibilidad de solicitar una protección especial por una situación de riesgo³³⁸.

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 o 2, le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o de otro tipo, y podrán incluir otras sanciones como, por ejemplo:

- a).- exclusión del disfrute de las ventajas o ayudas públicas;*
- b).- inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales;*
- c).- sometimiento a vigilancia judicial;*
- d).- disolución judicial;*
- e).- cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción”.*

³³⁷ Art. 9: Investigación y enjuiciamiento

“1. Los Estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración.

...”.
³³⁸ Art. 12: Protección de las víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y los procesos penales:

Por lo que hace al período de reflexión esta Directiva se remite a la Directiva 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades, entre otras.

"1. Las medidas de protección mencionadas en el presente artículo se aplicarán además de los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI.

2. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso inmediato al asesoramiento jurídico y, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización. El asesoramiento jurídico y la representación legal serán gratuitos cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos.

3. Los Estados miembros se asegurarán de que las víctimas de la trata de seres humanos reciban una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo, por ejemplo dándoles acceso, si procede, a programas de protección de testigos u otras medidas similares, de conformidad con los criterios definidos por la legislación o los procedimientos nacionales.

4. Sin perjuicio de los derechos de defensa, y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros velarán porque las víctimas de la trata de seres humanos reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales:

a).- Repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, instrucción o el juicio.

b).- El contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la presentación de declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas.

c).- Testificar en audiencia pública.

d).- Y preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario".

Como novedad, se creó la figura del Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos (artículo 20³³⁹).

Se estableció como plazo máximo para la recepción de esta Directiva en el Derecho nacional hasta el año 2013, motivo por el cual la presente Directiva ha sido una de las consecuencias de la última reforma penal operada en España.

2).- La segunda que destacó en cuanto al Derecho comunitario derivado, fue *la Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002*³⁴⁰, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares³⁴¹. Se caracterizó por establecer que los Estados miembros adoptasen las medidas necesarias para velar porque las infracciones definidas en el Directiva 2002/90/CE fueran punibles con sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias que pudieran dar lugar a la extradición, tal y como anteriormente se ha

³³⁹ Art. 20: Coordinación de la estrategia de la Unión de la trata de seres humanos
“Con objeto de contribuir a una estrategia coordinada y consolidada de la Unión Europea en su lucha contra la trata de seres humanos, los Estados miembros facilitarán la labor de un Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos. Concretamente, los Estados miembros remitirán a dicho Coordinador efectuará su contribución a los informes que cada dos años elaborará la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos”

³⁴⁰ Directiva 2002/90/JAI (DOCE núm. 328 del 5 de diciembre de 2002). Esta Directiva se dirigía solo a la inmigración de ciudadanos extracomunitarios.

³⁴¹ Decisión Marco 2002/946/JAI. Los Estados miembros venían obligados al cumplimiento de estas medidas reguladoras antes del 5 de diciembre de 2004. Motivo por el cual el legislador español para dar cumplimiento a tales medidas aprobó la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en el que se modificó entre otros preceptos el art. 318 bis.

expuesto³⁴². Asimismo estableció que los Estados miembros adoptasen las medidas necesarias para que las infracciones cometidas, establecidas en el artículo 1.1a) y 2a) que hubieran sido cometidas con ánimo de lucro fueran penadas con penas privativas de libertad con duración máxima de ocho años cuando concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

1º.- Que la infracción se cometiera como parte de las actividades de una organización delictiva de acuerdo con la definición de la Acción común 98/733/JAI³⁴³.

³⁴² La Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. En concreto establecía en su artículo 1 que “ *los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas:*

a).- *Contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre la entrada o el tránsito de extranjeros.*

b).- *Y contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio del Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros. Añade que los Estados serán los que decidirán, en aplicación de su legislación, imponer o no sanciones a la conducta de la letra a) en los supuestos de que esa ayuda se considere humanitaria a la persona de que se trate. Se imponen sanciones a los instigadores, y a los cómplices, así como que se castigue la tentativa. Las sanciones penales impuestas pueden ir acompañadas del comiso del medio del transporte utilizado para cometer la infracción penal, la prohibición para ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción así como la expulsión.*

³⁴³ De acuerdo con la Acción común 98/733/JAI del Consejo de 21 de diciembre de 1998, definió organización delictiva como “*asociación estructurada, de más de dos personas, establecida durante un cierto tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de*

2º.- Que se cometiera la infracción poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de infracción.

En el caso español, tras la reforma de la LO 11/2003, el legislador cumplió estableciendo una pena privativa de libertad no inferior a ocho años, pero con el inconveniente de que la pena establecida se impusiera aunque no concurriese ninguna de las dos circunstancias descritas en la Decisión Marco y aunque no se actuase con ánimo de lucro (en concreto el artículo 318 bis establecía una pena de prisión de 4 a 8 años).

3).- La tercera fue *la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de niños y la pornografía infantil*³⁴⁴. Establecía infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños, en concreto cuando los niños eran utilizados para ejercer la prostitución o participaban en espectáculos pornográficos.

4).- La cuarta fue *la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011*, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la anterior Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo³⁴⁵. Esta obligó a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de

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 estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales, y en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad (art.1).

³⁴⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres humanos, en especial menores", en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº 23, 2010, p. 75.

³⁴⁵ DOUE L 335 de 17 de diciembre de 2011.

lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil³⁴⁶.

5).- La quinta fue la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012*, por la que se establecen unas normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos. Esta sustituye la DM 2012/220/JAI. El objetivo era garantizar que las víctimas de delitos recibieran información, apoyo y protección y que pudieran participar en procedimientos penales³⁴⁷.

Al margen de los plasmados, merece señalar otros textos relevantes de la UE³⁴⁸. Estos fueron los siguientes:

1).- La *Decisión del Consejo de la Unión Europea de 3 de diciembre de 1998*, que completó la definición de la forma de delincuencia “Trata de seres humanos” incluida en el anexo del Convenio Europol (1999/C 26/05). En este sentido el concepto quedó plasmado de la siguiente forma:

³⁴⁶ En este sentido estas modificaciones afectaron a los delitos relativos a la prostitución, a los relacionados con la pornografía infantil y al matrimonio forzado, pasando a tipificarse como modalidad agravada de coacciones. MARTÍN ARCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el código penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 135.

³⁴⁷ *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, realizada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, disponible en <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuación/planContraExplotacionSexual/.../P>, fecha última consulta 6 de marzo de 2019.

³⁴⁸ *Vid.*, BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 76.

“es el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarla a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños. Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil”.

2).- La Decisión 2003/209/CE de la Comisión de la Unión Europea, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado “grupo de expertos en la trata de seres humanos”.

3).- La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para lucha contra la trata de seres humanos, en particular mujeres³⁴⁹.

4).- La Directiva 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004³⁵⁰, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades.

³⁴⁹ 2003/C 260/03.

³⁵⁰ DOUE núm. 261 de 6 de Agosto de 2004, pp. 19-23.

5).- La *Decisión del Consejo de la Unión Europea 2006/619/CE de 24 de julio de 2006*, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo.

a.4).-Las actuaciones más relevantes de las instituciones de la Comunidad Europea relacionadas con la inmigración ilegal.

Presentaron ciertos aspectos de la trata, aunque se relacionan más con la entrada y residencia ilegales de personas (en un sentido más amplio, los inmigrantes ilegales no son necesariamente víctimas de tratantes). Destacaron las siguientes:

1).- *La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, publicada el 11 de noviembre de 2001*³⁵¹:

En ella se reconoció la necesidad de elaborar y armonizar las sanciones contra los promotores de la inmigración ilegal, penando gravemente las actividades delictivas y confiscando las ganancias obtenidas.

³⁵¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal (Bruselas, 15-11-2001 COM (2001) 672 final).

Puso el foco de atención en una práctica cada vez más habitual que conllevaba entradas ilegales organizadas por intermediarios que proporcionaban el transporte, refugio temporal, documentación para el viaje, información, vigilancia u otros servicios de apoyo que comenzaban en el país de origen y finalizaban en el país de destino.

Estos viajes acababan siendo demasiado costosos para algunas personas, por lo que terminaban convirtiéndose en víctimas en manos de su tratante que recurrían a su explotación para obtener el reembolso del costo del viaje.

En la presente Comunicación se efectuó distinción entre el tráfico ilícito de la trata de seres humanos y la trata de personas en el sentido siguiente:

a)- El tráfico ilícito de emigrantes era la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no fuera nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

b)-La trata de personas era 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, el 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.

Dado que las ganancias financieras eran el incentivo para los que promovían la inmigración ilegal, la Comisión planteó otro tipo de medidas a imponer además de las penales que conllevaba un impacto financiero contra los tratantes y traficantes y contra los empleadores de los residentes ilegales.

2).- En segundo lugar y por lo que a las comunicaciones se refiere, destacó la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, de 4 de junio de 2004*³⁵², titulada *Estudios sobre vínculos entre la migración legal e ilegal*, en el que se abordaba la relación de los flujos de migración tanto ilegales como legales y las relaciones con terceros países.

Al respecto consideraba que existía una clara conexión entre inmigración ilegal y mercado laboral.

3).- En último lugar dentro de las comunicaciones, destacó la *Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, de 20 de julio de 2006*³⁵³. En ella se establecieron una serie de prioridades políticas tales como la cooperación con los países de origen y de tránsito, la gestión de las fronteras exteriores de la UE, la lucha contra la trata de seres humanos, la protección y control de documentos de identidad y de viaje para evitar utilización fraudulenta, la creación de un sistema de información mutua sobre las medidas nacionales en materia de migración y asilo, la

³⁵² COM (2004) 412 final.

³⁵³ COM (2006), 402 final.

contratación ilegal, la política en materia de retorno y la mejora en el intercambio de información entre los países miembros de la UE y la responsabilidad de los transportistas.

b).- Protección frente a la discriminación

Teniendo en cuenta que la discriminación en la mayoría de ocasiones ha sido y es, un fenómeno vinculado a la inmigración y la trata de personas, es necesario mencionar las disposiciones de la normativa comunitaria que establecían la prohibición de la discriminación por motivos raciales o de nacionalidad o similares.

b.1).- Continuando con el esquema propuesto en el anterior apartado, y haciendo referencia al **Derecho comunitario originario**, encontramos los tratados que plasmaron la prohibición de la discriminación de los motivos anteriormente aludidos fueron: el *Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992*³⁵⁴, el *Tratado Constitutivo de la Comunidad europea en la versión consolidada tras las modificaciones introducidas en los Tratados de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y el de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001*³⁵⁵.

³⁵⁴ En su art. 29 se establecía como objetivo de la UE ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, justicia y seguridad, a través de la elaboración de una acción común entre los Estados miembros en la lucha contra el racismo y la xenofobia.

³⁵⁵ En la Primera Parte del Tratado, en el apartado de los Principios, se reconocía como tal la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad. Tal

b.2).- En segundo lugar, en cuanto a las **reuniones del Consejo Europeo**, destacó la *de Niza de 7 de diciembre de 2000*, en la que, como ya se ha expuesto, se proclamó la Carta de los Derechos fundamentales de la UE por la que se reconocieron una serie de derechos, libertades y principios, tales como la discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, aspectos genéticos, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo, pertenencia a minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Asimismo prohibió toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de la aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la UE, sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados³⁵⁶.

b.3).- En tercer lugar, de acuerdo con el **Derecho comunitario derivado** en materia de discriminación, racismo y xenofobia, destacaron como más importantes las siguientes:

1).-La *Acción común contra el racismo y la xenofobia de 15 de julio de 1996*³⁵⁷. En esta se estableció que cada Estado se comprometía a garantizar la cooperación judicial efectiva en lo que respecta a las infracciones basadas en ciertos comportamientos.

prohibición se planteaba desde la perspectiva del ámbito de aplicación de ese tratado y por tanto, sólo referido a los ciudadanos miembros de la UE.

³⁵⁶ También en el Consejo de Tampere de 1999 se adoptaron conclusiones en materia de lucha contra la discriminación.

³⁵⁷ Acción común 96/443/JAI.

2).-La *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*³⁵⁸, cuyo objetivo fue reforzar las disposiciones penales dirigidas a la armonización de las leyes de los Estados miembros en materia de delitos racistas y xenófobos y facilitar y estimular la cooperación entre los Estados miembros para combatir estos delitos.

Propuso que la misma conducta racista y xenófoba fuera punible en todos los Estados miembros.

Definió el racismo o xenofobia como la creencia de que la raza, el color, la ascendencia, la religión o las convicciones, el origen nacional o el origen étnico constituían un factor determinante para la aversión hacia individuos o grupos.

Estableció para algunas conductas sancionadas penalmente la extradición o la entrega.

Limitó las penas de prisión no pudiendo ser superiores a dos años. Estableció penas sustitutivas o alternativas e incautación y comiso de materiales e instrumentos utilizados para cometer los delitos así como el producto de los mismos. Determinó la agravante cuando el autor actuase en el ejercicio de una actividad profesional y la víctima dependiera de dicha actividad.

3).- En cuanto a las *Directivas*:

a).- En primer lugar, la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000*, relativa a la aplicación del principio de igualdad

³⁵⁸ Bruselas, 28/11/2001 COM (2001) 664 final.

de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en la que se ofrecía un concepto de igualdad de trato. Propuso la eliminación de las desigualdades, fomentando la igualdad entre hombres y mujeres, máxime cuando las mujeres fueran consideradas víctimas de discriminaciones múltiples³⁵⁹.

b).- En segundo lugar, la *Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000*, relativa al marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, estableciendo la igualdad de trato y la ausencia de toda discriminación basada en cualquiera de los motivos que recoge³⁶⁰.

³⁵⁹ DO nº L 180 DE 19/07/2000, p. 0022-0026. La presente Directiva definió en su artículo 1 el concepto discriminación. A tal efecto entendía por "principio de igualdad de trato" la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico. En tal sentido estableció los siguientes motivos:

a).- *Existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable.*

b).- *Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios".*

³⁶⁰ DOUE núm. 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22. Esta Directiva estableció la definición de discriminación, entendiendo por principio de igualdad de trata la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo.

A tal efecto determinó los siguientes supuestos:

2.1.2.- Normativa extracomunitaria

Se engloban en este apartado los Tratados Internacionales aprobados en el Consejo de Europa que tuvieron relación directa no solo con la protección de los ciudadanos frente a la inmigración y la trata de personas sino también aquellos que protegían la discriminación racial.

a).- Protección frente a la inmigración y la trata de personas

Siguiendo el orden cronológico, en primer lugar, destacó *el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, adoptado por el Consejo Europeo, de*

a).- Existirá discriminación cuando una persona, sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por algunos de los motivos mencionados en el artículo 1.

b).- Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

-Dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

-O que, respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

4 de noviembre de 1950, en el que se prohibían la esclavitud o la servidumbre y los trabajos forzados³⁶¹.

Con posterioridad, en el S. XXI, de nuevo el Consejo de Europa adoptó *la Convención sobre la acción contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia, el 16 de mayo de 2005*³⁶².

La adopción del presente instrumento internacional se consideró la consagración normativa del enfoque orientado a la víctima y la confirmación de que la tutela de los derechos de ésta, es decir, la protección del enfoque jurídico legal victimocéntrico no era incompatible ni con la persecución ni con la consecución de una aproximación criminocéntrica.

Estableció como objetivo prevenir y combatir la trata de seres humanos, proteger a las víctimas del tráfico y promover la

³⁶¹ A tal efecto en su artículo 4 estableció que: "1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre; 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio; 3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo:

a).- todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;

b).- todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio;

c).- todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;

d).- todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

³⁶² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, ed. Aranzadi, 2011, Navarra, pp. 176-182.

cooperación internacional en la acción contra la trata de seres humanos. Se aplicó para toda forma de trata de seres humanos, fuera nacional o transnacional, estuviera o no conectado con el crimen organizado.

Definió el concepto de trata de seres humanos como:

“El reclutamiento, el transporte, la transferencia o la recepción de las personas, por medio de la amenaza o del uso de la fuerza o de otras formas de coerción, del fraude, del engaño, del abuso de confianza o de una posición de vulnerabilidad o de concesión o de la recepción de pagos o de ventajas para alcanzar el consentimiento de una persona que tiene control sobre otra, con el fin de la explotación”.

Esta explotación incluyó como mínimo, la explotación de la prostitución o de otras formas de explotación sexual, trabajo o los servicios forzados, esclavitud o las prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Respecto del consentimiento de la víctima en el delito de trata de seres humanos, consideró que este no era válido cuando se hubieren empleado los medios que recogía la propia definición de trata. De ese modo, el reclutamiento, la transferencia o la recepción de un niño con el fin de la explotación sexual era considerada trata de seres humanos, aunque no se empleasen los medios que se plasmaban en la propia definición.

Con el objetivo de la persecución de los tratantes, propuso una serie de medidas legislativas en los Estados parte para la tipificación del delito de la trata de seres humanos, del uso de los servicios que eran objeto de explotación cuando se tuviera

conocimiento de que la persona era víctima de esta actividad y de la falsificación, facilitación y retirada o destrucción de documentos de viaje o de documentos de identidad con el fin de permitir esta actividad ilícita.

En cuanto a las sanciones a imponer a estos delitos, debían ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. Las penas privativas de libertad daban lugar a la extradición y las agravantes las aplicaba cuando se dieran las siguientes circunstancias:

1).-Que la conducta dolosa o la conducta cometida por imprudencia grave hubiera puesto en peligro la vida de la víctima.

2).-Que la víctima fuera un niño.

3).-Que la conducta hubiera sido cometida por un funcionario en ejercicio de sus funciones.

4).-Que la conducta se hubiera cometido en el seno de una organización criminal.

En comparación con las agravantes que maneja actualmente nuestro legislador, este instrumento no aplicaba una hiperagravación de la pena en los supuestos del delito cometido por un funcionario o de haberse cometido este en el seno de en una organización criminal. Por el contrario no incluía la vulnerabilidad de las personas por motivo alguno.

Respecto de los menores se debe destacar *el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales realizado en Lanzarote el 25 de*

octubre de 2007³⁶³. En este Convenio insta a los Estados Miembros a adoptar medidas legislativas para convertir en infracción penal el hecho de reclutar a un niño para que se dedicase a la prostitución o favorecimiento de su participación en la prostitución, o el hecho de coaccionarlo para que ejerciera esta u obtuviera beneficio con tales fines o que simplemente la ejerciera. También establecía infracciones cuando el menor participara en espectáculos pornográficos. Solicitaba responsabilidad de las personas morales cuando no ejercían de forma correcta su deber de cuidado y no actuasen con la debida diligencia.

b).- Protección frente a la discriminación

Del mismo modo que en el apartado anterior, partiendo de la base de que la discriminación puede ser un fenómeno relacionado con la inmigración y la trata de personas, es necesario mencionar los siguientes:

1).- En primer lugar, el *Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales adoptado por el Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950*, en el que se reconoció que los derechos y libertades reconocidos en la Convención debían ser asegurados sin distinción alguna y en todos los ámbitos.

³⁶³ BOE núm. 274. de 12 de noviembre de 2010. *Vid.*, BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.* pp. 72-73.

2).- En segundo lugar, destacó la *Recomendación 453 aprobada por Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 27 de enero de 1966, relativa a las medidas a adoptar contra la incitación al odio racial, nacional o religioso*. En esta Recomendación se incluyó un modelo de tipificación del delito contra la discriminación³⁶⁴.

3).- En tercer lugar, encontramos el *Convenio marco para la protección de las minorías nacionales (nº 157 del Consejo de Europa), confeccionado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995* en el que se adoptaron una serie de medidas tendentes a la protección en este punto³⁶⁵.

4).- Finalmente, encontramos el *Protocolo adicional a la Convención sobre el cibercrimen de 28 de enero de 2003*, relativo a la criminalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos. También conocido como el Convenio de Budapest³⁶⁶

³⁶⁴ Vid., DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *Protección y expulsión de extranjeros...*, cit., p. 169.

³⁶⁵ Vid., DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *Protección y expulsión de extranjeros...*, cit., p. 170.

³⁶⁶ BOE núm. 26, de 30 de enero de 2015, pp. 7214-7224.

2.2.- Normativa Internacional

2.2.1.- Protección frente a la inmigración y la trata de personas

Atendiendo al objeto de la regulación, se diferencian dos tipos de tratados:

a).- Los Tratados generalistas

Como su nombre indica, en ellos se reconoce una pluralidad de derechos, libertades y principios tales como los derechos y libertades vulnerados con la inmigración y la trata de personas. Dentro de esta clasificación destacaron los siguientes:

a.1).-En primer lugar, la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptado por la ONU de 10 de diciembre de 1948*³⁶⁷, estableciendo en su artículo 4 la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos³⁶⁸.

a.2).-En segundo lugar, el *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, adoptado por la ONU de 16 de diciembre de 1966*,

³⁶⁷ Este texto tuvo una enorme trascendencia en la esfera supranacional. Se gestó para construir un ideal común a todos los pueblos. *Vid.*, BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, p. 57.

³⁶⁸ *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rgihts/>, fecha última consulta el 7 de marzo de 2019.

estableciendo, no sólo la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos sino también los trabajos forzados, garantizándose el derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado, a salir y regresar al propio³⁶⁹.

b).- Los Tratados específicos

Se caracterizan porque se ocupan específicamente de la protección de las personas frente a la inmigración y la trata de seres humanos. Destacaron los siguientes:

b.1).-En primer lugar, la *Convención sobre la esclavitud, adoptada por la Sociedad de Naciones y firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926*, modificada por el Protocolo aprobado por la ONU en Nueva York el 7 de diciembre de 1953³⁷⁰.

b.2).-En segundo lugar, la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y*

³⁶⁹ Instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985, de España al Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 79, de 2 de abril de 1985, pp. 8757-8759. *Vid.*, BOLDOMA PASAMAR, M.A, "Trata de seres...", *cit.*

³⁷⁰ *Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y enmendada por el protocolo. Nueva York, 7 de diciembre de 1953*, disponible en <https://www.dipublico.org/10946/convncion-sobre.la-esclavitud-firmada-en-ginebra-el-25-de-septiemr...>, fecha última consulta el 7 de marzo de 2019.

*prácticas análogas a la esclavitud hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956*³⁷¹.

En ambos tratados se prohibió la esclavitud, la trata de esclavos, la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba y prácticas análogas³⁷².

b.3).-Mención especial merece el *Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional así como los Protocolos adjuntos relativos a la lucha contra la trata de personas y contra el tráfico de emigrantes por tierra, aire y mar, firmados en Palermo el 15 de noviembre de 2000*³⁷³.

Este Convenio pretendió dotar al ordenamiento jurídico internacional de un instrumento de carácter mundial que ofreciera un marco básico que permitiese luchar, de forma coordinada, a los distintos estados contra el crimen organizado.

El propósito de la presente Convención era promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la

³⁷¹ *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pges/supplementayconventionabolitionofslavery.aspx>, fecha última consulta el 7 de marzo de 2019.

³⁷² *Vid.*, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros...*, cit., p. 173.

³⁷³ *El Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional así como los Protocolos adjuntos relativos a la lucha contra la trata de personas y contra el tráfico de emigrantes por tierra, aire y mar, firmados en Palermo el 15 de noviembre de 2000*, disponible en http://www.oa.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_cont_tr%C3%A1fi_1%C3%ADci_migra-tierra-ma..., fecha última consulta 7 de marzo de 2019.

delincuencia organizada transnacional. Los grupos delictivos transnacionales iban desarrollándose y creciendo paulatinamente con el paso de los años, estableciendo extensas redes mundiales por las que obtenían enormes utilidades mediante una amplia gama de actos ilícitos y amenazadores³⁷⁴.

Entre las actividades ilícitas protagonizadas por estos grupos delictivos se encontraba la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, con fines de esclavitud económica y prostitución, las labores de contrabando de armas y municiones, el tráfico de drogas ilícitas y material nuclear, el fraude a escala mundial y el blanqueo de enormes sumas de dinero. Bajo ese parámetro de grupo delictivo organizado, este Convenio, exigía que los Estados adoptaran las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito cuando se cometieran las siguientes conductas de forma intencionada:

a).- Por un lado, una o ambas de las conductas que a continuación se detallan, como delitos diferenciados de los que entrañasen el intento o la consumación delictiva. Distinguió las siguientes:

1.- El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con el objetivo de obtener un beneficio económico o material

³⁷⁴ A tal efecto entendían como grupo delictivo organizado “*al conjunto estructurado de tres o más personas con una vinculación temporal existente entre ellos, que actúan concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados en este Convenio con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”.

de forma directa o indirecta y, cuando así lo estimase el derecho interno, que fuera un acto perpetrado por uno de los participantes realizar ese acuerdo o que contribuyera a la participación de un grupo delictivo organizado.

2.- O la conducta de una persona, conocedora de la finalidad y actividad delictiva de un grupo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, que participara de forma activa en actividades ilícitas del grupo delictivo organizado y otras actividades del grupo delictivo organizado, sabedora de que su participación contribuiría al logro de la finalidad antes descrita.

b).- Por otro lado, la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañase la participación de un grupo delictivo organizado³⁷⁵.

Lo relevante de este Convenio es que no se encontraba orientado a la protección de las víctimas sino a la prevención, investigación y enjuiciamiento tanto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 del Convenio³⁷⁶, como de clasificados como delitos graves, es decir, aquellos delitos que alcanzaban una pena privativa de libertad de al menos cuatro años

³⁷⁵ En el Derecho Español se propuso la tipificación del delito de las organizaciones y grupos criminales en el artículo único apartado octogésimo séptimo, en el que se incluye el artículo 385 bis del Anteproyecto de reforma del CP presentado en el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006.

³⁷⁶ Se penalizó a través de este Convenio el blanqueo del producto del delito, la corrupción, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la obstrucción a la justicia. Asimismo se procedió al comiso y disposición del producto del delito o de los bienes decomisados.

en su límite máximo o con una pena más grave cuando fueran delitos de carácter transnacional y entrañasen la participación de un grupo delictivo organizado. Al efecto entendían como delito transnacional:

“Aquel que se comete en más de un Estado, si se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado, si se comete dentro de un Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, o si se comete en un Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”.

En cuanto a los Protocolos adjuntos a este Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional se encontraban los siguientes:

a).- *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente niños y mujeres*, redactado en Palermo el 15 de noviembre de 2000. Los fines de este Protocolo se concretaron en prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños, proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos, así como promover la cooperación entre los Estados parte para lograr sus fines.

Es este Protocolo el que recogió la definición más completa de la trata de personas.

La explotación a la que hacía referencia, incluía, como mínimo, la de la prostitución ajena y 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. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se consideraron trata de personas incluso cuando no se recurría a ninguno de los medios enunciados en dicha definición.

Este Protocolo se orientaba a la aplicación de la 3 P, prevención, persecución (cuando los mismos delitos hubieran sido de carácter transnacional y entrañasen la participación de un grupo delictivo organizado) y protección de las propias víctimas.

Se impuso la obligación de cada Estado para que adoptase medidas legislativas que fueran necesarias para tipificar como delitos las conductas que se definían bajo el concepto de la trata de personas cuando estos se hubieran cometido de forma intencionada y de acuerdo con el grado de participación, bien fuera actuando en grado de tentativa, complicidad y la organización o dirección de otras personas para la comisión del delito de la trata de personas.

b).- El segundo Protocolo adjunto al Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional fue el llamado *Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* anejo a la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*³⁷⁷.

³⁷⁷ Ratificado por España el 21 de febrero de 2002, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. *Vid*, DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal...*, *cit.*, pp. 132-131.

Este Protocolo consideró tráfico ilícito de migrantes el hecho de facilitar la entrada ilegal, documento de identidad o de viaje falso y buque de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no fuera nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Se estableció como fines en este Protocolo prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y promover la cooperación entre los Estados parte con este fin, protegiendo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

Al igual que el anterior protocolo, se orientó a la aplicación de las 3 P, prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos fueran de carácter transnacional y entrañasen la participación de un grupo delictivo organizado y protección de los derechos de las personas que hubieran sido objeto de tales delitos.

Reconoció expresamente que los migrantes no estaban sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de algunas conductas tipificadas en el artículo 6 como delitos.

Entre las conductas tipificadas en estos delitos de tráfico ilícito de migrantes, cuando estas se cometiesen de forma intencionada con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, estableció las siguientes:

- a).- El tráfico ilícito de migrantes.

b).- La creación de un documento de viaje o de identidad falso o la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento cuando tales hechos se hubieran cometido con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes.

c.)- La habilitación de una persona que no fuera nacional o residente permanente para mantenerse en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) o a cualquier otro medio ilegal.

Tipificó la tentativa y la participación como cómplice en la comisión del delito de tráfico ilícito de migrantes y en el delito de habilitación de un ciudadano extranjero para permanecer en el Estado del que no fuera nacional sin cumplir los requisitos para permanecer legalmente en ese país con la creación de documentos de viaje o de identidad falsos o facilitando tales documentos. Así como la organización o dirección de otras personas para la comisión de uno de los delitos tipificados en el párrafo 1.

Consideró como circunstancias agravantes la puesta en peligro de la vida o la seguridad de los migrantes afectados, o el trato inhumano o degradante de esos migrantes en particular con el propósito de explotación.

b.4).- *El Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas (Resolución 64/293) de 2010.* El objetivo era elaborar un plan de acción mundial contra la trata de personas que promoviera la ratificación universal de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Trasnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como otros instrumentos internacionales referidos a este delito, prestando colaboración a los Estados Miembros a reforzar los compromisos políticos y obligaciones jurídicas para prevenir y luchar contra la trata, estimulando respuestas amplias y coordinadas en el ámbito nacional, regional e internacional para poder combatirla y para proteger a las víctimas promoviendo una cooperación y coordinación y concienciación entre todos los interesados. Este Plan estableció un Fondo Fiduciario de aportaciones voluntarias para estas víctimas³⁷⁸.

b.5).- *La Resolución 68/108 de 8 de noviembre de 2013 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la “Mejora de la coordinación de esfuerzos contra la trata de personas”*. Esta se aprobó para dar cumplimiento a los objetivos marcados en el Plan de Acción Mundial citado en el anterior párrafo. Esta resolución se orientaba a la protección de las víctimas desde una perspectiva integral y coordinada a nivel regional, nacional e internacional, en la que se implicasen los Estados, las organizaciones gubernamentales y las no gubernamentales y también a la prevención y lucha contra la trata y otras formas de esclavitud³⁷⁹.

³⁷⁸ *Resolución A/RES/64/293: Plan de Acción Mundial de Naciones Unidas para combatir la trata de personas*, disponible en <https://www.bienestarproteccioninfantil.es/fuentes.1.asp?sec=20&subs=2118cod=1906&page=>, fecha última consulta 8 de marzo de 2019.

³⁷⁹ *Resolución A/RES/68/192: Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas*, disponible en <https://www.bienestarproteccioninfantil.es/fuentes.1.asp?sec=20&subs=2118cod=1904&page=>, fecha última consulta 8 de marzo de 2019.

b.6).- *El Plan de Acción de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) “Luchando contra la trata de Seres Humanos”*. Este fue aprobado por el Consejo de Maastrich en diciembre de 2003. Se encontraba orientado a la persecución del delito y a la protección de víctimas y testigos, ya que su objetivo era la incorporación a la legislación criminal de los Estados Parte de una figura penal que sancionase la trata, introducción de medidas para la investigación del delito, intercambio de información entre autoridades competentes y protección de víctimas y testigos.

A este Plan se sumó la *Decisión n° 685* para incorporar al Plan de Acción de 2003 de medidas especiales de amparo y asistencia para niños/niñas víctimas de la trata y la *Decisión n° 1107* que desarrollaba mecanismos para aplicar la política de las 3P³⁸⁰.

b.7).- En cuanto a la protección de menores se refiere destacaron:

-*La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada y ratificada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989*³⁸¹. En lo que a trata se refiere se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Pretendía establecer un marco integral de protección del menor incorporando para ello

³⁸⁰ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

³⁸¹ Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

medidas legislativas y adopción de las acciones necesarias por parte de las Administraciones implicadas³⁸².

-El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁸³. Buscaban ampliar medidas con el propósito de que los Estados Parte garantizaran la protección de menores contra la venta, la prostitución y la utilización de los mismos en la pornografía.³⁸⁴

- La Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1994/166. Trata de mujeres y niñas³⁸⁵. Alentaba a los gobiernos, órganos competentes y organismos especializados de Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a compartir información sobre aspectos de la trata en mujeres y niñas con el objetivo de elaborar medidas al respecto. Asimismo animaba a los gobiernos a ofrecer unas medidas a las víctimas consistentes en apoyo, asesoramiento, protección, tratamiento y rehabilitación³⁸⁶.

-La Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 51/66 de 31 de enero de 1997. Trata de mujeres y niñas³⁸⁷.

³⁸² Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 60-61.

³⁸³ Asamblea General de NNUU, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, en vigor el 18 de enero de 2002.

³⁸⁴ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 61-62.

³⁸⁵ Resolución A/RES/49/166 publicada el 24 de febrero de 1995.

³⁸⁶ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, p. 65.

³⁸⁷ Resolución A/RES/51/66, publicada el 31 de enero de 1997. *Ibidem*.

Efectuaba un llamamiento para que los Estados tipificasen como delito la trata de mujeres y niñas en sus diferentes manifestaciones, condenando a todos los involucrados incluso a intermediarios, tanto si el delito se hubiera producido en el país o en el extranjero, sin imponer pena alguna a las víctimas de esas prácticas, sancionando a las personas con cargo de autoridad que sean condenadas por agresión sexual de las víctimas de trata confiadas a su custodia³⁸⁸.

-La *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19*. Instaba a los gobiernos a tomar medidas adecuadas para afrontar las causas que promovían la trata de mujeres y niñas con fines de prostitución y otras formas de comercio sexual, matrimonios forzados y trabajos forzados con el objetivo de eliminar la trata³⁸⁹.

-La *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/30*. Reiteraba lo dispuesto en la Resolución 51/66 de 31 de enero de 1997³⁹⁰.

-La *Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 52/98 de 6 de febrero*. Ratificaba la fórmula adoptada en la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19 e instaba a los gobiernos a que promulgasen leyes para prevenir el turismo sexual y la trata de personas³⁹¹.

-La *Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 53/116 de 1 de febrero de 1999*. Reafirmaba lo

³⁸⁸ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres..." *cit.*, p. 65.

³⁸⁹ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres..." *cit.*, p. 66.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ *Ibidem*.

dispuesto en la Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 51/66 de 31 de enero de 1997³⁹².

-La *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/40*. Se mantuvo en la misma línea que la anterior³⁹³.

-La *Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 55/67 de 31 de enero de 2001*. Reiteraba los puntos establecidos en la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19 y la de 1998/30³⁹⁴.

-*Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos al Consejo Económico y Social de 20 de mayo de 2002*. Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y la trata de personas³⁹⁵. En cuanto a los niños víctimas de trata de personas establecía medidas especiales de protección y asistencia en el que se impusiera un tratamiento diferente al de los adultos. A tal fin determinó que, de acuerdo con la definición del Protocolo de Palermo, los elementos de engaño, fuerza u otras formas de coacción no debían formar parte del concepto de la trata cuando la víctima fuera un niño.

-La *Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 58/137 de 4 de febrero de 2004*. Reclamaba el fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y

³⁹² Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 66.

³⁹³ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 66-67.

³⁹⁴ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, p. 67.

³⁹⁵ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, p. 68.

combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas³⁹⁶. Instó a los Estados miembros a que adoptasen medidas para ratificar una serie de instrumentos o adherirse y aplicarlos. Estos dispositivos eran en concreto, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Con el objetivo de aplicarlos debía penalizar la trata de personas, cooperar en la lucha contra la trata entre las autoridades encargadas y tipificar esta como delito determinante del delito de blanqueo de dinero.

2.2.2.- Protección frente a la discriminación

Del mismo modo que se establece en la normativa extracomunitaria, en esta protección frente a la discriminación, los Tratados se clasifican en Tratados generalistas y en Tratados específicos.

a).- Los Tratados generalistas

Encontramos por orden cronológico los siguientes:

³⁹⁶ *Vid.*, BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 67-68.

a.1).-*La Declaración Universal de Derechos del Hombre adoptada por la ONU el 10 de diciembre de 1948.* Reconocía los derechos fundamentales de toda persona como inalienables tales como la raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. De igual forma reconoció que todos somos iguales ante la ley, teniendo derecho a igual protección de la ley, e igual protección contra toda discriminación que infringiese esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

a.2).-*El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos adoptado por la ONU de 16 de diciembre de 1966,* donde al igual que en el anterior, reconoció la igualdad de las personas ante la ley, con igual protección sin discriminación. La ley prohibirá toda discriminación, garantizando a todas las personas una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, sexo, color, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

b).- Los Tratados específicos

Destacó como más relevante *la Convención Internacional de la ONU de 21 de diciembre de 1965, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.* A tal efecto entendía el concepto de discriminación racial como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

En dicha Convención se enumeraron una serie de medidas para que el Estado en cuestión pudiera caracterizar ciertos actos como punibles. Igualmente, hizo referencia al compromiso que los Estados debían asumir con el objetivo de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico.

2.3- Normativa Nacional

De acuerdo con los compromisos adquiridos por España y la ratificación de diferentes convenios y acuerdos internacionales, el legislador español venía obligado a efectuar modificaciones en el marco legislativo y en las políticas públicas encaminadas a la lucha contra la trata de seres humanos.

Desde el punto de vista de la persecución del delito y como primer paso destacó la importante modificación del artículo 188.1 por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración

social de los extranjeros, para sancionar la responsabilidad penal de quienes se lucraban de la explotación de la prostitución ajena, independientemente de que esta fuera consentida por la persona en situación de prostitución, ya que con la aprobación del CP de 1995, como se ha aludido anteriormente, se despenalizaron diferentes actividades vinculadas con el proxenetismo que se habían aprobado en el Decreto 3096/1973 y que provocaron un mayor auge de conductas delictivas en este sentido.

Posteriormente por la LO 5/2010 de 22 de junio, se introdujo por primera vez en nuestra legislación penal, un nuevo Título, el VII bis , compuesto de un solo artículo, el 177 bis, para tipificar la llamada “ trata de seres humanos “.

Se caracterizó por ser una modalidad delictiva en la que abusando de una situación de superioridad y de la necesidad en la que se encontraban muchas personas en países de gran pobreza económica, se traficaba con ellas, transportándolas a otros lugares distintos a los de su origen, bien para utilizarlas como mano de obra barata, en condiciones de esclavitud, bien para explotarlas sexualmente o incluso para extraerles sus órganos corporales³⁹⁷.

En su EM el legislador justificó la introducción de esta nueva modalidad basándose en que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis era inadecuado debido a las grandes diferencias entre ambos fenómenos.

³⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la integridad moral” en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 206 y ss.

El nuevo artículo 177 bis tipificó un delito diferenciado del delito de inmigración clandestina, en el que prevalecía la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos que son objeto de un tráfico ilegal. Este nuevo delito abarcó todas las formas de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada.

Como consecuencia de todo ello se derogaron las referencias a la trata de seres humanos que se contenían en los artículos 313.1 y 318 bis 2 Código Penal, quedando el delito de trata de seres humanos como un delito independiente, al que se dedicó un título autónomo , el VII bis , ubicado tras los delitos contra la libertad (Título VI) y los delitos contra la integridad moral (Título VII), en la medida en que las conductas tipificadas en el mismo , es decir, violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima incidían directamente en la libertad de la víctima, pero afectaban también a su dignidad y con ello a su integridad moral.

Sin embargo, este artículo 177 bis de la LO 5/2010 de 30 de marzo fue objeto de modificación como consecuencia de la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, puesto que tal y como consta en el Preámbulo I de esta última reforma, se hacía necesario fortalecer la confianza de la Administración de Justicia, siendo preciso disponer de un sistema legal que garantizase resoluciones judiciales previsibles que, sobre todo fueran consideradas en nuestra sociedad como justas, por lo que gran parte de las modificaciones llevadas a cabo se encontraban justificadas, como ha quedado constatado en anteriores apartados, por la necesidad de

atender compromisos internacionales, entre ellos la aludida Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Si bien es cierto que la reforma del año 2010 tuvo en cuenta el proyecto, finalmente no se materializó en la citada Directiva, existiendo cuestiones que no fueron reflejadas en la redacción actual y que eran necesarias incluirlas para una completa transposición de la normativa europea.

Son las referidas a las formas de comisión del delito, en las cuales se incluía la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concretar matrimonios forzados y con la finalidad para realizar actividades delictivas.

De igual forma, también se tipificaba la explotación y ello con la finalidad de que las víctimas cometiesen actos delictivos para los explotadores.

El concepto de vulnerabilidad se delimitó conforme al texto de la Directiva europea. Y se agravó la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

De otra parte, esa reforma a la que se ha hecho alusión en líneas anteriores y que afectó igualmente a los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis se planteó necesario por dos motivos:

-Por un lado, para determinar las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, tal y como establecía la Directiva 2002/90/CE, diferenciando a la trata de seres humanos.

-De otro lado, para ceñir las penas conforme se disponía en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente establecía para los supuestos básicos la imposición de penas de duración máxima de un año, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante.

Estas ya habían sido introducidas con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis.

Ello se produce porque tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos, se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y en muchos casos, desproporcionada para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Se delimitó con ello el ámbito de las conductas punibles. La imposición obligatoria de penas de prisión quedaba reservada para los supuestos especialmente graves, excluyéndose la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias.

Finalmente, en la reforma se produjo la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecían las

normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Al margen de la reforma del artículo 177 bis y del 318 bis, se han producido otras modificaciones en dicha LO en materia de persecución del delito. Estas han sido las siguientes³⁹⁸:

-El decomiso de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas. Se extiende el decomiso ampliado para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones a supuestos en los que es una práctica habitual ejecutar la actividad delictiva desarrollada en el tiempo y que produzca beneficios. Ejemplo de tal situación es el delito de trata de seres humanos.

-La modificación del artículo 89.9 del CP para excluir el delito de trata de seres humanos de la regla general que establece la posibilidad de sustituir las penas de prisión de más de uno año a ciudadanos extranjeros por la expulsión de territorio nacional. Es una forma de evitar que estas personas comiencen de nuevo su andadura en el país de origen.

-La modificación del artículo 57 CP que permite en el caso de la comisión de este delito acogerse a las prohibiciones del artículo 48 CP.

-La inclusión en el artículo 132.1 CP del delito de trata de seres humanos en lo que afecta al cómputo del plazo de

³⁹⁸ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

prescripción de los delitos cuando la víctima es menor de edad. Dicho cómputo se inicia después de alcanzada la mayoría de edad.

-La incorporación del género como motivo de discriminación en la agravante de la comisión del delito. Artículo 22.4ª CP.

-La tipificación en el artículo 172 bis CP de la introducción del delito de matrimonio forzado, entendiéndose una forma de explotación de las personas.

-La modificación del artículo 187, con el objetivo de ejercer una mayor penalidad sobre la persona/as que se lucren de la explotación de la prostitución ajena.

Desde el punto de vista de la asistencia y protección de las propias víctimas de este delito se han ido gestando modificaciones que han favorecido la atención de las mismas.

a).- Así pues en materia de asistencia se aprobaron las siguientes disposiciones:

1).- En materia de asistencia jurídica, el RD Ley 3/2013 de 22 de febrero por el que se modificaba el régimen de tasa en ámbito de la Administración de justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita³⁹⁹. Supuso un avance en cuanto a la protección y asistencia de las víctimas de trata de seres humanos y de violencia de género, independientemente de los recursos de los que dispusieran.

2).- En materia de asistencia sanitaria, el RD 576/2013 de 26 de julio por el que se establecieron los requisitos básicos del

³⁹⁹ BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013, pp. 15205-15218.

convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tuvieran la condición de aseguradas ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modificó el RD 1192/2012, de 3 de agosto por el que se regulaba la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud⁴⁰⁰.

b).- En materia de protección a las víctimas de trata de seres humanos se produjeron las siguientes modificaciones:

1).- Se incorporó en la LO 4/2000 de 13 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social el artículo 59 bis que supuso un reforzamiento en la protección de las víctimas más vulnerables, las víctimas extranjeras en situación irregular. Esta reforma ha supuesto el acceso de las víctimas de trata de seres humanos a una protección integral, independientemente de su situación administrativa, en el que se les concede un período de restablecimiento y reflexión. Al identificarse como víctima de trata se le protege de las medidas sancionadoras en cuanto a su situación irregular y se le autoriza la estancia temporal en el país.

2).- La Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en materia de protección

⁴⁰⁰ En concreto su Disposición adicional quinta regula la prestación de asistencia sanitaria para víctimas de trata de seres humanos en período de restablecimiento y reflexión.

internacional⁴⁰¹. Entre los motivos para la obtención de la protección internacional recoge la persecución por razones de género.

3).- La Disposición adicional única del RD 557/2011 de 20 de abril, por la que se aprobó el Reglamento de la Ley de Extranjería, referida a la identificación y protección de la víctima de trata de seres humanos, ampliando todas las previsiones del artículo 140 a cualquier víctima de trata de seres humanos⁴⁰².

4).- Al hilo de esta protección de las víctimas incorporada a la ley de extranjería, los Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Interior, Justicia, Empleo y Seguridad Social, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial suscribieron el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos. Constituyó un instrumento de suma importancia para la cooperación entre instituciones. Su importancia derivó en que por primera vez se establecieron sistemas de comunicación entre las administraciones competentes y se reconoció la labor de las organizaciones sin ánimo de lucro especializadas en atención a las víctimas. Se aplicó a todas las víctimas de trata, extendiéndose a todo el territorio español, sin perjuicio de los protocolos autonómicos para garantizar su desarrollo en aspectos relacionados con las Comunidades Autónomas, en particular las previsiones recogidas en el Protocolo Marco en cuanto a asistencia y protección de las víctimas, la comunicación y la cooperación institucional en el

⁴⁰¹ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁴⁰² *Vid., Plan Integral de..., cit.*

territorio y la participación de las organizaciones especializadas, así como las previsiones relativas a víctimas menores de edad.

Como consecuencia del Acuerdo por el que se adoptó el Protocolo Marco se implementaron los mecanismos de coordinación interinstitucional ampliando los diferentes espacios de comunicación⁴⁰³.

En cuanto a los procedimientos de coordinación y comunicación entre las administraciones e instituciones firmantes del Acuerdo por el que se adoptó el Protocolo Marco, se estableció la puesta en marcha de una Comisión de Seguimiento de su aplicación, que fue constituida el 7 de junio de 2012. Se compuso de representantes de las administraciones e instituciones firmantes. Estaba presidida por la persona titular de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Del mismo modo se articuló un procedimiento de cooperación entre la Oficina de Asilo y Refugio y la Comisaría

⁴⁰³ Entre dichos espacios de comunicación destacó por un lado la colaboración con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, a través de la Conferencia Sectorial de Igualdad. Su reglamento fue modificado en mayo de 2012, para incorporar "la asistencia a las víctimas de trata con fines de explotación sexual". Por otro lado, hubo una implicación de las Unidades de Coordinación y de Violencia sobre la Mujer en las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno y Direcciones insulares mediante la atribución de funciones específicas referidas a la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual en la Instrucción Conjunta de los Ministerios de Justicia, del Interior, de Hacienda y Administraciones Públicas, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

General de Extranjería y Fronteras, sin perjuicio de la tramitación de la solicitud de protección internacional.

La Secretaria General de Inmigración y Emigración (SGIE) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social aprobó un Protocolo para la detección y actuación ante supuestos de casos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual⁴⁰⁴. Estos estaban dirigidos a profesionales de centros de migraciones adscritos a SGIE, a centros gestionados por ONG subvencionados por ella. El objetivo era impulsar la intervención coordinada de dichos profesionales.

Asimismo, el Protocolo Marco contenía determinadas actuaciones en relación con Menores Extranjeros No Acompañados (Protocolo MENA) publicado en el BOE 16 de octubre⁴⁰⁵, con la finalidad de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de la edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección y documentación. También prevé disposiciones de prevención a todos

⁴⁰⁴ Este Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos fue adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial, se encuentra disponible en <https://www.mscbs.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/home.htm>, fecha última consulta 9 de marzo de 2019.

⁴⁰⁵ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

los menores extranjeros víctimas de este delito independientemente de su condición⁴⁰⁶.

5).- Se introdujo la Ley 4/2015 de 17 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito⁴⁰⁷. En esta disposición se engloba un catálogo general de derechos, procesales y extraprocesales de cualquier víctima del delito, contemplando una atención específica respecto de un determinado sector de víctimas como pueden ser las de trata de seres humanos y las víctimas menores de edad.

6).- La LO 8/2015 de 22 de julio⁴⁰⁸ y la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁰⁹. Se mejora la protección de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género, así como de las menores víctimas de otras formas de violencia contra la mujer. Ambas leyes adquieren relevancia porque por primera vez se incluyen entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la protección de los menores contra toda forma de violencia, incluida la trata de seres humanos⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

⁴⁰⁷ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

⁴⁰⁸ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, pp. 61871-61889.

⁴⁰⁹ BOE núm. 180, de 28 de julio de 2015.

⁴¹⁰ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

3.- Concepto de trata de seres humanos

La trata, en sus orígenes, era sinónimo de “esclavitud sexual”. Como ya se ha plasmado en líneas anteriores, esa situación, en opinión de MAQUEDA ABREU, fue la consecuencia de la errónea aplicación terminológica existente entre migraciones de mujeres consentidas y las no consentidas que utilizaron las legislaciones internacionales, en que declaraban como irrelevante el consentimiento de la víctima. Claro ejemplo fue la Convención de Naciones Unidas de 21 de marzo de 1950 en la que vinculaba formalmente la trata y la prostitución, proponiendo criminalizar las conductas que favorecieran sin tomar en cuenta el principio de autonomía de la voluntad⁴¹¹. En igual sentido, GARCÍA ARÁN manifiesta que, en ocasiones el origen de esta equivocada aplicación ha derivado de problemas conceptuales surgidos por la necesidad de trasladar la antigua definición de esclavitud de las Convenciones Internacionales de 1926 y 1956 a sus formas contemporáneas, trasladando a situaciones de dominio de hecho y no de derecho, cuando en la actualidad no puede hablarse de ejercicio legal de derecho de propiedad como antiguamente sino de ejercicio fáctico de sus atributos⁴¹².

⁴¹¹ Vid., MAQUEDA ABREU, M.L., “A propósito de...”, *cit.*, pp. 1246-1247.

⁴¹² GARCÍA ARÁN, M., “Introducción: 2,1. Del derecho de propiedad al ejercicio de sus atributos” en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 5 y ss.

En el S. XIX y principios del S. XX se hacía referencia a la trata de blancas para aludir al comercio de mujeres blancas europeas y americanas que eran raptadas para su posterior traslado a países árabes, africanos o asiáticos con la intención de someterlas a la prostitución o emplearlas como concubinas⁴¹³.

Sin embargo, a partir de la segunda guerra mundial se fue gestando un proceso en que la trata fue perdiendo sus contornos de género. Los textos internacionales a partir de 1950 fueron abandonando su referencia concreta a las mujeres migrantes para usar menciones indiscriminadas a “personas” o “seres humanos”. CAMPANI, señaló que *la vieja trata pasó a ser un componente más del tráfico general de personas en constante crecimiento en el contexto del liberalismo económico global*. Es decir, un nuevo concepto, el tráfico, para una nueva época, la globalización, íntimamente unidos por una relación de necesidad⁴¹⁴.

Por tanto, actualmente se admite de forma generalizada que trata y esclavitud no pueden confundirse, puesto que no son lo mismo⁴¹⁵. En este sentido, comienzan a asignarse espacios a los conceptos: la trata como esclavitud (sin género) y el tráfico como inmigración voluntaria y clandestina. Como a continuación se

⁴¹³ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 53.

⁴¹⁴ Cita tomada de MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud no son lo mismo ¿pero qué son?”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M. y VVAA, *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Prof. Dr. Dr. H.C.Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, volumen II, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 1248.

⁴¹⁵ Vid., MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud no...”, *cit.*, p. 1251.

expone, los protocolos de Palermo acabarían formalizando esa asignación de esferas de definición y actuación diferenciadas⁴¹⁶.

En una primera aproximación gramatical, el Diccionario de la Real Academia de la lengua española definía la trata de seres humanos como *tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos*. En una segunda acepción, añade el término de “blancas” y lo define como *tráfico de mujeres que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas*. Por su parte el Diccionario del español jurídico, establecía dos definiciones para conceptualizar la trata de seres humanos en función de si las víctimas eran mayores de edad o menores.

a).- La primera y en atención a las personas mayores de edad, se definía como el traslado de personas de un país a otro en régimen de esclavitud y en contra de su voluntad, utilizando violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad, con la finalidad de explotarlas laboral o sexualmente,

⁴¹⁶ En este sentido, el 1º Protocolo llamado *Contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire*, introdujo un concepto de tráfico coincidente con el mero favorecimiento lucrativo de una entrada ilegal, por lo que trata y tráfico se identificarían con dos realidades migratorias diferenciadas, una coercitiva y otra consentida. El 2º Protocolo *para prevenir, reprimir y sancionar la trata de persona* creó confusión en cuanto al término de abuso de una situación de vulnerabilidad. Posteriormente, el Consejo de Europa en su Resolución de 19 de mayo de 2000, al definir vulnerabilidad en el interior de la trata como parte de la coerción y como resultado de una situación administrativa precaria o ilegal, equiparaba la trata con la migración voluntaria, aunque ilegal, por lo que trata y tráfico acabarían siendo lo mismo, ya que le usurpaba el espacio conceptual que estaba destinado al tráfico. *Vid.*, MAQUEDA ABREU, M.L., “A propósito de...”, *cit.*, pp. 1248-1249.

para cometer delitos o mendigar, o para extraer órganos o para celebrar matrimonio forzoso.

b)- La segunda respecto a los menores de edad, se definía como el traslado de menores de edad de un país a otro con fines de explotación aun cuando no mediase violencia, intimidación, engaño o abuso⁴¹⁷.

Pese a todas las definiciones gestadas para definir la trata de seres humanos, como ya se ha expuesto, la definición que mejor recoge el significado de este concepto, internacionalmente admitida se encontraba establecida en el marco de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, concretamente en el Protocolo anexo a la misma relativa a la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Era el llamado Protocolo de Palermo⁴¹⁸. Este ha sido considerado el instrumento internacional por excelencia para la lucha contra la trata de seres humanos. Su importancia se centraba en que a partir del mismo se deshizo el binomio trata-explotación sexual y se introdujo un concepto más amplio de trata y más acorde con la realidad. Tal fue su relevancia, que la gran mayoría de países firmantes lo acabaron aplicando en sus mismos términos, logrando una armonización sin precedentes de las legislaciones penales nacionales que tipificaron el delito de trata de personas.

⁴¹⁷ *Trata de seres humanos* disponible en <https://www.dej.rae.es>, fecha última consulta 10 de marzo de 2019.

⁴¹⁸ En vigor desde el 28 de enero de 2004. Ratificado por España el 21 de febrero de 2003. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44083-44089.

La definición de trata se establece en su artículo 3 afirmando que:

“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 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.

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.

c).- 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 ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

d).- Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años”.

Como se observa, el concepto dado de trata es amplio, acogiendo todas las formas posibles de explotación, aunque sigue haciendo una mención especial a la explotación que sufren las niñas. Resulta particularmente interesante la referencia al consentimiento que aparece de manera expresa cuando se ha recurrido a cualquiera de los medios empleados en dicho apartado.

Posteriormente, en 2005, concretamente en el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa aparecía igualmente definida de la siguiente manera:

“Por trata de seres humanos se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos”.

El concepto de trata de seres humanos que recogía el artículo 177 bis del Código penal en su versión de 2010⁴¹⁹ derivaba a todas luces del contenido de este precepto del Protocolo de

⁴¹⁹ Art. 177 bis de la LO 5/2010:

”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 captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a).- La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

b).- La explotación sexual, incluida la pornografía.

c).- La extracción de sus órganos corporales.

2. 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...”

Palermo, mientras que el 177 bis del actual texto punitivo reformado por la LO 1/2015 de 30 de marzo⁴²⁰ se incorpora con el objetivo, de acuerdo con lo expuesto en el Preámbulo de dicha LO, de propiciar una completa transposición de la normativa europea contenida en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo⁴²¹.

La presente Directiva 2011/36/UE definía el delito de trata de seres humanos de igual forma que el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia, pero ampliaba entre las conductas típicas

⁴²⁰ Art. 177 bis de la LO 1/2015 de 30 de marzo:

“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 esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a).- La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a 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.

...”.

⁴²¹ De acuerdo con el Preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo *“finalmente, buena parte de las modificaciones llevadas a cabo están justificadas por la necesidad de atender compromisos internacionales (...); de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (...).”*. (Preámbulo I, último párrafo).

alternativas incluyendo en la recepción de personas, el intercambio o transferencia de control sobre estas personas. En relación a los medios comisivos, aludía a que el concepto de situación de vulnerabilidad se producía cuando la persona carecía de otra alternativa real o aceptable a excepción de someterse al abuso. En cuanto a las modalidades de trata incluía la mendicidad forzosa y añadía una nueva forma de explotación “para realizar actividades delictivas”. Igualmente modificaba el término de “niño” por el de “menor”. Dichos cambios provocaron la modificación en nuestra legislación penal del precepto que sancionaba la trata de seres humanos⁴²².

Se constata por tanto, que, a partir de la entrada en vigor del Protocolo contra la Trata de Personas en 2003, se intensificó de forma paulatina la lucha contra la trata de personas, siendo penalizada como un delito específico en 134 países y territorios de todo el mundo.

Sin embargo, en cuanto a condenas se refiere los progresos eran escasos y ello debido a que generalmente las víctimas, presas del miedo y coaccionadas, en contadas ocasiones llegaban a denunciar a sus detractores y cuando lo hacían, en la mayoría de casos, se volvían invisibles para la justicia bien porque desaparecían

⁴²² *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración* disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp:sgntj_nfis/descarga/memoria2012-vol1_circu_05-pdf?idfile=f899..., fecha última consulta el 10 de marzo de 2019.

para no volver a ser citadas o bien porque se retractaban a la hora de ratificar la denuncia.

4.- Primeras consideraciones: el cambio de visión del delito a la víctima

La trata de seres humanos ha sido considerada erróneamente, como ya se ha expuesto, la esclavitud de nuestro tiempo. Una realidad que ha afectado en mayor o menor medida a todos los países tanto desarrollados como subdesarrollados. Este concepto de esclavitud tuvo su origen en 1999, cuando BALES, presidente de Free The Slaves, empleó en su conocida obra *“Disposable people: New slavery in the global economy”*, una afinidad entre el momento fenómeno de la trata, con el histórico fenómeno de la trata transoceánica de esclavos, que se produjo entre los S. XVIII y XIX. En opinión de BALES *nos encontrábamos frente una institución que había dejado de tener un reflejo legal y que se había modernizado, a pesar de su prohibición. A su juicio, la esclavitud contemporánea se había convertido en un negocio muy lucrativo, ya que a diferencia de la antigua esclavitud, donde el amo se hacía cargo de la manutención del esclavo y de su familia, en esta nueva visión de la esclavitud, el amo no tenía coste alguno sobre estos*⁴²³. Claramente, este incremento de la situación de

⁴²³ Cita tomada de Villacampa Estiarte en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata de seres humanos” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F.

pobreza, unido a que la globalización llegó también a los transportes y a las comunicaciones, provocando que la oferta de esclavos se incrementase a los más altos niveles. Como consecuencia de todo ello el esclavo pasó a tener un precio irrisorio en el que la propiedad del cautivo en manos de su captor/res desaparecía, el amo dejaba de tener obligación de mantenerlo, motivo por el cual, el escaso gasto repercutido en la persona del captado añadido a la alta rentabilidad que generaba tal ilícita actividad devino en un negocio muy lucrativo para los tratantes⁴²⁴.

Este fenómeno conocido como la compraventa y explotación de niños y de adultos ha provocado efectos devastadores no sólo en las personas que la sufren, sino también en la sociedad y la economía. Los efectos adversos devienen porque los traficantes en su *modus operandi* se dedican a captar, transportar o alojar a los/las perjudicados/as mediante engaño, aprovechándose de una situación de vulnerabilidad o utilizando la fuerza, con el único propósito de obtener un beneficio de esa explotación⁴²⁵. Estas víctimas se han convertido en “blancos perfectos” para dar rienda suelta a este negocio ilegal.

La trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos humanos, de la dignidad y de la libertad de una persona⁴²⁶. Se ha caracterizado porque constituye una forma de delincuencia grave, ya que en la mayoría de supuestos, se

(coord.), *Comentarios al Código Penal Español Tomo I*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1236.

⁴²⁴ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1236.

⁴²⁵ Vid. *Plan Integral de...*, *cit.*

⁴²⁶ *Ibidem*.

encuentra aparejada con organizaciones delictivas que generan importantes beneficios, tanto en la economía legal como en la delictiva, basados en emplear a personas con diferentes fines de explotación, provocando una interacción entre oferta y demanda⁴²⁷. Claro ejemplo de dicha aseveración tiene su reflejo en que la trata de seres humanos se ha convertido en un nuevo mercado para el crimen organizado, controlado por mafias. Estas, en la mayoría de los casos trafican con sustancias estupefacientes, órganos humanos, armas o cualquier materia prohibida.

Por tanto, es ya una realidad que éste fenómeno no sólo no se ha conseguido eliminar sino que ha ido creciendo paulatinamente en los últimos veinte años⁴²⁸. Tal ha sido su ascenso que en aproximadamente diez años ha pasado de ser considerada la tercera fuente de ingresos para estas organizaciones criminales después del tráfico de estupefacientes y el tráfico de armas⁴²⁹, a

⁴²⁷ Según se establece en el *Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, realizada por la Comisión Europea, disponible en <http://www.Trade.es.europa.eu/doclib/html/154644.htm>, fecha última consulta el 10 de marzo de 2019.

⁴²⁸ SERRA CRISTOBAL, R., "La trata de mujeres como una de las formas más atroces de violencia contra la mujer", en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.) y VVAA, *Estudio integral de violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 273.

⁴²⁹ SERRA CRISTOBAL, R., "Introducción: La trata de seres humanos" en SERRA CRISTOBAL, R / LLORIA GARCIA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica, Madrid, 2007, p. 20.

ocupar en la actualidad la segunda fuente de ingresos para estas organizaciones después del tráfico de estupefacientes⁴³⁰.

Atendiendo a las distintas organizaciones internacionales que trabajan en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos tales como la OIT, la UE, la UNODC se constata que la trata de personas no es un crimen neutral desde el punto de vista de género, ya que este afecta de forma desproporcionada a más mujeres que hombres, generando una desigualdad entre ambos sexos tanto en los países de origen como los de destino⁴³¹.

Por tanto, se constata que es un delito en el que los hombres son mayoritariamente los tratantes y consumidores y las víctimas prioritariamente mujeres⁴³². En este sentido, el CEDAW⁴³³ considera que constituyen actos de violencia basada en el género, ya que se trata de “violencia dirigida contra la mujer o que le afecta de forma desproporcionada a la víctima por el mero hecho de ser mujer”⁴³⁴

Ello motiva que se considere como una forma de violencia de género siendo la trata con fines de explotación sexual una de las

⁴³⁰ Vid., SERRA CRISTOBAL, R., “La trata de mujeres...”, *cit.*, p. 273.

⁴³¹ Ello se reconoce en las Recomendaciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas (1993) y en la Plataforma de Acción de Beijing (1995)

⁴³² El término concreto de víctima tuvo su origen en el cambio de perspectiva en el tratamiento de la violencia sexual. VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios penales y criminológicos* Nº 22, 1999-2000, p. 315.

⁴³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer de Naciones Unidas

⁴³⁴ Vid., SERRA CRISTOBAL, R., “La trata de mujeres...”, *cit.*, p. 272.

más severas, crueles y la de mayor magnitud en nuestro país. Este tipo de violencia en muchos casos termina en feminicidio que es considerada la manifestación más extrema del abuso y la violencia de género⁴³⁵. De acuerdo con los datos publicados, en 2018, se han

⁴³⁵ El feminicidio se define como el homicidio específico en el que un varón asesina a una mujer, chica o niña por ser de sexo femenino. DIANA RUSELL, pionera de la utilización de este vocablo considera que las motivaciones principales para este tipo de asesinatos son la ira, el odio, los celos, la búsqueda de placer, la misoginia, el sentido de la superioridad de género y la concepción de las mujeres como posesión. *Feminicidio (asesinatos a mujeres): definición, tipos y causas*, disponible en <https://psicologiyamente.com/forense/feminicidio>, fecha última consulta 11 de marzo de 2019.

Dentro del feminicidio y en atención a la presente exposición se distingue entre:

1º- *Feminicidio por trata*, considerado como la muerte o el asesinato de una mujer provocado en una situación de sometimiento y privación de la libertad de la mujer víctima en situación de "trata de personas".

2º- *Feminicidio por prostitución*, definido como el asesinato de una mujer que ejerce la prostitución cometido por uno o varios hombres, incluyendo en este tipo los asesinatos a la mujer motivados por el odio y la misoginia que despierta en sus autores la condición de prostituta de la víctima.

Esta clasificación se encuentra extraída de *Los tipos de feminicidio*, disponible en <http://artecontraviolenciadegenero.org?p=1614>, fecha última consulta 11 de marzo de 2019.

En España esta figura no se encuentra tipificada a diferencia de ciertos países de América Latina. En este sentido, los países pioneros de establecer una legislación específica para sancionar muertes violentas de mujeres por su pareja o expareja fueron en 2007 Costa Rica y Venezuela. En la actualidad, 15 países se han sumado al castigo de este tipo de homicidios. Hasta 2011, siete de estos países habían tipificado el feminicidio, entre ellos Chile, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, México, Nicaragua y Perú y tres de ellos habían construido una agravación para el homicidio (entre ellos Argentina, Colombia y Venezuela). En 2014 cuatro países establecieron su propia legislación siendo estos Bolivia, Ecuador, Honduras y Panamá.

registrado 60 feminicidios y otros asesinatos en mujeres a manos de hombres⁴³⁶.

Las víctimas de la trata de seres humanos sufren consecuencias especialmente graves, por lo que en los últimos años se ha producido una profunda transformación de los diferentes tratados nacionales e internacionales para llevar a cabo una política de mayor protección, comprometiéndose los países firmantes con los compromisos internacionales adquiridos⁴³⁷.

Este cambio de orientación se logra en España, como más adelante se analiza, con la reforma actual del artículo 177 bis CP.

⁴³⁶ *Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres*, disponible en <http://feminicidio.net/articulo/listado-feminicidios-y-otros-asesinatos-mujeres-cometidos-hombres-esp%C3%B...>, fecha última consulta 11 de marzo de 2019. En este sentido y para documentar los casos de feminicidio y asesinatos de mujeres se creó en 2010 una herramienta llamada GEOFEMINICIDIO, diferenciando el número de muertes provocadas en este sentido no sólo desde el ámbito internacional sino a nivel nacional, distinguiendo en atención a la tipología los producidos en cada Comunidad Autónoma.

⁴³⁷ En atención a ello, véanse los diferentes Convenios Internacionales tales como el Acuerdo Internacional de 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, el Convenio internacional de 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, el Convenio internacional de 30 de septiembre de 1921, el Convenio internacional de 11 de octubre de 1933 y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950, los cuales en su redacción originaria o bien no establecían medidas de protección a las víctimas o si las establecían, las regulaban de forma tasada.

En ella el legislador salvaguarda los derechos de las víctimas que resultan afectados de las diferentes conductas que conforman el delito de trata de seres humanos⁴³⁸.

Sin embargo, como sucede en todo proceso, para poder alcanzar el objetivo, se han dado unos pasos previos. En concreto, resultan por su importancia, dos compromisos internacionales a los que se ha aludido con anterioridad, por los que nuestro país se hallaba vinculado:

-1º.- El primero de ellos, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 (Convenio de Varsovia⁴³⁹).

-2º.- El segundo de estos documentos es la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas⁴⁴⁰.

Aunque en ambos se recogían medidas en el plano material para la protección de las víctimas, la Directiva no contemplaba

⁴³⁸ CANO PAÑOS, M.A., "De la trata de seres humanos", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y VVAA, *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 430.

⁴³⁹ *Convenio de Varsovia*, disponible en <http://www.msssi.gob.es/ssi/...internacional/.../Convenio Consejo EuropaTrata.pdf>, fecha última consulta 12 de marzo de 2019. Igualmente en *Boletín del Oficial del Estado* núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453-76471.

⁴⁴⁰ *La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección a las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?*, realizado por VILLACAMPA ESTIARTE, C., disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc/13-14.pdf>, fecha última consulta 12 de marzo de 2019.

alguna de las acciones que, por el contrario, sí se recogían en el Convenio de Varsovia, pese a que era más actual.

En concreto, la presente Directiva no se ocupaba de las condiciones de residencia de las víctimas de trata en el territorio de la Unión remitiéndose a la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 para regular ese tema. En esta última, como posteriormente se analiza, la condición que se exigía para obtener un permiso de residencia era la estricta colaboración por parte de las víctimas con la investigación. Su duración se establecía en función de la permanencia de la mencionada colaboración.

Todo esto supone, desde el punto de vista jurídico, la imposición finalmente de una aproximación victimocéntrica, frente a la realidad criminológica que imperaba en un principio.

Este tipo de orientación se caracteriza tanto por un acercamiento integral al problema, como a las causas que provoca la trata y la coordinación en el entorno, no sólo desde el ámbito interestatal sino entre organizaciones públicas o privadas dedicadas a la implantación de actuaciones para luchar contra este fenómeno.

Es decir, la trata de personas se considera una forma de vulneración de derechos humanos de las víctimas, centrando las estrategias de lucha contra este proceso sobre la base de la protección de los derechos de las víctimas, recalando más en su

concepción de conducta lesiva para los sujetos pasivos que la sufren que en su condición de conducta con relevancia penal⁴⁴¹.

Sin embargo, esta intención no se ha visto reflejada, ya que la mera aplicación de disposiciones internacionales incriminatorias ha sido insuficiente para la erradicación de este fenómeno. Es cierto que se han producido grandes avances en la lucha, pero estos no han dado los frutos esperados para la eliminación de esta lacra o cuanto menos para su disminución.

Al hilo de lo anterior, varios Estados han reclamado un cambio de orientación en la política-criminal, tendente a poner a la víctima en un lugar más destacado en las estrategias de lucha contra la trata por medio de la adopción de un enfoque de derechos humanos.

Sin embargo, pese a que se están dando pasos en esta dirección, no acaban de alcanzarse. Prueba de ello se encuentra tanto en el Protocolo de Palermo como en las deliberaciones de las Conferencias de las Partes en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴⁴². En estas, los Estados parte eluden otorgar un valor obligatorio al enfoque de derechos humanos y a la mayoría de las disposiciones sobre protección de las víctimas. En el ámbito internacional, tanto el

⁴⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de seres humanos", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VVAA, *Comentario a la reforma de 2015*, ed. Aranzadi, Navarra, 2015, pp.399-400.

⁴⁴² Al respecto, esta Conferencia se ha distanciado de las recomendaciones lanzadas por su propio Grupo de Trabajo, no prestando atención a aquellas, en las que en repetidas ocasiones insta a los Estados a adoptar un enfoque de derechos humanos y centrados en las víctimas.

Consejo de derechos humanos como la ONU fijan la obligación de los Estados a adoptar un enfoque de derechos humanos. En el plano europeo este enfoque se ha materializado únicamente en nuestro continente⁴⁴³.

Así pues, en ese abordaje victimocéntrico, como aproximación que impera en la actualidad⁴⁴⁴ y desde el enfoque de derechos humanos, se debe cubrir necesariamente desde tres aspectos o también llamada la política de las “3 P”: la prevención, la protección y la persecución⁴⁴⁵.

4.1.- El origen y desarrollo de la visión victimocéntrica en los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: el deber de diligencia

El origen de las “3 P” se encuentra en el desarrollo de las políticas “positivas” o “de debida diligencia”, que fueron identificadas en primer lugar por el TEDH en casos relacionados con el derecho a una vida privada y familiar⁴⁴⁶. Este Tribunal estableció en su momento, que *los Estados están obligados a proporcionar*

⁴⁴³ MILANO V., “Fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, en *Revista Internacional de estudios internacionales*, nº 32, 2016, p. 12.

⁴⁴⁴ Dicho abordaje ya había sido puesto en práctica desde la aprobación del Protocolo de Palermo durante el S. XXI.

⁴⁴⁵ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata...”, *cit.*, 2015, pp.400-402; de la misma autora, “De la trata...”, *cit.*, pp.1240-1244.

⁴⁴⁶ *Vid.*, MILANO V., “Fines de explotación sexual...”, *cit.*, pp. 16-21.

“protección práctica y eficaz” a los individuos incluso “en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí”.

A partir de los dictámenes de este alto tribunal otros organismos y tribunales internacionales siguieron sus pasos aplicando esta interpretación. Entre ellos el Tribunal Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) identificaba la existencia de obligaciones de debida diligencia, estableciendo el deber jurídico del Estado de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos provocadas por los particulares y asegurar el restablecimiento del derecho y una reparación adecuada de las víctimas⁴⁴⁷.

Entre los órganos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas destacó como pionero el CEDAW, en el que se adoptó en 1992 la Recomendación general núm. 19 por la que estableció que *“los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”*⁴⁴⁸.

Fue en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas (1993) y otros organismos internacionales, donde se adoptó el concepto de la debida diligencia en relación con la violencia contra las mujeres, como dato para evaluar si un Estado cumplía o no con su obligación de investigar,

⁴⁴⁷ CIDH, Velásquez Rodríguez v. Honduras, extraído de MILANO V., “Fines de explotación sexual...”, *cit.*, p. 16.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

sancionar y reparar. A tal fin los estados debían adoptar medidas positivas para impedir la violencia y proteger a la mujer, castigar a los autores de actos violentos e indemnizar a las víctimas de la violencia. Dicho de otro modo, debían contemplar varios principios generales a fin de que fueran respetados en cualquier sistema jurídico, orientado para asegurar el acceso a la justicia a la víctima, ofreciendo unos servicios de calidad, un trato digno, una inmediatez en la atención, un auxilio inmediato acompañado de un seguimiento y acompañamiento, ofreciéndoles una información clara, veraz y oportuna, sin coste alguna para ellas, con servicios de atención multidisciplinarios e integridad, en la que se evitase una revictimización, respetando la privacidad y confidencialidad y ofreciendo una reparación⁴⁴⁹.

De igual forma, en la Recomendación general de 2010 se reafirmaba la noción de obligaciones de debida diligencia determinando que *“los Estados partes están obligados a asegurarse el que los actores privados no cometan actos de discriminación contra la mujer, según la definición de la Convención”*, en la que se incluían todas las formas de violencia contra la mujer y concretamente la trata de mujeres⁴⁵⁰.

Dicha confirmación fue la consecuencia de una serie de decisiones tomadas a raíz de procedimientos de denuncias individuales y de sus observaciones finales a los Estados en las

⁴⁴⁹ *El deber de actuar con la debida diligencia en caso de violencia contra las mujeres*, disponible en <http://www.comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/0e8648ebf4db275de94d9815901090be.pdf>, fecha última consulta el 13 de marzo de 2019.

⁴⁵⁰ *Vid.*, MILANO V., “Fines de explotación sexual...”, *cit.*, pp. 16-17.

revisiones que se efectuaron de forma periódica respecto del nivel de cumplimiento de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴⁵¹.

Por lo que a España se refiere, este Comité lamentó que nuestro Estado no comprendiera su obligación de diligencia debida, resultando evidente la falta de seguimiento de los dictámenes del Comité sobre la comunicación núm. 47/2012, tal y como se expresa en la resolución relativa al caso de *González contra Carreño c. España*⁴⁵². Este caso fue de enorme envergadura, ya que representó la primera condena de la ONU en contra del estado español en un tema de violencia de género. La CEDAW declaró culpable a España por su falta de obligación de prevenir, con la debida diligencia, el asesinato de la hija de la denunciante en un régimen de visitas no supervisadas por el Estado, concluyendo que *“las medidas adoptadas por el Estado parte para capacitar a los jueces y abogados sobre la Convención y su Protocolo Facultativo y para incorporar sus disposiciones en su ordenamiento jurídico fueron insuficientes”*⁴⁵³.

De igual modo, deben mencionarse, por su importancia, otros órganos creados en el seno de la ONU, que efectuaron recomendaciones a los Estados en materia de lucha contra la trata desde la perspectiva de los derechos humanos. Entre ellos, el Comité de Derechos Humanos, reconociendo que la prohibición de

⁴⁵¹ Vid., MILANO V., “Fines de explotación sexual...”, *cit.*, p. 17.

⁴⁵² *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, disponible en <https://www.idhc.org/img/bulletins/files/CEDAW2017>, fecha última consulta el 13 de marzo de 2019.

⁴⁵³ *Observaciones finales sobre...*, *cit.*

la trata entraba en el ámbito del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohibía la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, pese a que no mencionaba la trata. El Comité Contra la Tortura que se refería a la aplicación de la debida diligencia en casos de trata y el Relator especial sobre la tortura, cuando hacía especial referencia a la prohibición de la trata como forma de tortura u otra forma de malos tratos. En concreto en su último informe, el Relator especial reiteraba que tanto las mujeres como las niñas víctimas de la trata eran sometidas de forma sistemática a prácticas indeseables, constitutivas todas ellas de formas de tortura y de malos tratos, por lo que aquellos Estados que no adoptasen la debida diligencia para protegerlas, castigar a los responsables y ofrecerles reparación, se consideraban que consentían estas torturas o malos tratos o eran cómplices de ellos⁴⁵⁴.

El único instrumento de Derecho internacional que declaró expresamente la aplicabilidad del principio de debida diligencia de la trata con relación a las 3 P fueron los Principios y Directrices sobre trata⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Informe del Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016>, fecha última consulta el 13 de marzo de 2019.

⁴⁵⁵ Al respecto establecieron textualmente que “los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella”. Vid., MILANO V., “Fines de explotación sexual...”, *cit.*, p. 19.

En definitiva, la aplicación de este concepto al ámbito de la trata ha sido un eje fundamental para detectar mayores obligaciones con el objetivo de formar una táctica global cuya finalidad logre enfrentar este fenómeno, asentada sobre los ejes de la prevención, protección y persecución.

4.2.- La política de las “3 P”: prevención, protección y persecución y el deber de diligencia

Respecto de la 1ª P, la prevención⁴⁵⁶, resulta fundamental abordarla. Es la base para poder erradicar la trata, motivo por el cual

⁴⁵⁶ En este sentido los instrumentos que ofrecían en materia de medidas preventivas a adoptar fueron el Convenio de Varsovia (artículos 5 - *prevención de la trata de seres humanos*, 6- *medidas para desincentivar la demanda*, 7- *medidas en las fronteras*, 8- *seguridad y control de los documentos*, 9 -*legitimidad y validez de los documentos* y 19 -*tipificación de los servicios de una víctima*) y los Principios (4- *las estrategias que apunten a prevenir la trata de personas tendrán en cuenta que la demanda es una de sus causas fundamentales*, 5 - *los estados y las organizaciones gubernamentales se asegurarán de tener en cuenta en su acción los factores que aumenten la vulnerabilidad de la trata, entre ellos la desigualdad, la pobreza y la discriminación en todas sus formas* y 6 -*los Estados ejercerán la debida diligencia para detectar y eliminar la participación o complicidad del sector público en la trata de personas. Los funcionarios públicos respecto de los cuales haya sospechas de estar implicados en la trata de personas serán sometidos a investigación y proceso y, de ser condenados, sufrirán las sanciones correspondientes*) y Directrices sobre trata (1- *promoción y protección de los derechos humanos*, 3 -*investigación, análisis, evaluación y difusión*, 7 -*prevención de la trata de personas*, 10 -*obligaciones del personal de mantenimiento de la paz, de policía civil humanitario y diplomático* y 11 - *cooperación y coordinación entre Estados y regiones*) , en cambio la Directiva sobre trata solo dedica dos artículos (18 -*necesidad de que las víctimas de la trata de seres*

y partiendo de la base de que en nuestro entorno las mujeres son mayoritariamente víctimas de la trata, se obliga a los Estados a abordar la determinación de las causas de fondo de la trata, tales como las desigualdades de género y la pobreza que generan víctimas especialmente vulnerables, variando las actuales políticas económicas, de forma que se aumente la migración legal y se fomente la cooperación de los países de destino con los originarios de las personas tratadas.

Requiere cierta investigación para dar a conocer esta realidad y desarrollo de campañas informativas de concienciación comunitaria y política con el fin de frenar la demanda de servicios sexuales a cambio de precio, llegando incluso a recomendar la criminalización de esta demanda e informar de sus riesgos. A tal fin, son necesarios programas educacionales, con el objetivo de que la sociedad modifique la imagen de la mujer víctima de la trata y programas de concienciación que ayuden a evitar cualquier tipo de rechazo social hacia ellas, haciendo desaparecer la percepción que

humanos pueden estar en condiciones de ejercer sus derechos de forma efectiva, debiendo prestar asistencia y apoyo durante todo el proceso, antes y después del mismo y 23.2 - ... en el momento en que se detecte que un menor no acompañado es víctima de la trata de seres humanos y hasta que se halle una solución permanente, los Estados miembros deben aplicar las medidas de acogida adecuadas a las necesidades del menor y garantizar que se apliquen las correspondientes garantías procesales). Respecto de los Principios y Directrices sobre trata se encuentran detallados en *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social*, disponible en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&sub=16&cod=35&page=>, fecha última consulta 14 de marzo de 2019.

en muchas ocasiones nos lleva a prejuzgarlas porque ellas no son culpables de encontrarse en esta lamentable situación⁴⁵⁷.

Sin embargo, no debemos olvidar al sector consumista del sexo, a los usuarios de los servicios sexuales, ya que la prostitución, aunque en ocasiones se ejerza de forma voluntaria, en la mayoría de situaciones esta se alimenta de la trata de mujeres⁴⁵⁸. En este sentido, se solicita colaboración ciudadana. Se debe concienciar a los clientes que consumen, de que este delito es real, que existe, para que denuncien cualquier tipo de situación aunque sea complicada.

Por último, demanda una adecuada formación de aquellos profesionales que se encuentren en contacto directo con las víctimas así como establecer controles administrativos de fronteras y espacios anejos a estas.

En relación con la 2ª P, es decir, la protección y asistencia de las víctimas. Las políticas de lucha contra el fenómeno de la trata requieren de programas de salvaguarda y de reinserción social de las mujeres, ya que el fenómeno de la trata ha de abordarse desde la óptica de la víctima⁴⁵⁹. Este enfoque requiere que la protección y

⁴⁵⁷ Vid., SERRA CRISTOBAL, R., "La trata de mujeres...", *cit.*, pp. 288-289.

⁴⁵⁸ Al respecto en los últimos años, España se ha convertido en uno de los países europeos más demandado como destino sexual. Vid., SERRA CRISTOBAL, R., "La trata de mujeres...", *cit.*, p. 289.

⁴⁵⁹ Esta protección ya venía recogida en la Recomendación del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de junio de 2006 cuando manifestaban textualmente que "los Estados deben asegurar el reconocimiento efectivo y el respeto de los derechos de las víctimas, así como a sus derechos fundamentales. Deberían en particular respetar la seguridad, la dignidad, la vida privada y familiar de las

el apoyo a las personas que han sido víctimas de trata ocupen un lugar destacado en las estrategias de intervención. Para ello, se deben establecer mecanismos adecuados y efectivos para identificar a las víctimas, asegurarles la máxima reparación por el daño sufrido, ofrecerles la asistencia debida, un alojamiento seguro, orientación psicológica, cuidado de salud, asistencia legal gratuita, educación, orientación profesional y salida al mercado laboral, así como una debida protección, reconociéndoseles el derecho a ser informadas y asesoradas según su nivel de comprensión, derecho a la intimidad y a la protección y derecho a una indemnización. A tal fin, se les debe dotar de un permiso temporal de residencia con independencia de que manifiesten su voluntad de querer o no someterse a un proceso penal, siendo extensible a sus familiares y especialmente a los menores⁴⁶⁰.

víctimas y reconocer los efectos negativos que han generado las infracciones sobre ellas". Vid., SERRA CRISTOBAL, R., "La trata de mujeres...", cit., p. 278.

⁴⁶⁰ En este sentido se establecían en los Principios y Directrices sobre trata (Directriz 10.1 -obligaciones del personal de mantenimiento de la paz, de policía civil, humanitario y diplomático, en el sentido de programas de capacitación previos y posteriores al despliegue para todo este personal), en el Convenio de Varsovia en su art. 5.2 -prevención de la trata de seres humanos y en su Capítulo III de Medidas tendentes a proteger y promover los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres en toda su extensión (comprende los arts. 10 -identificación de las víctimas, 11 -protección a la vida privada, 12 -asistencia a las víctimas, 13 -período de recuperación y reflexión, 14 -permiso de residencia, 15 -indemnización y recursos, 16 -repatriación y retorno de las víctimas y 17-igualdad entre mujeres y hombres, así como art. 26 -posibilidad de no imponer sanciones y 28 -protección de las víctimas, testigos y personas que colaboren con las autoridades judiciales). La Directiva establecía la obligación de proporcionar esta protección respecto de los menores y especialmente, los menores no acompañados (art. 18.3). Vid., Principios y Directrices recomendados..., cit.

Finalmente, respecto de la llamada 3ª P, la persecución criminal, sigue siendo el eje primordial de la respuesta estatal. Se incluye en esta, bajo el enfoque de derecho penal, la necesaria incriminación y procesamiento de tales conductas, con aplicación de sanciones proporcionadas a la gravedad del injusto, aumentándose la pena en el supuesto de que estos comportamientos sean llevadas a cabo en el seno de una organización criminal, aplicándose sanciones económicas de carácter confiscatorio de las ganancias obtenidas con este delito, así como previsión de normas de ampliación respecto de la competencia⁴⁶¹.

Sin embargo, desde el enfoque de derechos humanos, la persecución del tratante y la protección de la víctima deben ser objetivos prioritarios por parte de todos los operadores del sistema judicial y policial. Por este motivo se prohíbe vincular la protección, asistencia y reparación a que se garantice cualquier actuación policial y judicial para evitar una victimización secundaria⁴⁶². Sin

⁴⁶¹ Se encontraban reflejadas en los Principios y Directrices sobre la trata en el apartado de penalización, sanción y reparación (recoge los principios 12 a 17 ambos inclusivos), en el Convenio de Varsovia en su art. 12.6 (*en cuanto que las Partes adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no quede subordinada a su voluntad de actuar como testigo*) y en la Directiva sobre trata (en sus arts. 1 -*objeto*, 2 -*infracciones relacionadas con la trata de seres humanos*, 3 -*inducción, complicidad y tentativa*, 4 -*penas*, 5 -*responsabilidad de las personas jurídicas*, 6 -*sanciones a las personas jurídicas*, 7 -*embargo y decomiso*, 8 -*no enjuiciamiento o no imposición de penas a las víctimas*, 9 -*investigación y enjuiciamiento* y 10 -*competencia*). Vid., *Principios y Directrices recomendados...*, cit.

⁴⁶² Desde este enfoque aparecían plasmados en los Principios y Directrices sobre trata, concretamente en el principio 8 de protección y asistencia (*en él los Estados deben velar por proteger a las víctimas de la trata de personas de mayor explotación o mayores daños y porque tengan acceso a atención física y psicológica adecuada*) y

embargo, dicho escenario es frecuente, ya que las víctimas siguen siendo objeto de intimidación y victimización secundaria, a las que se les niega asistencia en comisarias o se les identifica erróneamente donde acaban procesadas, condenadas e incluso expulsadas del país⁴⁶³.

En respuesta a dicha orientación y con objeto de cumplir con la política de las 3 P, España, como consecuencia de los compromisos adquiridos en los documentos emitidos por el Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2002⁴⁶⁴, refuerza el marco penal para la Represión de la Ayuda a la Entrada, Circulación y la Estancia de irregulares a través de la incriminación de aquellas conductas que tipificaban la trata de seres humanos⁴⁶⁵.

la Directriz 6.1 *-para una asistencia y protección con objeto de que se coopere con las organizaciones no gubernamentales para lograr un alojamiento seguro y adecuado a las necesidades de cada una de las víctimas*. De igual forma en el Convenio de Varsovia (art. 12.6 *-las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no quede subordinada a su voluntad de actuar como testigo*) y en la Directiva sobre trata (concretamente en su art. 11.3 *-donde los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para garantizar que la asistencia y el apoyo a la víctima no se supedita a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE*). *Vid., Principios y Directrices recomendados...*, *cit.*

⁴⁶³ Unión Europea, *Informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, 19 de mayo de 2016, COM (2016) 267 final, pp. 11-13.

⁴⁶⁴ Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares: 2002/946/JAI.

⁴⁶⁵ *Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.; "De la trata..."*, *cit.*, pp. 271-272.

Es en 2004 cuando GRETA⁴⁶⁶ emitió un informe sobre este fenómeno que, posteriormente, fue refrendado por la opinión 7/2010 del actual Grupo de Expertos con relación a cómo afrontar las 3P y que será analizado al final de esta investigación⁴⁶⁷ junto con las conclusiones a las que llega este grupo de expertos en su segunda ronda de consulta.

5.- La Trata de seres humanos y su diferencia con la inmigración ilegal

El concepto de trata de seres humanos hasta la aprobación de la LO 5/2010 tuvo una regulación cuanto menos deficiente, ya que el legislador en su momento la incluyó dentro de los delitos contra la inmigración clandestina. Ello produjo como resultado imprecisiones a la hora de separar cierto tipo de conductas tales como la prostitución forzada y la trata⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de la UE.

⁴⁶⁷ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", *cit.*, 2015, p. 400

⁴⁶⁸ En este sentido el Preámbulo de la Ley Orgánica de reforma expone literalmente: *"El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contempla el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado en vista de las grandes diferencias existentes entre ambos fenómenos delictivos. La separación de estas dos grandes realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos. Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado "de la trata de seres humanos".*

Así, el art. 177 bis CP tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y

Con el fin de evitar esos problemas de interpretación era necesario distinguir dos tipos de situaciones que fueron contempladas en algunos convenios, pero que España hasta la reforma de 2010 no supo o no quiso plasmar⁴⁶⁹: Por un lado se

libertad de los sujetos pasivos que las sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”.

⁴⁶⁹ En este sentido, en el ámbito de la UE, se debe hacer referencia al Convenio Europol, que sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea realizado en Bruselas el 26 de julio de 1995, creó una oficina europea de policía, como ya se ha plasmado anteriormente, cuyo objetivo consistió en mejorar en el marco de la cooperación entre los Estados miembros por medio de las actividades que enumera el presente Convenio, la eficacia de los servicios competentes de estos Estados y la cooperación entre los mismos con vistas a la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional. Concretamente en el Anexo en el que definía las graves formas de delincuencia internacional de las que se puede ocupar Europol, recogía asimismo de forma separada el *trafficking* y el *smuggling*, definiéndolos de la siguiente forma:

a).- La trata de seres humanos: “El acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores o al comercio ligado al abandono de niños”.

b).- Introducción ilegal de inmigrantes: “Las acciones destinadas a facilitar deliberadamente, con fines de lucro, la entrada, la estancia o el trabajo en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, con incumplimiento de las reglamentaciones y las condiciones aplicables a los Estados miembros”. BOE núm. 232 de 28 de Septiembre de 1998.

En igual sentido, el Protocolo adicional a la Convención de Palermo de Naciones Unidas, tenía por objeto el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuyo art. 3 definía como “tráfico ilícito de migrantes” la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. SERRA

encuentra la trata de personas, lo que se conoce como *trafficking*, y por otro el tráfico ilícito de inmigrantes, el *smuggling*⁴⁷⁰.

La identificación de estos dos fenómenos delictivos es de suma importancia, ya que en función de dicha determinación se podrá adoptar un correcto tratamiento y las adecuadas medidas respecto de la persona considerada víctima⁴⁷¹.

En concreto, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire complementó la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de diciembre de 2000. También conocido como Protocolo de Palermo.

Este obligó a los Estados Parte a tipificar tres modalidades de delitos:

CRISTOBAL, R., "La identificación de un caso de trata de seres humanos: ¿Cuándo se está ante un supuesto de trata para la explotación sexual?" en SERRA CRISTOBAL, R / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 50.

⁴⁷⁰ Esta distinción entre tráfico y trata se impuso a lo largo de los años noventa en las intervenciones de numerosos órganos policiales tanto a nivel nacional como internacional, como por ejemplo la INTERPOL. STORINI, C., "Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI", en *Foro Revista de Derecho*, nº 5, 2006, p. 177.

⁴⁷¹ Al respecto, PÉREZ ALONSO consideraba que la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes (*smuggling of migrants*) consistía en ayudar o controlar el tránsito transfronterizo de personas en situación irregular con el ánimo de obtener un beneficio económico. En cambio la trata de seres humanos o el tráfico ilegal en sentido estricto (*trafficking in persons*) consistía en controlar o participar en la captación, traslado o recepción de personas con fines de explotación personal. PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 40.

1).- El tráfico ilícito de migrantes (contrabando de migrantes).

2).- Algunas conductas falsarias que se utilizaban como instrumento del tráfico ilícito de migrantes (como por ejemplo la confección de una tarjeta de identidad falsa).

3).- Y la conducta que ofrecía una permanencia del inmigrante en situación irregular en el Estado receptor cuando se hubiera recurrido a esas actividades falsarias o a cualquier otro medio legal.

Todos los supuestos exigían que se cometieran con el fin de obtener, bien directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material⁴⁷².

El delito de tráfico ilícito de migrantes (o también llamado contrabando de migrantes) se entendía como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. El traficante limitaba su actuación a ofrecer los medios necesarios para que el inmigrante lograra el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Era un delito transnacional y exigía que el emigrante fuera un ciudadano extranjero carente del derecho a la libertad de entrada, residencia o circulación en el Estado receptor. De tal suerte el traficante cooperaba con el emigrante que

⁴⁷² Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.

se había introducido de forma ilegal en un territorio de un Estado. Requería como elemento constitutivo del delito de tráfico ilícito la concurrencia del ánimo de lucro. Las ayudas humanitarias, familiares o similares son consideradas atípicas desde el punto de vista penal.

Dicho delito nació con la intención de proteger el legítimo interés de los Estados de controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras⁴⁷³.

Con posterioridad al Protocolo de Palermo, en el ámbito de la UE, el delito de tráfico ilegal (contrabando de migrantes) se intenta reconvertir en un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina con intención de reforzar alguno de los objetivos prioritarios de la Unión, tales como la supresión de fronteras interiores y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

⁴⁷³ En este sentido Naciones Unidas exigía la persecución penal basándose en dos motivos:

-En primer lugar, porque el impacto negativo que provocaba para los Estados se incrementaba cuando la inmigración clandestina se realizaba en el marco del crimen organizado internacional.

-En segundo lugar, porque los derechos más básicos de los migrantes corrían un riesgo no sólo en cuanto a las formas de realizar el transporte o el paso por las fronteras, sino también por las condiciones de vida que tenían que soportar en relación con su situación de irregularidad, corriendo un grave riesgo de caer en la marginación social y en la explotación o abuso de terceros.

Naciones Unidas entendía que debido a las situaciones que padecían los migrantes debían tener la consideración de víctimas, motivo por el cual el Protocolo de Palermo establecía que, no podían ser enjuiciados como partícipes en ninguno de los delitos relativos al tráfico ilegal de personas. *Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.*

Sin embargo, de acuerdo con nuestra legislación penal, el legislador no siempre lo ha tenido tan presente, prueba de ello han sido las constantes modificaciones.

5.1.- Reformas anteriores a la LO 5/2010 de 22 de junio

Así pues, remontándonos al Código penal de 1973 en su artículo 452 bis a), precepto al que se ha hecho referencia anteriormente y considerado el precedente jurídico inmediato del delito de trata de seres humanos, castigó por primera vez, al que *“cooperare o protegere la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma”*.

A partir de la aprobación del texto punitivo de 1995, el legislador provocó un acercamiento a uno y otro fenómeno, tipificando la promoción de la inmigración clandestina de trabajadores, la incitación o mantenimiento en la prostitución de una persona mediante el engaño, fuerza o abusando de su situación de necesidad o superioridad así como la prostitución y la pornografía infantil⁴⁷⁴. Posteriormente fueron modificados.

En este sentido se produjeron dos modificaciones:

1).- La primera reforma devino por la aprobación de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España. En su disposición final primera introdujo una

⁴⁷⁴ Vid., SERRA CRISTOBAL, R., “La identificación de...”, *cit.*, p.55.

modificación el apartado 1º del artículo 312 CP, de forma que agravó la pena de los que traficasen de manera ilegal con mano de obra⁴⁷⁵, así como que introdujo en su disposición final un nuevo Título XV bis en el Código penal denominado “*delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en el que se castigaba, en su artículo 318 bis al que de forma directa o indirecta promoviera, favoreciera o facilitara el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, agravando la pena cuando en la comisión de los hechos hubiese puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima fuera menor de edad⁴⁷⁶. Este precepto no contenía ninguna referencia a la

⁴⁷⁵ Art. 312 CP modificado por la LO 4/2000 de 11 de enero:

“1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de forma ilegal con la mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

⁴⁷⁶ Art. 318 bis modificado por la LO 4/2000 de 11 de enero:

“1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

trata con fines de explotación sexual, por lo que venía a responder a la necesidad de cubrir el vacío legal existente en materia de protección de los ciudadanos extranjeros en ámbito diferente de la explotación sexual o laboral⁴⁷⁷.

2).- La segunda reforma derivaba de la necesidad de armonizar las legislaciones en el marco europeo en la lucha contra la trata de seres humanos justificando así la introducción de las modificaciones operadas por la LO 11/2003, de 29 de diciembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁴⁷⁸. En esta

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

⁴⁷⁷ Por el contrario se seguía manteniendo el art. 188 CP que hacía referencia a la trata con fines de explotación sexual. LLORIA GARCÍA, P., “Incidencia de la normativa internacional en la regulación penal española de la trata con fines de explotación sexual: Del artículo 188 al artículo 318 bis del Código Penal” en SERRA CRISTÓBAL, R. /LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p.165.

⁴⁷⁸ En este sentido en la Exposición de motivos de la LO 11/2003 se reconocía textualmente lo siguiente:

“La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal tienen como finalidad, combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino. La UE ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco común de ámbito europeo relativo a la lucha

disposición el legislador reformó el artículo 318 bis CP al margen no sólo de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas vinculantes para España, sino también de la normativa comunitaria sobre la materia entonces en vigor (DM 2002/629/JAI del Consejo) e introdujo en el mismo conductas de trata con fines de explotación sexual y modificaciones en la pena⁴⁷⁹. La consecuencia de dicha reforma solventaba el problema *a priori* que existía entre este precepto y el 188.2, al incluirse los supuestos de trata con fines de explotación sexual en el ámbito de los delitos contra los derechos de los extranjeros, haciéndolos desaparecer del capítulo dedicado a los delitos contra la prostitución⁴⁸⁰.

Sin embargo, el legislador acabó entremezclando en este mismo precepto las conductas de la trata y el tráfico de inmigrantes provocando una situación que se ha mantenido inalterable hasta la

contra la inmigración clandestina. Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico de personas (con independencia de que sean o no trabajadores) será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, pongan en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz “.

⁴⁷⁹ Vid., LLORIA GARCÍA, P., “Incidencia de la...”, *cit.*, p.166. En este sentido el art. 318 bis reformado establecía en su apartado 2 *que si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, los autores serán castigados con la pena de cinco a 10 años.*

⁴⁸⁰ Vid., LLORIA GARCÍA, P., “Incidencia de la...”, *cit.*, pp.167-168.

reforma del 2010⁴⁸¹. Esa ausencia de tipificación específica que existía en las conductas de trata antes de diciembre de 2010, hacía que el legislador penal tan solo contara para combatir los supuestos de trata, con aquellas normas o preceptos en los que la conducta criminal aparecía unida a un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, configurado como un delito de favorecimiento a la inmigración ilegal, tipificado antes y ahora en el artículo 318 bis del Código penal.

Al margen de estos dos preceptos, se encontraba el artículo 313 CP, encargado de castigar conductas semejantes a las que regulaba el 318 bis⁴⁸². Este precepto sancionaba la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina a España de personas con la finalidad de que desempeñaran un trabajo. La base para diferenciar entre un tipo y otro se encontraba en la expresión “trabajadores” que recogía el artículo 313 y por las que se sancionaba aquellas entradas cuya finalidad era la imposición de una actividad laboral en extranjeros ilegales, mientras que el 318 bis 1 acogía cualquier clase de colaboración en la inmigración

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ OLALLA, P., “Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España”, en GARCÍA VÁZQUEZ, S. y VVAA, *La Trata de seres humanos*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2012, pp. 110 y ss.

⁴⁸² Art. 313:

*“1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores en España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.
2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”.*

clandestina o tráfico ilegal de personas, independientemente de cuál fuera la finalidad del traslado⁴⁸³.

En atención a lo expuesto, LLORIA GARCÍA criticaba que el legislador nacional dejara pasar una oportunidad al reformar el artículo 318 bis en el que daba entrada a una forma específica de traslado ilegal cuya finalidad era la explotación sexual y no incluyera del mismo modo el que se realizaba con objeto de traer trabajadores ilegales al país. Al respecto, el Tribunal Supremo entendía que existía un concurso de normas que debía resolverse a favor de la aplicación especial del artículo 313 siendo el género el artículo 318 bis⁴⁸⁴.

Esta difícil situación que se planteaba en el entorno europeo, unido al informe de 6 de diciembre de 2006 de Comisión Europea en el que lamentaba que España no estableciera una diferenciación entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes⁴⁸⁵ y

⁴⁸³ LLORIA GARCÍA, P., "La regulación penal del tráfico de personas", en SERRA CRISTÓBAL, R. / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p.173.

⁴⁸⁴ Al respecto la STS 994/2005 de 30 de mayo, ECLI:ES:TS:2005:3465; 1/2005 de 8 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3672 y 1465/2005 de 22 de noviembre, ECLI:ES:TS:2005:7378. LLORIA GARCÍA entendía que el artículo 318 bis quedaba reservado para los supuestos en los que "el tráfico de extranjeros se llevase a cabo con afeción a la dignidad, independientemente de la condición o no de trabajadores de los sujetos víctimas del mismo, dejando el artículo 313 a casos de ayuda a la entrada o permanencia sin afectación a la dignidad y con ánimo de explotación laboral. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "Regulación penal del...", *cit.*, p.175.

⁴⁸⁵ El referido informe de la COM (2006) estableció en su número 770 final que, "(...) las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de

sobre todo, la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos el 2 de abril de 2009, fueron las causas que inspiraron la reforma del Código Penal que tipificó por primera vez el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis. Se trataba de un título compuesto por un único artículo, en que el legislador de 2010 incriminaba el delito de trata de seres humanos como un delito autónomo y lo diferenciaba del tráfico ilegal de inmigrantes.

5.2.- Reformas a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio

Al hilo de lo expuesto anteriormente, dejaba patente que la regulación española precedente a la reforma de 2010 era anticuada, por regular conjuntamente dos realidades criminológicas diferentes con graves imprecisiones técnicas y sobredimensiones punitivas que se hallaban claramente diferenciadas. Esta normativa ponía de manifiesto su apego a la idea de vincular la trata con inmigración clandestina, producto de una política europea fundamentada en el apartheid de la misma. La anterior regulación desoía la tendencia a deslindar el control de fronteras y los límites jurídicos a la residencia

delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes". En este sentido, el Tribunal de Justicia de la UE condenó el 14 de mayo de 2009 a España por no haber traspuesto de forma acertada los mandatos de la Directiva 2008/81/CE del Consejo de UE sobre la expedición de un permiso de residencia a los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos.

legal de los extranjeros, de una realidad mucho más sangrante que consistía en el traslado de personas al primer mundo y su trato indigno, para una vez en destino ser explotadas⁴⁸⁶.

La consecuencia de esta regulación conjunta provocaba problemas de interpretación a la hora de distinguir ciertas conductas, entre ellas la prostitución forzada y la trata, generando problemas concursales a la vez que obligaba a reducir el castigo para los sujetos pasivos extranjeros, obviando la protección de los nacionales y generando dudas en torno a la identificación del bien jurídico provocado por la confusión entre las situaciones de trata y las de tráfico de inmigrantes⁴⁸⁷.

Así pues, con la introducción del artículo 177 bis CP y la supresión del número 2 del artículo 318 bis y del número 1 del 311, el legislador atendía a las críticas vertidas por la doctrina en cuanto a la tipificación del artículo 318 bis que confundía supuestos de tráfico ilegal de inmigrantes con los de trata de personas⁴⁸⁸.

La derogación del apartado segundo era por tanto consecuencia directa de la aplicación de este nuevo delito contra la trata de seres humanos.

Sin embargo, mantenía como subtipo agravado en su actual párrafo segundo los medios comisivos que conformaban la trata y

⁴⁸⁶ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata...", *cit.*, 2016, p. 271.

⁴⁸⁷ LLORIA GARCÍA, P., "Trata de seres humanos", en BOIX REIG, J. (Dir.) y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial, vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2010 del Código Penal)*, ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 294.

⁴⁸⁸ Vid., LLORIA GARCÍA, P., "Trata de seres...", *cit.*, 2012, pp. 294- 295.

que por su propia naturaleza, eran del todo incompatibles con el contrabando de personas y el favorecimiento de la inmigración clandestina⁴⁸⁹.

Otro factor importante a tener en cuenta en esta reforma fue la extensión del círculo de víctimas del tráfico a los españoles y comunitarios, sustituyendo la rúbrica de “extranjeros” por la de “seres humanos”. Anteriormente se consideraba, por su ubicación, que solamente tenían cabida los extracomunitarios como objetos de la modalidad de inmigración ilegal, por lo que solo ellos gozaban de la situación de vulnerabilidad para obtener una protección específica. Tras esta reforma dicho precepto es aplicable sin distinción de nacionalidad, independientemente de la vulneración de las leyes migratorias⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Art. 318 bis de la LO 5/2010 párrafo 2:

“...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 superiores en grado a las previstas en el apartado anterior”. Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.

⁴⁹⁰ CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177 bis, 313, 318 bis CP” en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y VVAA, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 160. En este sentido, la Memoria del Fiscal de Sala de Extranjería del año 2010, establecía que, *el mayor número de víctimas de prostitución coactiva y trata de seres humanos con fines de explotación sexual afecta a las ciudadanas brasileñas (24,21 %), rumanas (17,83 %), colombianas (7,84 %), paraguayas (6,84 %), nigerianas (6,22 %) y rusas (5,91 %), lo que determina que el mayor número de mujeres esclavizadas en España provienen de Brasil y de Rumanía. En cuanto a las ciudadanas comunitarias, la persecución se limita a los eventuales delitos conexos tales como la prostitución*

Asimismo, la modificación del apartado cuarto tuvo su fundamento en la aplicación del nuevo régimen penal de la responsabilidad de las personas jurídicas⁴⁹¹.

Igualmente se derogó el párrafo 1 del artículo 313, de tal forma que se acababa con el problema de la existencia de dos entidades criminológicas iguales, en función de si el sujeto pasivo era trabajador o no.

Sin embargo, el legislador continuó sin plasmar el concepto de tráfico ilegal, tal y como estaba definido en el artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y mantuvo un tratamiento jurídico penal unificado con el delito de

coactiva, la explotación laboral, lesiones, detención ilegal, o delito de falsedad. Datos del año 2009, facilitados por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado. Estos datos se encuentran disponibles en <https://es.slideshare.net/integraLocal/memoria-fiscal-2010-fiscal-de-sala-coordinador-de-extranjera>, fecha última consulta 21 de marzo de 2019.

⁴⁹¹ Art. 318 bis párrafo 4 de la LO 5/2010:

“..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 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.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Vid., CUGAT MAURI, M., “La trata de seres...”, cit., p. 160.

favorecimiento de la inmigración clandestina que era de naturaleza estrictamente formal. Ello provocó que continuase priorizando la protección de los intereses estatales de controlar los flujos migratorios y la seguridad de sus fronteras en lugar de potenciar la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros⁴⁹².

En definitiva, se puede constatar que, en estos años se ha producido un cambio sustancial en pos de la protección de los derechos humanos de los desplazados, en que la atención se focaliza no en el traslado en sí, sino en la finalidad y las condiciones del mismo. El cambio se ha reflejado en la diferenciación de las dos realidades anteriormente mencionadas, tal y como se plasma en los instrumentos internacionales y regionales emitidos sobre la materia, de manera que España no podía mantenerse por más tiempo al margen de los dictados de la normativa internacional⁴⁹³.

⁴⁹² *Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.*

⁴⁹³ En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, RODRÍGUEZ MESA, DE LEÓN VILLALBA, PÉREZ CEPEDA, GARCÍA ARÁN, GUARDIOLA LAGO, DAUNIS RODRÍGUEZ, Y PEREZ ALONSO defendían la postura de regular separadamente los dos fenómenos, sugiriendo el traslado de los supuestos de trata a los delitos contra los bienes jurídicos individuales, ya fueran entre los delitos contra la integridad moral, ya tras ellos. *Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata...", cit., 2016, pp. 271-272.*

5.3.- El artículo 318 bis a la luz de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo

Así pues, hasta la LO 1/2015, el artículo 318 bis sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de “tráfico ilegal o inmigración clandestina”, desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.

Tras la reforma de este precepto en el actual texto punitivo, el comportamiento típico consiste en favorecer intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE 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”*⁴⁹⁴.

En esta modificación, el tipo penal sustituye el concepto de inmigración clandestina por el de entrada o tránsito, además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2. En este sentido el legislador modifica de forma positiva este apartado 2 del precepto, acabando con el problema de interpretación que planteaba el anterior texto punitivo, desapareciendo en el actual la conducta de aquel que emplee violencia, intimidación o engaño sobre extranjeros extracomunitarios en las conductas tipificadas como tráfico ilegal o inmigración clandestina en el que provocaba la desaparición del consentimiento de las víctimas o si este existía que estuviera

⁴⁹⁴ *Vid., Trata de seres..., cit.*

viciado⁴⁹⁵. Este consentimiento era más característico de la trata del artículo 177 bis. Tal circunstancia provocaba que en el anterior texto

⁴⁹⁵ Art. 318 bis de la LO 1/2015:

“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 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 la 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 prevariándose 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.

punitivo, dicho comportamiento pudiera ser penado más gravemente penado por los subtipos agravados del artículo 318 bis que por el tipo básico del 177 bis.

A tenor de lo mencionado, la jurisprudencia establecería que la acusación que impute el artículo 318 bis CP habrá de identificar no solamente la conducta, sino la concreta infracción administrativa y la razón de porqué esta adquiere relevancia penal, ello debido a que atendiendo al nuevo bien jurídico podía suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa.

En este sentido la STS 646/2015 de 20 de octubre, efectuaba un estudio de la doctrina jurisprudencial referida a la redacción del mencionado precepto 318 bis⁴⁹⁶ del Código Penal. Este Tribunal concretó que la doctrina jurisprudencial incidía en la necesidad de que *“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 o bien que 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, aun cuando se*

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”.

⁴⁹⁶ Vid., *Trata de seres...*, cit.

entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, 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 clandestinidad (...) En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería”.

El precepto exigía una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Afirmaban que *“no es posible elevar a la categoría de delito y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configurados como una mera infracción administrativa de manera que, el interés del Estado en el control de flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo 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”.*

En aplicación de la referida sentencia, y tras la última reforma operada en nuestra legislación penal, se concluye que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, tiene

necesariamente que considerarse delictiva, por lo que la aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada debe tomarse con cautela.

Sin embargo, pese a que actualmente se sanciona de forma separada el delito de trata de seres humanos y los delitos de inmigración ilegal, el legislador español ha seguido manteniendo la misma penalidad extraordinariamente agravada y en muchos casos desproporcionada para los supuestos de delitos de inmigración ilegal⁴⁹⁷.

En conclusión, y aunque en muchas de las situaciones denunciadas mantengan cierta relación o una conducta delictiva sea la causa de incurrir en la otra, la trata de seres humanos y el tráfico ilegal o inmigración clandestina son fenómenos que mantiene características completamente diferentes.

5.4.- Diferencias entre el delito de trata de seres humanos y el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina

Las diferencias entre ambas figuras afectan a los diferentes aspectos de los delitos. A continuación se detallan de forma esquemática las mismas:

1).- En relación con el bien jurídico se puede afirmar que en el artículo 318 bis CP se protege un bien jurídico –penal colectivo o

⁴⁹⁷ *Vid., Trata de seres..., cit.*

supraindividual, considerándose como tal la protección de los flujos migratorios por parte de cada Estado en el contexto de la política comunitaria común⁴⁹⁸.

En cambio, el artículo 177 bis se caracteriza por recoger un delito que tutela la dignidad y libertad de todo ser humano en el contexto de las desigualdades sociales, fundamentalmente, transnacionales⁴⁹⁹.

2).- Por lo que se refiere a los sujetos pasivos mientras que el artículo 318 bis engloba siempre a sujetos pasivos extracomunitarios, es decir, que no pertenecen a la UE, el artículo 177 bis comprende en su protección, tanto a sujetos pasivos nacionales, como a los extranjeros, incluyendo dentro de estos tanto a los comunitarios como a los extracomunitarios.

3).- Hay que tener en cuenta que, la trata de seres humanos está presidida por la idea de “universalidad”, siempre que se toque territorio nacional, mientras que el artículo 318 bis está presidido por la “comunitariedad”, tal y como establece el precepto cuando se refiere a que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina ha de ser con destino a España o a otro país de la Unión Europea. Es decir, el artículo 318 bis está dotado de carácter transnacional, en cambio la trata puede no serlo, ya que ésta puede tener lugar

⁴⁹⁸ Esta protección de los flujos migratorios se encontraba recogido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata, tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 31, 2011, p. 338.

⁴⁹⁹ En este sentido LLORIA GARCÍA defiende esta categorización en ambos fenómenos. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, pp. 333-334.

independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado, es decir, el país de origen, de tránsito y de destino pueden ser coincidentes con el de la propia nacionalidad de la víctima, independientemente de cuál sea la finalidad que las lleve a tal explotación⁵⁰⁰.

4).- La finalidad con la que se produce el traslado es diferente para distinguir una conducta de otra. La trata de seres humanos exige para su punición la constatación de que se persiga cualquiera de las finalidades de explotación que se recogen en el mismo, mientras que, en el artículo 318 bis el traslado no se realiza con fines de explotación, sino que tiene como objetivo ayudar a la persona/s en cuestión a entrar en el país de manera ilícita. Una vez dentro se rompe la relación entre el autor y la víctima⁵⁰¹.

5).- Por último, el consentimiento es el elemento definidor del límite entre una y otra conducta. En el caso del tráfico ilegal de personas, el ciudadano se traslada de manera voluntaria y consiente, mientras que en el caso de la trata, las víctimas se trasladan sin haber consentido, bien porque su consentimiento nunca se prestó, bien porque ese consentimiento dado no se considera válido al haberse obtenido de forma viciada.

En definitiva, mientras que en el tráfico ilegal (el *smuggling*) existe un acuerdo concertado y a la vez desmesurado, entre el

⁵⁰⁰ Vid., CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, p.262.

⁵⁰¹ LLORIA GARCÍA, P., "El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral", en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 39, 2019, p. 360.

traficante y el emigrante para que el primero le ayude a cruzar ilegalmente la frontera de un Estado, en la trata (el *trafficking*) existe fuerza, coacción y/o engaño utilizados en el traslado de la víctima de un lugar a otro, durante o en algún momento del proceso. Este factor adicional es usado con el propósito de explotar a la persona⁵⁰².

En ocasiones, incluso dependiendo de las circunstancias, muchas de estas agraviadas de la inmigración clandestina pueden acabar convirtiéndose en víctimas de la trata. Es el caso del mercado del sexo alimentado mayormente por la inmigración clandestina. Según refiere SERRA el 92% de las prostitutas en España son extranjeras⁵⁰³

6.- Causas y elementos de la trata de seres humanos

6.1.- Causas de la trata de seres humanos

El nacimiento de este delito tiene su origen en una serie de razones caracterizadas como *push-pull factors*. Esta terminología

⁵⁰² Vid., SERRA CRISTOBAL, R., "La trata de mujeres...", *cit.*, p. 275.

⁵⁰³ Dentro de este porcentaje, según refiere esta autora, se incluye aquellas mujeres que ejercen la prostitución de forma voluntaria, por lo que significa que no toda la prostitución es trata. Vid., SERRA CRISTOBAL, R., "La trata de mujeres...", *cit.*, p. 275.

empleada desde el ámbito del marketing, significa utilizar estrategias con la finalidad de captar la atención del receptor⁵⁰⁴.

Los *push factors* son factores que se denominan de “empuje”, de presión o de golpeo. Se caracterizan porque es la propia empresa la que desea comunicar un mensaje comercial a los clientes, sin que estos deseen adquirir, en principio, el producto que se promociona, de forma que se esfuerzan más en comunicar que en ejercer presión para que finalmente el consumidor adquiera el producto. Incluso existen marcas consolidadas que no tienen que buscar al cliente, sino que es el cliente el que busca esa marca.

Los *pull factors*, en cambio, se definen como factores de arrastre, de motivación, son factores que se apoyan principalmente en la comunicación, pues dan a conocer el producto al consumidor, bien publicitariamente o bien bajo otra acción que comunique la opción de adquirir o no cierto producto.

En el ámbito de la trata, esta terminología adquiere un significado completamente diferente y se traslada al ámbito socio-criminológico. Supone entender que hay una serie de factores que provocan que algunas personas sean consideradas como siervas de otras, lo que les lleva a convertirse en muchos casos, en víctimas fuera de sus países de origen.

Entre los factores que motivan que estas personas finalmente sean convertidas en una mera mercancía, destaca, como

⁵⁰⁴ ¿Qué diferencia hay entre las estrategias push y pull en marketing?, disponible en https://www.merca20.com/Mercadotecnia/Glosariode_mercadotecnia, fecha última consulta el 22 de marzo de 2019.

principal, la globalización proyectada desde todos los ámbitos, bajo el modelo económico capitalista neoliberal⁵⁰⁵.

El objetivo en este apartado, es analizar este proceso para entender como la criminalidad organizada y las actividades ilícitas se han lucrado de los daños colaterales que provocan.

Según el Diccionario del español jurídico, la *globalización* se define bajo tres acepciones:

- a).- “La tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”,
- b).- “La consecuencia de la integración progresiva de las economías nacionales en el marco de la economía internacional, de suerte que su evolución estará en función cada vez en mayor medida de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales”.
- c).- Y por último, “el límite de la integración internacional entendido como un creciente número de economías nacionales mutuamente interconectadas a través del intercambio de bienes, servicios y factores de producción”.

⁵⁰⁵ El neoliberalismo o también llamado nuevo liberalismo, fue una corriente económica y política capitalista responsable del resurgimiento de las ideas asociadas al liberalismo clásico durante la década de 1970 a 1980. Esta corriente basaba su defensa en tres pilares que consideran fundamentales: 1).- Liberalización de la economía, el libre comercio en general. 2).- La drástica reducción del gasto público. 3).-La intervención del Estado en la economía en favor del sector privado. En este sentido se pronuncia. PÉREZ MACHÍO, A.I., “La trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular como consecuencia de las dinámicas actuariales” en *Justicia en tiempos de crisis: publicación resultante de las Jornadas en Tiempos de Crisis primer Encuentro Poder Judicial-Universidad, celebrado en Bilbao los días 14 y 15 de septiembre de 2015/coord. por Ixusko Ordeñana Gezugara, Marite Uriarte Ricote*, 2016, pp. 421-452.

Es un proceso económico, tecnológico, político, social, empresarial y cultural a escala mundial que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo uniendo sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan carácter global⁵⁰⁶.

Es un concepto que define la realidad de nuestro planeta como un todo en el que esté conectado, de forma que exista una sola sociedad, más allá de fronteras nacionales, diferencias religiosas y étnicas, ideologías políticas y condiciones socio-económicas o culturales, es decir, consiste en una ampliación de la dependencia económica, cultural y política de los países del mundo.

Es un fenómeno que ha juntado al mundo desde todos los sentidos, consecuencia directa de la integración social⁵⁰⁷.

Este fenómeno que nace en la civilización occidental, desarrolla un papel impulsor en la época de la Guerra Fría que todavía hoy se encuentra vigente en pleno s. XXI.

Desde el ámbito de la economía se caracteriza por una reducción de trabas para las relaciones económicas, un “sin fronteras” de principios en los intercambios comerciales, la difusión de los modos de producción y de consumo capitalista a nivel mundial, la liberalización de los intercambios, las inversiones y

⁵⁰⁶ *La globalización*, disponible en <http://dej.rae.es/> . fecha última consulta el 23 de marzo de 2019.

⁵⁰⁷ *Concepto de globalización*, disponible en <http://www.finanzas.com/concepto-de-globalizacion>, fecha última consulta el 23 de marzo de 2019.

los flujos capitales, la conversión de las economías locales a una economía de mercado mundial en la que las empresas multinacionales, la libre circulación de capitales y la sociedad de consumo se encuentran a la cabeza, la privatización de las empresas y desregulación financiera internacional a favor del libre comercio (los llamados Tratados de libre comercio), una extensión de la red de Internet, de las redes mediáticas, del marketing y de la publicidad en el plano mundial, una dominación del inglés como lengua de comunicación en el plano internacional e innovaciones tecnológicas que generan una mayor comunicación entre las diferentes sociedades.

En definitiva, este fenómeno desde el ámbito de la economía, conlleva un desarrollo de los mercados financieros y un crecimiento de las empresas transnacionales. Lo que provoca cada vez más dificultades en las relaciones internacionales debido a la aparición en escena de más actores⁵⁰⁸.

El ordenamiento jurídico también se ve afectado, siendo necesario uniformar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar la seguridad jurídica y universalizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, de la misma forma que supone beneficios para las sociedades en las que se mejoran los servicios de

⁵⁰⁸ *La globalización: análisis del fenómeno y de sus incidencias para la acción humanitaria*, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/66kjp1.htm>, fecha última 23 de marzo de 2019.

telecomunicaciones, se incrementa el comercio internacional, el intercambio de bienes y de personas entre las distintas fronteras, también lleva aparejado efectos negativos, no sólo para la sociedad sino para el Estado, ya que esta instrumentalización mercantilista de las personas es una perversión más del modelo de producción capitalista dominante.

Estos efectos negativos se basan en la explotación de unos países sobre otros y en la supremacía del libre mercado; la libertad de compra y venta se convierte en un “imperativo moral”, en “fundamento de la naturaleza humana y base de una sociedad libre”⁵⁰⁹.

La consecuencia de esto provoca la irresponsabilidad de las empresas y las multinacionales, el aumento de desequilibrios sociales, económicos y territoriales respecto de los países “desarrollados”, creando situaciones de necesidad y vulnerabilidad de grandes sectores de la población y aumentando la pobreza en determinados países o regiones.

De esta forma la dignidad de las personas se coloca en un plano secundario en la medida en que su protección no afecta a las bases del sistema económico. En este sentido el extranjero inmigrante se le asigna un estatus de inferioridad legal y excluyente, que suele coincidir con el perfil de víctima de trata. La situación del Estado se presenta contradictoria ya que, expulsa a personas de terceros países del marco productivo por no encontrarse en

⁵⁰⁹ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 13, 2011, p. 4.

situación legal, para reincorporarlos como ilegales en la producción. Esta clandestinidad del extranjero junto a las trabas de acceder legalmente al mercado de trabajo, favorecen las prácticas de la trata⁵¹⁰.

Claro ejemplo de ello se observa en los delitos cuya actividad delictiva traspasan las fronteras, como es el delito de trata de seres humanos, aumentando el número de víctimas así como los ingresos que les reporta a los responsables de tales conductas delictivas. En este sentido DELLA PENNA afirma que “*hoy en día el crimen organizado no es un problema de unos Estados aislados es un desafío a la sociedad internacional*”⁵¹¹. En el mismo sentido ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, considera que “*el fenómeno globalizador ha servido de caldo de cultivo para la proliferación de las actividades criminales lucrativas (...) ha favorecido el auge y consolidación de las actividades de la Delincuencia Organizada, convirtiéndose en transnacional y superando el terreno clásico de actuación de las redes criminales como era el territorio interno de los Estados*”⁵¹².

Ante todas estas circunstancias, la acción humanitaria que también se ve afectada por la globalización tiene una dimensión

⁵¹⁰ Vid., POMARES CINTAS, E., “El delito de...”, *cit.*, p. 5.

⁵¹¹ *La globalización como factor propiciador de la criminalidad organizada*, realizado por Della Penna, C., disponible en <http://esd.anepe.c/wp-content/uploads/2015/04/ESD04ART02.pdf>, fecha última consulta 24 de marzo de 2019.

⁵¹² ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*, ed. Visión Libros, Madrid, 2009, pp. 29-30.

internacional fundamental. Ello provoca repercusiones en la gestión de riesgos y peligros potenciales⁵¹³.

Sin embargo, el fenómeno de la globalización camina estrechamente vinculado a dos motivos que afectan a la proliferación de actividades delictivas. Estos son el género y el dinero:

A).- El género de la sociedad patriarcal, de la división sexual del trabajo y de las diferencias existentes en nuestra sociedad entre el sector público y el sector privado. La mujer es discriminada en este tipo de sociedad, se encuentra excluida en determinadas funciones dentro del mercado de trabajo, sometiéndose a situaciones degradantes y de total falta de dignidad humana⁵¹⁴. Esta estructura social, política, cultural y económica de las mujeres contribuye en gran medida a que no se garanticen sus derechos, al aumento de su explotación y a su discriminación en diferentes sectores⁵¹⁵. De esta forma, los factores que no son económicos tienen relación con las obligaciones sociales que se encuentran influenciadas por los modelos de selectividad sexual, tendentes a consensuar los roles de dominación. Algunas de las causas que alientan a que se produzcan estas migraciones independientemente

⁵¹³ Vid., *La globalización: análisis del...*, cit.

⁵¹⁴ En este sentido, desde la antigüedad esta cultura siempre ha partido de la diferenciación entre hombres y mujeres, sometiendo a las mujeres, como sexo débil, a dualidades dirigidas a la inferioridad y subordinación. De esta forma se discrimina a la mujer, relevándola a trabajos de menor valor.

⁵¹⁵ CORREA SANTA CATARINA, D., "La trata de mujeres para la explotación sexual: garantía de los derechos humanos por medio de una visión crítica y emancipadora", en *Revista de género e igualdad*, N° 1, 2018, pp. 101-105.

del sexo del migrante pueden ser la violencia intrafamiliar, las rupturas matrimoniales, la imposibilidad de conseguir un divorcio o el racismo sexual o étnico⁵¹⁶.

B).- El dinero en sentido económico. La pobreza⁵¹⁷, la miseria, la falta de educación, la falta de empleo o empleo precario, la ausencia de una posición política emancipadora del sistema capitalista genera una degradación del ser humano.

Las mujeres traficadas con fines de explotación sexual son sometidas a situaciones de trabajadoras que desarrollan servicios en condiciones similares a la esclavitud.

De esta forma, el poder económico convierte al ser humano en objeto de compra y venta, vinculando sus derechos humanos al mercado o incluso haciéndolos desaparecer. Claro ejemplo de esto lo encontramos en los supuestos de la trata de mujeres para la explotación sexual, en las que se les anula como ser humano, pasando a ser objeto de comercialización, en la que la venta es la propia persona, la propia mujer en la que deja de ser titular de sus propios derechos para ser objeto de compra y venta⁵¹⁸.

⁵¹⁶ GUZMAN ORDAZ, R., "De la perspectiva de género al paradigma interseccional. Aportaciones para el análisis de las migraciones feminizadas", en *Logros y Retos: Actas del III Congreso universitario nacional "Investigación y género"*, Isabel Vázquez Bermúdez (Coord.), 2011, pp. 865-877.

⁵¹⁷ En este sentido, la pobreza es el factor que más empuja a las mujeres a migrar. Esta circunstancia hace que sean especialmente vulnerables ante la captación de redes y organizaciones criminales. ANDREU IBÁÑEZ, R. / CARMONA ABRIL, M.A., "La trata de seres humanos: explotación sexual una forma de violencia de género", disponible en *Dilemata*, Nº 24, 2017, pp. 247-266.

⁵¹⁸ *Vid.*, CORREA SANTA CATARINA, D., "La trata de...", *cit.*, p. 106.

Así pues, todos estos factores adversos provocan la creación de mercados ilegales, flujos ilícitos y falta de armonización entre los distintos países, lo que se refleja en focos de pobreza, falta de educación, carencia de empleo o empleo precario que pueden derivar en trabajos forzados, de falta de recursos y oportunidades sobretodo en ciertos sectores de las poblaciones y en discriminación sexual, así como en guerras o desastres naturales, e incluso en algunos supuestos las propias formas de cultura tradicionales de un país dejan en situación vulnerables a determinados sectores de la población, especialmente en mujeres, permitiendo en cierta medida desarrollar a gran escala el crimen organizado, poniendo en serio riesgo la seguridad pública de los Estados⁵¹⁹.

Este debilitamiento del Estado deviene no sólo de las políticas de liberalización económica, sino por el aumento descontrolado de este tipo de organizaciones delictivas a través del blanqueo de capitales o de la corrupción, entre otros supuestos.

Así pues, queda constatado que, las posibilidades de sufrir violencia independientemente del tipo que sea, aumentan como consecuencia de estructuras de dominación tanto económicas, culturales, políticas y religiosas. En este sentido el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la Recomendación general nº 19 sobre violencia contra la mujer, ya

⁵¹⁹ *Vid., La globalización como factor..., cit., pp. 49-50.*

establecía que la pobreza y el desempleo aumentaban las oportunidades de trata⁵²⁰.

Por tanto, se puede constatar que la globalización, unida a todos los factores que devienen como consecuencia de este fenómeno, ha facilitado que el crimen organizado adquiriera formas que eran impensables hace unos años. Las redes mafiosas han expandido sus negocios ilícitos. Para ello se han beneficiado de las nuevas tecnologías y de las mejoras en los sistemas de transporte. La consecuencia más inmediata ha provocado el aumento de víctimas de trata de personas a pesar de los diferentes mecanismos implantados para poder erradicarla o cuanto menos perseguirla.

En definitiva, las principales causas de la trata de personas están relacionadas con la elevada rentabilidad económica que genera, donde la demanda es vital para poder desarrollarla, ya que sin esta el negocio acabará por ser invisible para el crimen organizado⁵²¹. A la cabeza de estos servicios que finalmente acaban en explotación, se encuentran los servicios sexuales, seguidos de los trabajadores domésticos, del campo o en los *sweatshops*⁵²² en

⁵²⁰ GARCÍA MEDINA, J., "Trata de seres humanos: la vulnerabilidad de sus víctimas", en *Revista Aranzadi Europea*, Nº 2, 2017.

⁵²¹ *Vid., La globalización como factor..., cit.*, p.56.

⁵²² Los *sweatshops* son los conocidos talleres de explotación laboral, o también llamados talleres de trabajo esclavo. Lo característico de estos talleres es que, debido a que los propios trabajadores a pesar de las condiciones pésimas en las que ejercen su jornada laboral, el bajo salario que cobran así como el maltrato psicológico o físico que puedan llegar a padecer, mantienen este tipo de locales, ya que lo único que les interesa es conseguir dinero para poder subsistir. Esa necesidad de "atrapar" dinero crea una dependencia a estos trabajos. Estos talleres en la mayoría de ocasiones se ubican en países tercermundistas o en vías de desarrollo, donde la necesidad de los

los países de destino, así como donantes de órganos o sujetos utilizados para cometer atentados contra la propiedad o delitos contra la salud pública⁵²³.

6.2.- Elementos de la trata de seres humanos

España, que había sido un país de tránsito se convirtió en los años 90 en uno de los principales países de destino. Este fue el resultado de la falta de diligencia del legislador nacional que dejó sin tipificar el proxenetismo en nuestro texto punitivo en la reforma de 1995 para los supuestos de la llamada prostitución “voluntaria”, lo

ciudadanos es mayor y el nivel de vida muy bajo. Los explotadores, conscientes de ello, someten a sus trabajadores a unas condiciones denigrantes. Ellos, conocedores de que no pueden aspirar a nada más aceptarán las mismas, aún sabiendo que en ocasiones su vida o la de sus familiares corren peligro. Sin embargo, frente a este tipo de explotación, encontramos el plan de desarrollo marcado por uno de los más fuertes empresarios españoles Amancio Ortega, fundador de uno de las mayores empresas textiles a nivel mundial, INDITEX. De todos es sabido que el éxito de su trabajo deriva en la implantación de talleres textiles en países con mano de obra e infraestructuras baratas. Ello representa una oportunidad para los trabajadores. Debemos ser conscientes que, dada la pobreza de estos países, los sueldos son bajos comparándolos con cualquier otro país con una economía media, pero ellos además de recibir una formación profesional perciben un sueldo adecuado a la economía de su país y no se ven sometidos a sufrir atentados a sus derechos más básicos. *Talleres de explotación laboral*, disponible en <http://es.Slideshare.net/SantiagoHernandez137/talleres-de-explotación-laboral>, fecha última consulta el 26 de marzo de 2019.

⁵²³ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, pp. 1237-1240.

que provocó que las redes para la explotación sexual de mujeres crecieran de forma considerable⁵²⁴.

La explotación sexual independientemente a quién afecte se presenta en múltiples escenarios e implican la comercialización del cuerpo humano como objeto sexual. En este sentido se puede manifestar en situaciones de pornografía, de matrimonio forzado, de utilización de mujeres en espectáculos eróticos. La forma más demandada es la prostitución, ya que a través de esta se produce mayoritariamente la explotación sexual de mujeres y jóvenes en el mundo.

Históricamente los operadores jurídicos han mantenido que la trata con fines de explotación sexual y la prostitución guardaban una estrecha relación. En este sentido los legisladores internacionales ya defendieron en su momento dicha vinculación cuando el perfil de la trata era una mujer europea y la trata estaba asociada a la prostitución, con independencia de si la misma era forzada o no⁵²⁵. Sin embargo, esta concepción cambió desde el ámbito internacional y se comenzó a diferenciar entre trata y prostitución y dentro de esta última, entre prostitución forzada y voluntaria cuando el perfil de las víctimas de trata y de aquellas

⁵²⁴ Vid., CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, p.262.

⁵²⁵ Ejemplo de lo expuesto es el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, realizado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950 que fue ratificado por España. En concreto establecía que "*la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad...*". Vid., CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, p.263.

mujeres en situación de prostitución deja de tener la condición de mujer europea.

En nuestro país, en la Ponencia sobre el estudio de la prostitución aprobado el 17 de abril de 2007 por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades en su Capítulo II ya se exponía la relación existente entre el tráfico y la prostitución⁵²⁶.

En cuanto a los elementos que conforman la trata se distinguen varios:

a).- Los elementos de destino, que incluye a personas en destino que se encargan de captar a las posibles víctimas de trata y de gestionar la tramitación administrativa o de ocultarlas hasta que se produzca su salida⁵²⁷.

b).- Los elementos en tránsito, que son los que se encargan del transporte de las víctimas de trata de un lugar a otro.

⁵²⁶ En dicho capítulo se afirmaba textualmente que: *"La prostitución se ha convertido en un lucrativo negocio que está bajo el control de mafias criminales de ámbito trasnacional que trafican con mujeres de la misma forma que lo hacen con armas o drogas. La relación entre tráfico y prostitución es muy estrecha, tal como recogen diferentes informes de instituciones y organismos internacionales y cómo podemos comprobar por los datos que disponemos facilitados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La situación de la prostitución en España se caracteriza por la invisibilidad debido a la clandestinidad en la que se desarrolla y que es la causa principal de su desconocimiento".* Vid., CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, p.263.

⁵²⁷ En este sentido LOZANO, M., en su libro el Proxeneta revela como al protagonista de esta historia le resultó sencillo captar y trasladar a sus primeras víctimas colombianas a partir de 1997. LOZANO, M., *El proxeneta*, ed. Alreves, Barcelona, 2017, p. 34

En estos elementos se incluyen desde guardias transfronterizos, dueños de clubes y hoteles en el que instalan de forma temporal a las víctimas cuando el trayecto es largo hasta a los transportistas que también llegan a colaborar⁵²⁸.

c).- Los elementos en origen. Estos se encuentran fundamentalmente representados por dueños de clubes, pisos y proxenetas que se encargan de controlar a las víctimas y se lucran de los beneficios obtenidos de la explotación sexual, sin embargo, el grupo de personas que llegan a lucrarse puede alcanzar a un sector más amplio, ya que si se trata de redes mafiosas cada uno de sus componentes tiene un papel específico, bien sean taxistas, dueños de hoteles, agentes de policía corruptos, agentes de inmigración, etc.⁵²⁹.

Evidentemente todo este entramado no sería posible, por tanto, sin la presencia de las mafias y del último eslabón de la cadena, el consumidor de la explotación sexual.

En este sentido las mafias o redes criminales se encuentran perfectamente organizadas, suelen ser extremadamente violentas y peligrosas y no sólo se dedican a la explotación sexual, sino también a otras actividades delictivas tales como el tráfico de drogas o de armas o blanqueo de capitales⁵³⁰. El dinero que obtienen lo invierten en negocios en las que se financian actividades ilícitas.

⁵²⁸ *Vid.*, CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, p.263.

⁵²⁹ *Vid.*, CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, pp.263-264.

⁵³⁰ Ello puede tener relación con el estudio que efectúa JUANATEY DORADO en el que se constata que los hombres cometen delitos de carácter mucho más violentos

En el año 2007 la UDYCO Central estimó que en España existían 400 bandas de 35 nacionalidades, estableciendo distinciones en cuanto a sus actividades delictivas al margen de la explotación sexual. En concreto afirmaba que:

-Las redes albanesas, rumanas y de países de la Europa del Este se dedicaban a la trata de seres humanos para la explotación laboral y sexual, el tráfico ilegal de inmigrantes, el tráfico de drogas (en concreto marihuana y heroína) y el tráfico de armas⁵³¹.

-Las norteafricanas, en concreto marroquíes, argelinas y nigerianas estaban muy vinculadas al tráfico de drogas (en concreto cannabis). Las nigerianas sobre todo a la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual.

-Las latinoamericanas y en concreto las colombianas, se encontraban estrechamente vinculadas al tráfico de drogas (especialmente cocaína) y la trata de seres humanos en mujeres y niñas con fines de explotación sexual.

-Las asiáticas, a las falsificaciones, al tráfico ilegal de mercancías, el tráfico ilegal de inmigrantes y a la trata con fines de

en comparación con las mujeres. En concreto en 2017 los delitos contra la libertad sexual cometidos por hombres, de acuerdo con la SGIIPP era del 7% frente al 1% de estos delitos cometidos por mujeres. JUANATEY DORADO, C., "Delincuencia y población penitenciaria femeninas", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 20-10, 2018, pp. 17-18.

⁵³¹ LOZANO, M., explica que las mafias de Europa del Este tenían un marcado carácter violento con sus víctimas en cuanto a la explotación sexual se refiere. *Vid.*, LOZANO, M., *El proxeneta...*, *cit.*, p. 172. *Vid.*, CASADO CABALLERO, V., "La trata de mujeres...", *cit.*, p.264.

explotación laboral y recientemente a la explotación sexual ejercida en pisos ocultos.

Evidentemente, como se exponía anteriormente, al final de esta cadena se encuentra el consumidor de explotación sexual. Sin embargo, no por ser el último eslabón en todo este entramado mantiene una posición poco importante, al contrario, sin su presencia consumista este negocio acabaría erradicándose.

En España el principal problema de estos consumidores es su falta de empatía con las víctimas. No las ven como personas que sufren una vulneración de derechos humanos, ni de falta de otras opciones para desarrollar una vida digna y en condiciones, sino todo lo contrario, para ellos es un objeto sexual con el que disfrutan una noche de fiesta. Lo cierto es que no existe un patrón determinante en dichos consumidores ya que pueden ser desde gente con un altísimo status social, hasta aquel joven que tiene problemas de relaciones interpersonales. De hecho, la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres de 2008 concluyó que *“todos los grupos de edad, de todas clases sociales, todos los niveles de estudio y estado civil, con y sin hijos, representan al cliente o prostituidor actual”*⁵³².

⁵³² Vid., LOZANO, M., *El proxeneta...*, cit., pp. 202-204. La referencia al mencionado informe que se elaboró por parte de la Comisión de Investigación se encuentra extraído de CASADO CABALLERO, V., “La trata de mujeres...”, cit., p.265.

7.- Conclusiones

El itinerario legislativo que ha sufrido nuestro Código penal ha sido posible en parte a la integración de España en la UE⁵³³.

En este Pacto de adhesión, se habilitaba a nuestro país a formar parte de la UE y en consecuencia a formar junto con los otros países de la Unión del derecho que emerge, fundamento jurídico necesario de todo sistema político comunitario europeo.

Así pues, del amplio análisis legislativo efectuado en el presente capítulo se constata el cambio de orientación criminocéntrico a víctimocéntrico que se ha producido en la materia objeto de estudio durante estos años, no sólo en la normativa europea sino también en la internacional. Este cambio se ha visto reflejado en nuestra legislación.

En orden cronológico, se hace necesario destacar la normativa más relevante.

En primer lugar, destacó el Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992 en el marco normativo de la UE en el derecho comunitario originario. Se consideró como piedra angular en el proceso de integración dentro de la protección frente a la

⁵³³ España es Estado miembro como consecuencia del acta de adhesión de España a las Comunidades Europeas el 12 de junio de 1985, entrando en vigor el 1 de enero de 1986. El Derecho emanado de las instituciones comunitarias en ejercicio de su poder normativo prevalece sobre el Dº Nacional.

inmigración y la trata de personas. Este Tratado marcó como objetivo prioritario el ofrecimiento a los ciudadanos de un alto grado de seguridad en los ámbitos de cooperación judicial y policial en materia penal, en particular la trata de seres humanos.

Posteriormente, el 15 de noviembre de 2000, en cuanto a normativa extracomunitaria se refiere y como Tratados internacionales aprobados por el Consejo de Europa que tuvieron relación directa no sólo con la protección de los ciudadanos frente a la inmigración y la trata de personas sino también aquellos contra la discriminación, se ha de poner el foco de atención en el Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional así como en los Protocolos adjuntos relativos a la lucha contra la trata de personas y contra el tráfico de emigrantes por tierra, mar y aire. El objetivo era dotar al ordenamiento jurídico internacional de un instrumento de carácter mundial que ofreciera un marco básico para luchar de forma coordinada a los distintos estados contra el crimen organizado

Un mes después, en la reunión de Niza de 7 de diciembre de 2000, se proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales. Fue relevante porque se implantó por primera vez en un texto global una serie de derechos sociales sobre derechos fundamentales con el objetivo de que los ciudadanos los hicieran propios, reconociendo dentro de la dignidad la prohibición de tratos humanos y degradantes tales como la esclavitud o la trata de seres humanos.

Dos años después, en el ámbito del Derecho comunitario derivado dentro de la UE, destacaron dos Decisiones Marco. Estas fueron la DM de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la

Trata de Seres Humanos y la DM de 28 de noviembre de 2002 (DM 2002/90/JAI) destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares. La aprobación de ambas normativas en aquel momento, provocó en nuestra legislación penal, la modificación, entre otros preceptos, del artículo 318 bis por la introducción de la LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. De esta manera, mediante la reforma de este precepto, el legislador cumplía con los umbrales de penas resultantes que satisfacían positivamente los objetivos de armonización que se contenían en la misma, es decir, el legislador español estableció una pena no inferior a 8 años aunque no concurrieran las circunstancias establecidas en la DM 2002/90/JAI y aunque no se actúe con ánimo de lucro. Sin embargo, olvidó hacer una mención específica a la trata de seres humanos, equiparando este fenómeno al tráfico ilegal.

En el ámbito de la normativa extracomunitaria y como tratado internacional, el 16 de mayo de 2005 se firmó el Convenio sobre la acción contra la trata de seres humanos, también conocido como Convenio de Varsovia. Este texto se consideró la consagración normativa del enfoque orientado a la víctima y la confirmación de que la tutela de los derechos de ésta, es decir, la protección del enfoque jurídico legal victimocéntrico no era incompatible ni con la persecución ni con la consecución de una aproximación criminocéntrica. Buscaba como objetivo prevenir, combatir y proteger la trata de seres humanos y proteger a las víctimas del tráfico, así como promover la cooperación internacional

en la acción contra la trata de seres humanos, fuera nacional o transnacional, estuviera o no conectado con el crimen organizado.

Cinco años después, en 2010, en el ámbito de la normativa extracomunitaria se aprobó el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas por la Resolución 64/293 para combatir la trata de personas (2010) creando un plan de acción mundial que promovió la ratificación del Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional así como en los Protocolos adjuntos relativos a la lucha contra la trata de personas y contra el tráfico de emigrantes por tierra, mar y aire que se habían aprobado en el año 2000, así como otros instrumentos internacionales referidos a este delito.

Finalmente, sobre la base del Convenio de Varsovia de 2005 y teniendo en cuenta que en el ámbito comunitario derivado dentro de la UE, la DM de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la Trata de Seres Humanos no cumplía con las expectativas que se demandaban en ese momento, debido a que no se encontraba orientada a la protección de las víctimas de forma integral, acabó siendo sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la protección de la víctima. Como indica su nombre estableció como objetivo prioritario para la Unión y los Estados miembros implantar mecanismos de prevención para las víctimas y persecución o procesamiento para los tratantes. Adoptó el concepto de trata que empleaba la Unión y el Consejo de Europa, incluyendo en esta, como finalidad de la explotación, la extracción de órganos, que había sido omitida en

instrumentos anteriores de la UE. Introdujo como novedad la figura del coordinador de la UE como figura para luchar contra este delito.

En el ámbito de nuestra legislación y de acuerdo con el itinerario marcado con la implantación de la política de las 3P, se efectuaron varias reformas entre las que destacaron las siguientes:

a).- En materia de persecución, destacó como primer paso la modificación del artículo 188.1 por la LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. El cambio provocó que se sancionase la responsabilidad penal de aquellos que se lucrasen de la explotación de la prostitución ajena, independientemente de que esta fuera consentida por la persona en situación de prostitución, ya que con la aprobación del CP de 1995 se habían despenalizado diferentes actividades vinculadas con el proxenetismo aprobadas en el Decreto 3096/1973 y que provocaron un mayor auge de conductas delictivas en este sentido.

Posteriormente por la LO 5/2010 de 22 de junio se introduce como novedad el Título VII bis, sancionándose por primera el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis como delito autónomo.

Sin embargo, este precepto en nuestra actual reforma penal ha sido modificado atendiendo a la necesidad de los compromisos internacionales, destacando entre ellos la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril.

Del mismo modo ha resultado imprescindible en la presente reforma revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis y ello porque el legislador estaba obligado a determinar las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme los criterios de la normativa de la UE, tal como establecía la Directiva 2002/90/CE y ceñir las penas conforme a lo dispuesto en la DM 2002/946/JAI.

Al margen de estas reformas y como ya se ha aludido anteriormente, se han modificado otros preceptos de nuestro texto punitivo.

b).- En cuanto a la asistencia de las propias víctimas destacaron por un lado, el RD Ley 3/2013 de 22 de febrero por el que se modificó el régimen de tasa en ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita y de otro, el RD 576/2013 de 26 de julio en materia de asistencia sanitaria para establecer los requisitos básicos del convenio especial de prestación sanitaria a personas que no tuvieran la condición de aseguradas ni beneficiarias y que modificó el RD 1192/2012 de 3 de agosto que regulaba la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España.

c).- Por último en cuanto a protección de las víctimas encontramos las siguientes:

-LO 4/2000 de 13 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y por la que se incorporó el artículo 59 bis para el acceso a la protección integral independientemente de su situación administrativa.

-Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en materia de protección internacional.

-La Disposición Adicional única del RD 557/2011 de 20 de abril por el que se aprobó la Ley de Extranjería referida a la identificación y protección a las víctimas.

-El Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de Trata de Seres Humanos. Su aprobación tuvo especial importancia ya que por primera vez se establecen sistemas de comunicación entre administraciones competentes y se reconoce la labor de organizaciones sin ánimo de lucro especializadas en atención a las víctimas. La Secretaria General de Inmigración y Emigración aprobó un Protocolo para la detección y actuación ante supuestos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Este Protocolo Marco igualmente incluía actuaciones en relación con Menores Extranjeros No Acompañados (Protocolo MENA).

-La Ley 4/2015 de 17 de Abril del Estatuto de la Víctima, analizada en el último capítulo del presente estudio.

-La Ley 8/2015 de 22 de julio y Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta adquiere relevancia porque por primera vez se incluyen entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la protección de los menores contra toda forma de violencia incluida la trata de seres humanos.

Al margen de la legislación, sin duda, la definición internacionalmente admitida del concepto de trata de seres humanos la encontramos en el Protocolo de Palermo relativa a la trata de personas. Con esta definición acaba por romperse el binomio trata-explotación sexual, introduciéndose un concepto más amplio de trata y más acorde con la realidad. Asimismo logra una armonización de todos los países, tipificándola como delito en sus propios textos punitivos.

Es a partir de la introducción de dicha definición en 2000, cuando se intensifica la lucha contra la trata de seres humanos, marcando un antes y un después.

La trata de seres humanos considerada la esclavitud de nuestro tiempo, constituye una grave violación de los derechos humanos, de la dignidad y de la libertad de la persona.

Es una forma de delincuencia grave aparejada a organizaciones delictivas a las cuales les genera importantes beneficios, provocando una interacción entre la oferta y demanda. Tanto es así que en la actualidad ya está catalogada como la segunda fuente de ingresos detrás del tráfico de estupefacientes, siendo la trata de seres humanos en su modalidad de explotación sexual la más demandada.

Sin embargo, hasta la aprobación de la LO 5/2010 el delito de trata de seres humanos, tuvo una regulación cuanto menos deficiente, ya que el legislador en su momento la incluyó dentro de los delitos contra la inmigración clandestina, provocando imprecisiones a la hora de separar cierto tipo de conductas tales

como la prostitución forzada y la trata. La solución se encontraba en diferenciar en nuestro texto punitivo la trata de personas, lo que se conoce como *trafficking* del tráfico ilícito de inmigrantes, el *smuggling*. Tras varias reformas en estos años, finalmente el legislador con buen acierto ha acabado diferenciando los dos tipos delictivos. Actualmente el comportamiento típico del tráfico ilícito de inmigrantes consiste en favorecer intencionadamente a una persona sea nacional de un estado miembro de la UE a entrar en territorio español o transitar a través del mismo, de un modo que vulnere la legislación de entrada o tránsito de extranjeros. En esta modificación, el tipo penal sustituye el concepto de inmigración clandestina por el de entrada o tránsito, además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2, acabando con el problema de interpretación que planteaba el anterior texto punitivo, desapareciendo en el actual la conducta de aquel que emplee violencia, intimidación o engaño sobre extranjeros extracomunitarios en las conductas tipificadas como tráfico ilegal o inmigración clandestina en el que provocaba la desaparición del consentimiento de las víctimas o si este existía que estuviera viciado, que es un elemento más característico de la trata del artículo 177 bis. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que no toda infracción legal determinante de sanción administrativa tiene necesariamente que considerarse delictiva.

Finalmente, con la implantación del artículo 177 bis del actual texto punitivo se acaba provocando un cambio en el abordaje jurídico que supone un viraje en el tratamiento, provocando una aproximación victimocéntrica frente a la realidad criminogénica que había imperado hasta la fecha. Ello deviene en acercarse más al

problema, a las causas que provocan la trata y lo más importante a la coordinación en el entorno tanto interestatal como organizaciones públicas y/o privadas dedicadas a la lucha de este fenómeno. Sin embargo, para conseguir este abordaje victimocéntrico es necesario cubrir los tres aspectos de la llamada política de las 3 P, en el que se incluyan la prevención, determinando las causas que motivan el delito y alentando a las futuras víctimas del peligro que corren ante el desconocimiento de estas prácticas, la protección y asistencia de las propias víctimas para que se vean lo más reforzadas posibles de una forma integral y la persecución criminal, para que los tratantes reciban un castigo ejemplar.

Por tanto, se constata que, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la prostitución han mantenido una estrecha relación, tanto es así que debido a la falta de diligencia del legislador nacional en la reforma de 1995 en el que se dejó sin tipificar el proxenetismo para los supuestos de prostitución voluntaria, España empezó a considerarse uno de los principales países de destino, provocando que las redes para la explotación de mujeres creciera considerablemente.

CAPÍTULO III

UNA APROXIMACIÓN AL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

UNA APROXIMACIÓN AL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

1.- Introducción

Analizado el concepto de trata de seres humanos, el presente capítulo aborda la cuestión de su regulación penal en España. Se trata de exponer, de acuerdo con los compromisos adquiridos por nuestro Estado con la UE para la lucha contra este fenómeno, las diferentes reformas de la que ha sido objeto nuestro código hasta la culminación de la actual LO 1/2015 de 30 de marzo.

El artículo 177 bis, como ya he dicho anteriormente, se introdujo con la reforma de 2010 adoptando una estructura compleja, con un texto demasiado largo, que solo ha servido para evitar la inclusión de artículos “bis”, “ter”, etc. En todo caso, su redacción ha dado problemas de interpretación.

De antemano se valora positivamente su introducción. Sin embargo, a medida que avanza el estudio del artículo tras la reforma actual, se constata que el legislador en algunos apartados, se ha limitado a plasmar el precepto sin corregir los errores de la anterior regulación, motivo por el cual sigue siendo un tipo cargado de imperfecciones, caracterizado por mantener una estructura cuanto

menos compleja, ya que junto al tipo básico, se recogen varios tipos agravados o hiperagravados, en atención a diferentes criterios tales como la situación personal del sujeto pasivo o la pertenencia a grupos organizados de los sujetos activos, en donde además, se define la situación de vulnerabilidad o de necesidad. De igual forma, se regula el castigo de los actos preparatorios punibles, la reincidencia internacional, las cláusulas concursales y la de exención de responsabilidad de la víctima.

Por lo demás, me voy a ocupar de exponer las líneas generales de interpretación del precepto para así alcanzar algunas conclusiones doctrinales.

2.- El bien jurídico protegido

2.1.- Planteamiento

Antes de entrar en materia, resulta obligado plasmar el concepto de bien jurídico, de bien jurídico protegido y cuál es el objetivo, qué función tiene en sí la norma penal.

Así pues, el bien jurídico de acuerdo con el Diccionario del Español jurídico se define como:

“La condición necesaria o, al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Los bienes jurídicos pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección

*jurídica, por otras ramas del derecho o incluso del derecho penal. Cuando un bien jurídico se considera tan importante que es protegido penalmente frente a todas o ciertas formas de ataque se denomina bien jurídico-penal. Este constituye la base de la antijuricidad material como lesión o puesta en peligro reprobable de un bien jurídico y es recogido por un tipo de delito como objeto jurídico de protección, cuyo titular es el sujeto pasivo, una persona, el estado, la sociedad o la comunidad internacional. El bien jurídico, además de su función de límite del ius puniendi en el principio de ofensividad, cumple principalmente una función de interpretación y límite de los tipos y una función sistemática de distinción y agrupación de los diversos tipos delictivos*⁵³⁴.

El bien jurídico es una categoría elaborada en varias ramas del Derecho, pero sobre todo en Derecho penal. Su significado alude a un objeto valioso digno de protección jurídica y que es protegido o tutelado por el Estado, es decir, recoge una doble perspectiva, lo que debería ser protegido (*lege ferenda*) y lo que realmente es protegido jurídicamente (*lege data*)⁵³⁵.

Este concepto desde sus orígenes ha estado marcado por dos posiciones contrapuestas⁵³⁶. LUZÓN PEÑA considera que es

⁵³⁴ *Bien jurídico*, disponible en <http://dej.rae.es/>, fecha última consulta el 30 de marzo de 2019.

⁵³⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 168.

⁵³⁶ En este sentido LUZÓN explica estas dos posiciones enfrentadas sobre el modo de entender el bien jurídico. Por un lado se encuentra la posición conservadora y positivista (BINDING), en la que considera que bien jurídico es todo objeto que la ley en general y la ley penal en particular en los diferentes tipos, considera dignos de protección jurídica y sólo ese objeto debe estar legalmente reconocido como valioso y protegido. Por otro lado, con la opinión mayoritaria, están los que defienden que el bien jurídico consiste en un concreto interés, valor o realidad valiosa, de una persona o de la sociedad, importante para la existencia y desenvolvimiento de éstas y que por

perfectamente admisible formular un concepto amplio y general sin necesidad de anclarse en una u otra posición. A su juicio, son condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Estas condiciones pueden consistir en objetos, tanto materiales como inmateriales, relaciones, intereses o derechos que han de ser socialmente valiosos y dignos de protección jurídica. Estas condiciones tienen un titular concreto, o bien la persona, o

ello merece protección jurídica (VON LISZT). Esta permite limitar el *ius puniendi*, exigiendo que sólo se creen tipos penales cuando se vean afectados concretos bienes jurídicos personales o sociales y no simplemente cuando una conducta sea inmoral de las pautas sociales mayoritarias. Solicitan la reforma del Derecho positivo cuando la ley haya creado tipos que realmente no protegen ningún bien jurídico concreto. Permite del mismo modo interpretar restrictivamente algunos tipos penales en aquellos casos que una interpretación amplia incluiría conductas que afectan al bien jurídico y que no afectan al mismo. Por último esta perspectiva pone de manifiesto que existen intereses u objetos valiosos individuales y colectivos que merecerían protección jurídica o incluso protección jurídico penal y que carecen de ella, reclamando que en ese supuesto se le otorgue el reconocimiento y protección jurídica o jurídica penales. Esta se vincula con los fines del ordenamiento jurídico y del Estado y por consiguiente con la Política criminal. *Vid.*, LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, pp. 168-169.

También Quintero Olivares establece estas dos tendencias diferenciando entre:

a).- Los autores que defienden un sistema funcionalista y postulan un concepto material de bien jurídico de corte estrictamente sociológico o social. Consideran que la función de la norma penal únicamente puede concebirse de acuerdo a un sistema social de convivencia, de forma que dicha disposición es funcional atendiendo al modo en que la orden penal opera dentro del propio sistema, ya que funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando a los ciudadanos para que respeten esas condiciones.

b).- Aquellos que abogan por un sistema constitucionalista. Colocan la definición del bien jurídico en una instancia formalizada (la Constitución) que expresa los valores y los fines del orden jurídico. QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 292.

bien la sociedad o colectividad cuando se trata de condiciones que afectan al desarrollo de la vida del conjunto de los ciudadanos.

Por tanto, se puede afirmar que el bien jurídico cumple cuatro funciones principales⁵³⁷:

a).- *Función de límite y orientación del ius puniendi*. Exige la supresión de tipos penales que realmente no protejan bienes jurídicos y viceversa. Es decir, la creación de nuevos tipos penales cuando haya bienes jurídicos que necesiten protección penal pero carezcan de ella.

b).- *Función sistemática*. Permite clasificar los diferentes delitos en atención a los bienes jurídicos afectados.

c).- *Función interpretativa*. Permite interpretar los preceptos en torno al bien jurídico que va a tutelar. Es fundamental poder identificar cuál es el bien protegido en cada delito, para saber cuándo se realizan los tipos.

d).- *Función político-criminal o de determinación de la pena*. Sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando clasifica conductas como delitos. Un Derecho penal garantista es aquel que ofrece límites y barreras a un uso desmedido del *ius puniendi* (derecho a sancionar o penar), en cuanto no está sometido al *ius poenale*. Es decir, el bien jurídico ofrece un límite en cuanto que no es posible crear legislativamente delitos que carecen de bien jurídico, no pudiendo englobar dentro de la categoría de delito, conductas que solamente atentan contra

⁵³⁷ Vid., LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 170.

intereses políticos, ideologías, etc., y no contra realidades valoradas socialmente.

A su vez el bien jurídico protegido en derecho penal ha venido definido como “*el bien tutelado por el Estado con ocasión de la tipificación de una determinada conducta como delito o falta*”⁵³⁸. Este concepto de bien jurídico se refiere al objeto de protección. Dicha concepción no debe confundirse con el objeto material del delito.

A partir de estas consideraciones, en atención al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad o lesividad, el derecho penal solo debe intervenir si existe una amenaza, una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos. Esto tiene un claro origen político-constitucional, de raíz liberal. El principio puede fundamentarse desde la perspectiva del moderno Estado social y democrático considerando que los bienes jurídicos son condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social. Este límite del *ius puniendi* también se desprende del fundamento fundacional, del principio general de necesidad de la pena para la protección de la sociedad⁵³⁹.

En este sentido, una sociedad dotada de Constitución, recoge el contenido básico del acuerdo social a través de ella. El Derecho Penal se considera un subsistema más dentro del sistema

⁵³⁸ *Bien jurídico protegido*, disponible en <http://dej.rae.es>, fecha última consulta el 30 de marzo de 2019.

⁵³⁹ *Vid.*, LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, pp. 21-22.

de control social. Este persigue los mismos fines que el resto, afianzando el orden social y sirviéndose de instrumentos fundamentales, es decir, de normas, sanciones y proceso. El Derecho penal carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas si se desvincula del resto de subsistemas. Se caracteriza por tener un campo limitado de actuación, funciona como último recurso del que dispone el control social y limita su intervención a los comportamientos para asegurar el orden social. De esta manera por medio del concepto de bien jurídico, como afirma DIEZ RIPOLLÉS, se dota al Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a principios estructurales de intervención penal y configurar tipos que describan conductas que las lesionen o pongan en peligro. La Política criminal y, por extensión, el Derecho penal tienen una naturaleza secundaria. Lo que a su vez es coherente con el principio de intervención mínima y con el principio de subsidiariedad⁵⁴⁰.

2.2.- El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos

Analizado el concepto y función del bien jurídico de modo generalizado se aborda el bien jurídico protegido en el delito específico de trata de seres humanos.

⁵⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, Nº 30, 1997, pp. 10-19.

Como consecuencia de la adhesión de España a los distintos instrumentos internacionales y con objeto de cumplir los mandatos establecidos en estos⁵⁴¹, nuestro legislador ya establece en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 las referencias a la dignidad y libertad de los sujetos pasivos que la sufren, como bienes jurídicos protegidos por el delito⁵⁴². Del mismo modo se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁵⁴³.

⁵⁴¹ Claro ejemplo son el Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas así como el Convenio de Varsovia y, posteriormente, la Directiva 2011/36/UE, recogiendo la trata de seres humanos como vulneración de los derechos humanos.

⁵⁴² En este sentido, como ya se ha aludido anteriormente, exponían la necesidad de deslindar ese tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina recogida en el artículo 318 bis CP, no sólo para cumplir con los mandatos internacionales sino para eliminar los conflictos interpretativos, motivo por el cual se introduce el Título VII bis denominado “*De la trata de seres humanos*”, recogido en el artículo 177 bis CP. La creación de este artículo 177 bis CP ha provocado la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis 2 CP del texto punitivo anterior puesto que carecían de sentido tal y como se encontraban tipificadas anteriormente.

⁵⁴³ La STS 378/2011, de la Sala de lo Penal de fecha 17 de mayo, Recurso de Casación núm. 11213/2010, Pte Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (RTS 2011/378), FJ 1º así lo refleja. En ella, el tribunal establecía textualmente que el bien jurídico protegido del artículo 318 bis CP, “*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, 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 la integridad moral (STS 569/2006, de 19 de mayo, STS 153/2007 de 28 de febrero)*”, para continuar afirmando que “*... confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: de un lado, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por*

Evidente reflejo de lo dicho, es la ubicación sistemática del artículo 177 bis en nuestro Código penal. Se tipifica inmediatamente después de los delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral (Título VII) y los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Título VIII), adecuándose con ello a la sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁵⁴⁴ e indicando cuál es el camino de la interpretación en materia de bien jurídico.

De esta manera, se elimina la polémica suscitada en torno al objeto de tutela del artículo 318 bis CP, en la que, como se ha hecho referencia anteriormente, la doctrina se encontraba dividida entre los que entendían que el bien jurídico protegido en estos delitos era básicamente el control de los flujos migratorios (entre ellos, ARROYO ZAPATERO⁵⁴⁵, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁵⁴⁶) y aquellos autores que consideraban que dicho delito no debía identificarse con la inmigración clandestina, sino que debía dirigirse a la tutela de la

otro, evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas”.

⁵⁴⁴ Donde se prohíbe la trata de seres humanos en su artículo 5.3 en el ámbito propio de protección de la dignidad de las personas (derecho a la vida (artículo 2), derecho a la integridad de la persona (artículo 3), prohibición de tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (artículo 4) y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 5)).

⁵⁴⁵ En este sentido ARROYO ZAPATERO, L., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos” en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, vol. II, Salamanca, 2001, pp. 32 y ss.

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Ley de extranjería y derecho penal” en *La Ley*, Nº 5261 de 6 de marzo de 2001, p. 4.

dignidad humana (entre ellos, PÉREZ CEPEDA⁵⁴⁷, GARCÍA ARÁN⁵⁴⁸, LLORIA GARCÍA⁵⁴⁹ o VILLACAMPA ESTIARTE⁵⁵⁰).

Sin embargo, la controversia suscitada en torno al bien jurídico protegido del artículo 318 bis CP, tiene su reflejo en la división de opinión de la doctrina respecto de cuál debe ser el bien jurídico protegido en el artículo 177 bis CP.

En este ámbito se mantienen tres posturas enfrentadas: Un sector que considera que el bien jurídico está constituido por la integridad moral. Otro sector que defiende que el único bien jurídico protegido es la dignidad y un tercer grupo de autores que abogan por cifrar el bien jurídico en la libertad.

⁵⁴⁷ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Los bienes jurídicos protegidos en el art. 318 bis. Especial referencia al tráfico con el fin de la explotación sexual (art. 318 bis.2” en “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en GARCÍA ARÁN, M., (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 166-167.

⁵⁴⁸ GARCÍA ARÁN, M., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M., (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1326.

⁵⁴⁹ *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., “Regulación penal del...”, *cit.*, p. 183.

⁵⁵⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad A Coruña*, nº 14, 2010, p. 836. También en *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1244.

2.3.- Posiciones doctrinales

2.3.1.- La integridad moral como bien jurídico protegido

La integridad física y moral, según el Tribunal Constitucional, protege *“la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”*. Considera que son tratos inhumanos o degradantes susceptibles de vulnerar la dignidad moral de otra persona aquellos que *“acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen humillación o sensación de envilecimiento”*⁵⁵¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional aunque no fija un concepto preciso de integridad moral sí le otorga un tratamiento autónomo de otras apreciaciones, interpretando un concepto desde

⁵⁵¹ En este sentido la STC 120/1990, de 27 de junio, Recurso de amparo núm. 443/90, Ponentes Fernando García-Mon y González-Regueral, Eugenio Díaz Eimil y José Vicente Gimeno Sendra, FJ 8º Y 9º (ECLI:ES:TC:1990:120) y la STC 137/1990 de 19 de julio, Recurso de amparo núm. 397/90, Ponentes Jesús Leguina Villa, Jose Luis de los Mozos de los Mozos y Vicente Gimeno Sendra, FJ 6º Y 7º (ECLI:ES:TC:1990:197). Extraído de BEGMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico...”, *cit.*, p.6.

la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa⁵⁵².

Del mismo modo el Tribunal Supremo en algunas sentencias define el término de integridad moral *“como manifestación directa de la dignidad humana que comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano”*⁵⁵³. En recientes resoluciones ha afirmado que *“...la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor...la idea de integridad moral posee reconocimiento constitucional (artículo 15) y jurídico-penal (artículos 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor...Esto es que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. En este sentido, el Tribunal Constitucional viene vinculando la integridad con la inviolabilidad de*

⁵⁵² La mencionada STC 120/1990, de 27 de junio, en su FJ 8º lo recoge expresamente.

⁵⁵³ Toda esta argumentación aparece recogida en la STS 588/2000 de la Sala de lo Penal de 6 de abril de 2000, Recurso de casación núm. 588/2000, Ponente Roberto García-Calvo y Montiel, FJ 1. ECLI:ES:TS:2000:2850.

la persona y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de incolumidad e integridad o inviolabilidad personal...⁵⁵⁴.

Asimismo, pone de manifiesto, que *"la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además concurrir la nota de dolo físico y también por elementos subjetivos de referencia a la forma y modo en que se produce el ataque"*. Establece como elementos típicos del concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes: *"a).- un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo. b).- La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico. c).- Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Todo ello unido, a la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso"⁵⁵⁵.*

En palabras de BEDMAR CARRILLO la integridad moral es *"el derecho a la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima, es el derecho al equilibrio bio-psico-social de cada ser humano que se es. Es un derecho a su unicidad como persona, es decir, a desarrollar su personalidad y al complemento de todas sus*

⁵⁵⁴ Se recoge en la STS 957/2007 de la Sala De lo Penal de de fecha 28 de noviembre, Recurso de Casación núm. 896/2007, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, FJ 4º. ECLI:ES:TS:2007:7647.

⁵⁵⁵ En este sentido, la STS 294/2003 de la Sala de lo Penal de 16 de abril , Recurso de Casación núm. 3075/2001, Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar, FJ 5º. RTS 294/2003.

*limitaciones por parte de la sociedad para que, con arreglo a sus coordenadas, pueda finalmente ser individuo único e irrepetible*⁵⁵⁶.

Con este punto de partida, hay un importante grupo de autores que entienden que el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos es la integridad moral. Entre ellos PÉREZ ALONSO opina que *“el derecho a la integridad moral carece de un valor único y propio y de contenido claro y preciso. Se trata de un derecho vinculado a ciertos valores y derechos constitucionales que, le dotan de un contenido amplio, configurándolo como un derecho complejo. El contenido positivo de este derecho complejo entronca directamente con la dignidad humana. Se trata de un derecho que, junto a la integridad física, configura la integridad personal, estando estrechamente vinculado, además, con la libertad de autodeterminación, es decir, con la posibilidad de configurar voluntariamente las propias ideas, pensamientos o sentimientos. También cabe destacar, como elementos para una delimitación de carácter negativo, que la integridad moral puede ser concebida como el derecho a no ser sometido a métodos o procedimientos, normalmente violentos o intimidatorios, que provoquen malestar o sufrimientos físicos o psíquicos en la víctima, que puedan doblegar su voluntad de autodeterminación y que supongan un envilecimiento o humillación de la persona, que deja de ser tratada como tal para ser considerada como una mera cosa. Y, entre los actos que provocan tal cosificación de la persona, sin duda alguna, hay que incluir la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Por ello, esta delimitación negativa conduce a entender a la integridad moral como*

⁵⁵⁶ Vid., BEGMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico...”, *cit.*, p. 6.

el derecho a no ser sometido a tales actos". En esta misma línea ALONSO ÁLAMO subraya que *"la línea entre la dignidad y la integridad moral, si la hubiera, sería extremadamente fina"*, planteándose que *"si con el reconocimiento del derecho a la integridad moral como bien jurídico, se está concretando el núcleo esencial, el último reducto, la dignidad humana"*⁵⁵⁷, o POMARES CINTA, que considera que *"el delito de trata puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral, ya que el objetivo es instrumentalizar a la persona para conseguir ciertas finalidades mercantiles, lo que deriva en la anulación completa como persona"*⁵⁵⁸. Apoyan su teoría en dos fundamentos:

a).- En primer lugar, la ubicación sistemática que le otorga el legislador, ya que se encuentra englobado en el Título VII "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", aunque se articule como delito autónomo, puesto que en todos ellos figura como marco de referencia "la integridad moral", modelo que sirve de base a todos los delitos que se tipifican en este Título.

En atención a que la integridad moral se define como *el derecho de la persona a ser tratada conforme su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas*⁵⁵⁹, estamos ante un concepto de trato inhumano, degradante y vejatorio que supone ese atentado a la integridad moral.

⁵⁵⁷ Vid., ALONSO ÁLAMO, M., "¿Protección penal de ...", *cit.*, p. 6.

⁵⁵⁸ Vid., POMARES CINTA, E., "El delito de...", *cit.*, p. 6.

⁵⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.163.

b).- En segundo lugar, la integridad moral es un derecho fundamental al que alude el artículo 15 CE cuando afirma que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*”⁵⁶⁰, mientras que la dignidad no se encuentra recogida como categoría de derecho fundamental en nuestra CE, sino que aparece en el artículo 10.1 del mismo cuerpo legal como uno de los fundamentos de orden político y la paz social. Esto permite afirmar que la integridad moral es un claro reflejo de la dignidad en esta categoría de los derechos fundamentales, ya que se encuentra dotada de ese contenido positivo que la dignidad no puede ofrecer⁵⁶¹. En este sentido RODRÍGUEZ MESA fue la primera autora que adoptó esta posición basada en la concreción de la idea de dignidad en algún derecho fundamental. Afirmaba textualmente que el tráfico de personas “*constituye un ejemplo paradigmático de un trato inhumano, degradante, que afecta profundamente a la personalidad, vejatorio, pero que sobre todo convierte al ser humano en un objeto más de*

⁵⁶⁰ En este sentido la sentencia aludida anteriormente, la STC 120/1990, de 27 de junio, Recurso de amparo núm. 443/90, en su FJ 9º, resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria en la alimentación forzosa de internos en huelga de hambre, estableciendo una definición de tortura acorde a los instrumentos internacionales ratificados por España, destacando ese carácter de atentado a la voluntad de un sujeto y añadiendo el requisito de que esa actuación contraria a la voluntad presuponga una humillación al sujeto pasivo.

En la misma línea conceptual la STC 57/1994, Sala Segunda, de 28 de febrero de 1994, Recurso de Amparo núm. 2303-1990, 1445-1991, Magistrados D. Luis López Guerra, D. Eugenio Díaz Eimil, D. Álvaro Rodríguez Bereijo, D. José Gabaldón López, D. Julio González Campos y D. Carles Viver Pi-Sunyer (RTC 57/1994), FJ 7º, en la que se establecía como característica del concepto de integridad moral la idea de humillación y envilecimiento (recluso obligado a desnudarse y hacer genuflexiones delante de un funcionario), vulnerándose el derecho a la intimidad personal recogido en el artículo 18.1 CE. ECLI:ES:TC:1994:57.

⁵⁶¹ *Vid.*, BEGMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico...”, *cit.*, pp. 7-8.

comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo”⁵⁶². De igual modo, PÉREZ MACHÍO consideraba que no puede establecer una relación de equivalencia entre dignidad e integridad moral que pueda impedir su diferenciación y su conceptualización autónoma⁵⁶³.

El resultado de lo anterior provoca que un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que ésta se manifiesta, sin que pueda establecerse una lesión a la dignidad que no implique que exista, a su vez, algún atentado a otro bien jurídico⁵⁶⁴, ya que debe considerarse de forma generalizada que todos los delitos contra las personas afectan a la dignidad en la forma que sea.

Todas las posturas de este sector doctrinal defienden que se requiere que el ataque contra la integridad moral produzca en la persona a la que va dirigido sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento⁵⁶⁵.

En concreto, tres son las concepciones que se le otorgan a la integridad moral para poder configurarla como bien jurídico:

⁵⁶² RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, ed. Comares, Granada, 2000, p. 165.

⁵⁶³ PÉREZ MACHÍO, A.I., *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código penal (La LEY 3996/1995). Aproximación a los conceptos que lo definen*, dirigida por el Dr. D. Norberto Javier de la Mata Barranco. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco, 2003, pp. 142 y ss.

⁵⁶⁴ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C, *El Delito de Trata...*, *cit.*, p. 390.

⁵⁶⁵ *Vid.*, BEGMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico...”, *cit.*, p. 8.

1.- Identificación con la idea de exención o ausencia de daño. Es decir, ser tratado como persona y no como cosa.

2.- Conceptualización de integridad moral identificándola como proceder hacia la persona de manera humillante y vejatoria.

3.- Identificarla con la idea de vulnerar la autonomía de la voluntad. Es el Tribunal Constitucional el que marca esta postura, en el que exige humillación y envilecimiento a la hora de quebrar la voluntad de la persona siendo que es eje de su voluntad moral.

2.3.2.- La libertad, en sentido amplio, como bien jurídico protegido

La libertad, de acuerdo con su definición, “*es la facultad y derecho individual para hacer todo aquello que las leyes no prohíben y que no perjudique a los demás*”. Como establecía el TUE en su artículo 2, “*es un valor común a la UE y todos sus Estados*”⁵⁶⁶.

Podría decirse que la libertad consiste en “*el dominio del hombre sobre sí mismo: poder de la conciencia y de la voluntad humanas sobre el organismo que integra la personalidad y que se ejerce por medio de la ejecución de todos aquellos actos propios de*

⁵⁶⁶ Del mismo modo, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su art. 4, establecía que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre solo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”. *La libertad*, disponible en <https://dej.rae.es> fecha última consulta el 2 de abril de 2019.

*la naturaleza del individuo en estado de convivencia social. Este es el problema, si se contempla la personalidad desde adentro hacia afuera. En este marco es la facultad de hacer o de no hacer. Esta se resuelve en derechos individuales. Si por el contrario esta se contempla desde afuera hacia adentro, la libertad es el conjunto de condiciones necesarias e inmediatas para la manifestación de la personalidad y para su pleno desarrollo. En este marco es donde se refugia esa facultad. Esta se resuelve en limitaciones al poder público y en precauciones de carácter procesal y penal denominadas garantías. En definitiva ambos marcos son fin y medio. La libertad es un concepto unitario, integral, referido al sujeto individuo, como unidad biológica y social al mismo tiempo*⁵⁶⁷.

Este concepto, en opinión de BEGMAR CARRILLO significa que la libertad posee unas características que le faltan a la integridad moral y aquellas que no tiene la dignidad para ser considerado bien jurídico protegido del delito de trata de seres humanos. Ocupa un lugar preferente en cuanto a protección en todas las constituciones de los países de nuestro entorno jurídico y en la nuestra como derecho fundamental. Incluso en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se establece que “*el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren*”, lo que

⁵⁶⁷ *Libertad*, disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz.14.com/d/libertad/libertad.htm>, fecha última consulta el 2 de abril de 2019.

refleja que dicho concepto es uno de los objetos de tutela según recoge nuestro legislador⁵⁶⁸.

Los partidarios de su defensa entienden que el artículo 177 bis, tal y como está tipificado, genera a la víctima una pérdida de su libertad deambulatoria, ya sea desde la captación, transporte, traslado de la persona, pasando a convertirse en un siervo/esclavo del individuo que la ha sometido, suprimiéndose de ese modo su capacidad de toma de decisiones.

En este sentido QUINTERO OLIVARES afirma que “*nos hallamos frente a un delito mutilado de dos actos en que la perfección del tipo se alcanzará cuando el tratante realice una de las conductas típicas concurriendo una de las finalidades de explotación enumerada en el tipo, sin que se requiera que objetivamente se produzca la referida explotación para que el delito se consuma*”⁵⁶⁹. En palabras de QUERALT JIMÉNEZ “*basta con su intento, pues no estamos en presencia de un delito de agotamiento, sino de tendencia interna intensificada*”⁵⁷⁰.

En opinión de MUÑOZ CONDE se trata de un bien jurídico protegido de forma doble, afirmando que, “*aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e*

⁵⁶⁸ Vid., BEGMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico...”, *cit.*, p. 12.

⁵⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 285.

⁵⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6.ª edición. Ed. Atelier, Barcelona, 2010. p. 185.

*integridad moral, se lesionan a través de diversas formas de atentado a la libertad*⁵⁷¹.

En defensa de considerar la libertad como bien jurídico del delito de trata de seres humanos, se encuentran las legislaciones establecidas en países de nuestro entorno jurídico, Alemania, Italia o Portugal, los cuales al tipificarlo lo sitúan entre los delitos contra la libertad.

En definitiva, la libertad en sentido amplio incorpora la protección de cualquier oportunidad en que la persona sea privada de su propia autonomía y toma de decisiones, ya que este concepto se considera un factor inseparable de la personalidad humana, por lo que su pérdida influye directamente en la razón del ser humano⁵⁷².

Pese a que BEGMAR CARRILLO establece que no se puede hacer una referencia única y totalitaria de un bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos, considera que si hay un derecho que pueda identificarse en bien jurídico protegido de manera directa por sus características y relación con el resto es, sin duda, la libertad⁵⁷³.

⁵⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 207.

⁵⁷² *Vid.*, BEGMAR CARRILLO, E., "El bien jurídico...", *cit.*, p. 13

⁵⁷³ *Ibidem.*

2.3.3.- La dignidad como bien jurídico protegido

La dignidad de la persona humana es el valor, el mérito que tiene todo hombre por el mero hecho de serlo⁵⁷⁴. En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, “*ser persona es un rango, una categoría, que no tienen los seres irracionales. Esta superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es la llamada dignidad de la persona humana*”⁵⁷⁵. En este sentido existen autores que diferencian entre los aspectos objetivos, es decir, el respeto que se le debe a la persona en razón de su ser y de su obrar y el aspecto subjetivo, como cualidad que predica de todos los hombres o de un hombre concreto⁵⁷⁶.

Sin embargo, esta acepción del concepto de dignidad de la persona general o “incondicional” vinculada al disfrute de los derechos fundamentales⁵⁷⁷ surge recientemente durante la segunda mitad del S. XX⁵⁷⁸.

Históricamente, durante la Edad Media (S.XII-XIV) la idea de dignidad del individuo se conocía de un modo limitado,

⁵⁷⁴ DURÁN LALAGUNA, P., *Manual de derechos humanos*, ed. Comares, Granada, 1999, p. 81.

⁵⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 26.

⁵⁷⁶ *Vid.*, DURÁN LALAGUNA, P., *Manual de derechos...*, *cit.*, pp. 81-82.

⁵⁷⁷ OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp.21-22.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

concibiéndose siempre de una forma condicional⁵⁷⁹, equiparando la dignidad al concepto de título, rango y mérito. Es decir, derivaba de la pertenencia de la persona a un determinado estrato social.

FROMM afirmaba que la aparición del cristianismo reconocía la superación de la idea “condicional” del individuo, basado en el amor fraternal⁵⁸⁰, “*la idea de dignidad sería el propio fin del cristianismo y el judaísmo como objetivo del que derivan el amor al prójimo y la supremacía de los valores espirituales sobre los materiales. La creación divina del hombre, condiciona al propio individuo de tal forma que el fin último y supremo de la persona queda supeditado a su vez a una exigencia de respeto y atención con respeto a los demás por encima de nuestra propia felicidad, deseo o ambición personal; conformándose en regla moral de primera magnitud tanto para el individuo como para el Estado*”. El aseguramiento de una ética real de la dignidad sólo se consigue a través de la certeza de la idea de que todas las personas son iguales⁵⁸¹.

Durante los S. XVI y XVII se mantiene la idea de dignidad como *status*. Su impulso data del S. XVIII⁵⁸², con aportaciones de autores como ROUSSEAU y KANT⁵⁸³, las cuales serán decisivas

⁵⁷⁹ Vid., OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., p.23.

⁵⁸⁰ Las raíces históricas del contenido objetivo de la comprensión de la autoconciencia humana y de dignidad se encuentra en la doctrina de Jesús de Nazaret. Vid., OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., p.59.

⁵⁸¹ Vid., OHELING DE LOS REYES A., *La dignidad de...*, cit., p.63.

⁵⁸² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Bartolomé de las Casas*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 60.

⁵⁸³ Rousseau criticaba la actitud de las iglesias, ya que hacían imposible la autonomía de la dignidad de la persona y ello pese a que se situaba entre los defensores de la

para su culminación en el S. XIX, donde la capacidad del individuo es la característica principal de este concepto, es decir, su reconocimiento social se resuelve por su capacidad⁵⁸⁴.

Finalmente, tras la Segunda Guerra Mundial y la crisis posterior del positivismo jurídico durante el S. XX, el concepto de dignidad se construye a partir de los criterios del Derecho natural, como una propiedad interna que le corresponde a todo hombre por el mero hecho de serlo⁵⁸⁵, en el que tras los horrores vividos en el conflicto bélico, se intenta establecer una convivencia entre pueblos basados en el respeto a la dignidad humana⁵⁸⁶.

El resultado más inmediato dentro de este siglo fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, vinculando la dignidad y la libertad, estableciendo que los derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana⁵⁸⁷.

A partir de esta declaración, se fueron sucediendo en el tiempo y en el ámbito internacional otras declaraciones y tratados en los cuales se reconoce la dignidad. Entre ellas se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de

compatibilidad entre la dignidad y la religiosidad, siempre y cuando no se encontrase sometida al control de estos centros de culto. Por su parte Kant defendía que la dignidad basada en la autonomía estaba en el origen de la moralidad. En este sentido este autor, conectaba dignidad, libertad, autonomía y moralidad. El pensamiento de estos dos filósofos son citas tomadas de PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Bartolomé de las...*, cit., p. 61.

⁵⁸⁴ Vid., OHELING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de...*, cit., pp. 94-95.

⁵⁸⁵ Vid., OHELING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de...*, cit., p. 104.

⁵⁸⁶ Vid., GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de...*, cit., p.35.

⁵⁸⁷ Vid., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Bartolomé de las...*, cit., p.11.

diciembre de 1966⁵⁸⁸, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966⁵⁸⁹, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁹⁰, la Carta Social Europea, la Conferencia de Helsinki y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea⁵⁹¹ y la IX Conferencia Interamericana de 22 de noviembre de 1969⁵⁹² y 1963 en la Organización de la Unión Africana (OUA)⁵⁹³.

⁵⁸⁸ Los Estados firmantes consideran “*que conforme a los principios en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de España de 13 de abril de 1977, disponible en noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/pdcp.html, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

⁵⁸⁹ Trata de garantizar “*condiciones de existencia dignas para ellos y sus familiares*” desde el punto de vista laboral, regula también el derecho a la educación.

⁵⁹⁰ Quedaban garantizados los aspectos fundamentales de la dignidad de la persona.

⁵⁹¹ Artículo 6º del TUE “*reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”. Manifiesta que la dignidad es inviolable. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/c 364/01), disponible en noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdfue.html, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

⁵⁹² Se formalizó la Convención americana sobre derechos humanos, plasmando en su art. 11.1 que “*toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*”.

⁵⁹³ Crearon esta organización “*conscientes de que la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para la realización de las aspiraciones legítimas de los pueblos africanos*”. La organización de la unidad africana (25 de mayo de 1963, Adís Ababa, Etiopía), disponible en elmundodelar.blogspot.com/2015/07/la-organización-de-la-unidad, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

En nuestro derecho, en las Constituciones españolas del S. XIX no aparece consagrada la dignidad de la persona como uno de los valores superiores que las informan, aunque sí que se reconocen paulatinamente los derechos fundamentales inherentes a ella.

Así pues, en la Constitución de 1812 aparece por primera vez un grupo de disposiciones normativas encaminadas a garantizar una serie de libertades y derechos como categorías jurídico-positivas; en el proyecto de Constitución Federal de la República de 1873, en su Título Preliminar, se recoge el derecho a la dignidad de la vida (no de la persona), mientras que en la Ley de 17 de julio de 1945, también en su Título Preliminar, el Estado proclamaba *“como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común”*⁵⁹⁴.

Constituida la democracia, se intentó concienciar a la sociedad para que otorgase la importancia debida a la dignidad de la persona y *“los derechos que le son inherentes”*, independientemente de las circunstancias sociales o personales, como objetivo previo para lograr una *“paz social”*. Esta transformación tuvo su principal expresión jurídica en la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977. Se planteó el reconocimiento de los derechos y su

⁵⁹⁴ *Fuero de los españoles (17 de julio de 1945)*, disponible en documentoshistoria.blogspot.com/2012/fuero-de-los-españoles-17, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

comprensión como una realidad inherente al ser humano y anterior a la norma positiva⁵⁹⁵.

Como resultado de esta reforma política, surgió la Constitución de 1978. Tras la Ponencia constitucional, el 1 de agosto de 1977, de la mano de Fraga, se realizó una mención inicial a la dignidad. De un esbozo donde se estableció la misma, se aprobó esta propuesta, dando como resultado que el reconocimiento de la noción se integraría en el artículo 13 del Anteproyecto de la Constitución, concretamente dentro del Capítulo II “*De las libertades públicas*” en el Título “*De los derechos y deberes fundamentales*” con el siguiente texto:

“La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamento del orden político y de la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás”.

Finalmente, los miembros del Congreso y del Senado, el 31 de octubre de 1978 ratificaron por mayoría el texto constitucional y como consecuencia la referencia a la dignidad de la persona⁵⁹⁶. Una vez promulgada la Constitución del 78 y a raíz de la distinción entre “valores” y “principios”, se planteó la cuestión de si la dignidad era un principio general⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO considera tal afirmación como el “antecedente más inmediato del art. 10.1 de nuestra Constitución suprema”. Cita tomada de OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., p. 277.

⁵⁹⁶ *Vid.*, OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., p. 277.

⁵⁹⁷ Este planteamiento se recogió en la STC 18/1981 de la Sala 1ª de fecha 8 de junio, Recurso de Amparo, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, FJ 4º (ECLI:ES:TC:1981:18) y STC 53/1985 de la Sala 1ª de 11 de abril, Recurso de

La fundamentación se apoyaba en que, si las normas básicas del ordenamiento eran principios generales del Derecho, no planteaba duda que, los que la Constitución proclamaba como “valores superiores” eran auténticos principios generales del Derecho. Así cumplían las funciones propias de los principios jurídicos, constituyendo la dignidad de la persona, como valor superior del ordenamiento jurídico, uno de los principios generales⁵⁹⁸, que adquiría la fuerza de norma inmediatamente aplicable. En definitiva, con esta naturaleza cumplía cuatro funciones: 1º).-Fundamento del Ordenamiento jurídico, 2º).- criterio de interpretación, 3ª).- integración del Ordenamiento e 4º).- imponía una dirección al comportamiento, ya que constituía norma de conducta que limitaba el ejercicio de los derechos.

Así pues, el artículo 10.1 de la CE supuso la culminación de la persona y su dignidad como principio rector y siendo uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁹⁹. Al contemplar la dignidad, reconocía la superioridad e importancia que correspondía al hombre por el mero hecho de serlo. Sin embargo, ¿es factible catalogar la dignidad como derecho fundamental cuando en la propia CE no se reconocía como tal?

Amparo, Ponente Dña. Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, FJ 8º (ECLI:ES:TC:1985:53). El tribunal estableció que la dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Esta sentencia está extraída de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de...*, cit., p.112.

⁵⁹⁸ Vid., GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de...*, cit., p. 113.

⁵⁹⁹ Artículo 10.1 CE: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

Efectivamente, la posibilidad de considerar la dignidad como derecho fundamental puede venir ordenada por dos motivaciones:

- En primer lugar, porque dentro de la Sección I del Capítulo II del Título I en el que se regulaban los derechos fundamentales y las libertades públicas, el legislador incluía concepciones constitucionales que no se consideraban como fundamentales. Un ejemplo era la organización y control de los medios de comunicación tipo público (artículo 20.3) y la autonomía universitaria (artículo 27.10),

- En segundo lugar, porque la CE reconocía a la vez otros negocios que operaban en plano similar y no se encontraban englobados en esta sección fundamental⁶⁰⁰.

Sin embargo, el Tribunal Supremo categorizó la dignidad como “derecho fundamental”⁶⁰¹. Ejemplo claro de la doctrina defendida por este alto Tribunal era el mínimo vital que asegurase a una persona a cubrir sus necesidades más elementales.

Desde el punto de vista del Derecho penal, amén de otras observaciones, el valor de la dignidad se deducía como concepto derivado de protección en la tipificación de delitos tales como el de la trata de seres humanos entre otros muchos.

⁶⁰⁰ Vid., OHERLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de...*, cit., pp. 296- 297.

⁶⁰¹ STS 193/2002, Sala 2ª del TS de fecha 24 de julio de 2002, Recurso de Casación núm. 1171/2001, Pte. Ilmo. D. Andrés Martínez Arrieta (RTS 1393/2002), FD único, delimitaba el contenido esencial del derecho fundamental a la dignidad en la prohibición de sufrir padecimientos físicos o psíquicos realizados de forma vejatoria o con intención de doblegar la voluntad del que lo estaba padeciendo.

En el Derecho comunitario en 1978, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por primera vez contacta formalmente con este concepto en relación con los tratos inhumanos y degradantes⁶⁰², marcando como objetivo principal de esa norma el preservar la dignidad humana⁶⁰³.

Es cierto que, con el transcurso del tiempo, se le ha dado un reconocimiento político al concepto de dignidad en la Carta de Derechos Fundamentales de Niza en 2000. Posteriormente, en la propia Decisión Marco del Consejo de la UE (2002/629/JAI) se recogía que además de constituir una grave infracción penal, *constituye ante todo una profunda violación de los derechos fundamentales de la persona y de la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de la violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción*⁶⁰⁴.

Sin embargo, fue en el Tratado por el que se estableció una Constitución para Europa, adoptado por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, donde se convirtió en una norma jurídica vinculante, ampliando el concepto de dignidad como base de

⁶⁰² Artículo 3 del Convenio.

⁶⁰³ El Tribunal de Estrasburgo reconoció que “*el respeto a la dignidad humana y a la libertad*” estaba en la esencia del Convenio. Por otro lado, reconoció esta primacía de la dignidad al subrayar que el derecho a la vida privada y familiar, contenido en art. 8 del Convenio, suponía un reconocimiento de autonomía personal, traducido en una “*protección de la esfera personal individual, incluyendo el derecho a establecer la propia identidad como ser humano individual*”. Vid., OHERLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., pp. 354-355.

⁶⁰⁴ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito de Trata...*, cit., p. 397.

la “acción de la Unión en la escena internacional” y como directriz de la política de la Unión en el ámbito de la cooperación al desarrollo⁶⁰⁵.

Por otra parte, se estableció que para aplicar la noción constitucional de dignidad, no sólo debe reconocerse como derecho autónomo y fin en sí mismo, sino también debe poderse ejecutar a través de valores constitucionales tales como la libertad, la justicia y el pluralismo político (artículo 1.1 CE). Esto es debido a que se dan situaciones en las que no se puede hablar de dignidad si no se hace referencia a estos principios⁶⁰⁶.

El reconocimiento jurídico de la dignidad también representa el grado de compromiso real que está dispuesta a asumir esta respecto a la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, el nivel de respeto de la dignidad de un Estado o sociedad, depende no solamente de la garantía de los derechos fundamentales sino de otros factores que determinan el “máximo” de implementación de la función de la dignidad. Los principales factores que influyen en el “máximo” son: los derechos fundamentales, los valores o principios superiores, los derechos sociales y la discriminación positiva. Atendiendo a ello, la garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales se constituye al menos en el “mínimo” indispensable. Esta relación funcional supone que hay un mayor respeto de la dignidad de la persona⁶⁰⁷.

La dignidad, pues, se constituye en un mínimo invulnerable que se impone a todos los poderes sin distinción por imperativo

⁶⁰⁵ Vid., OHERLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., pp.354-355.

⁶⁰⁶ Vid., OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de...*, cit., p. 366.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

constitucional, es un *mínimum* invulnerable que todo estatuto debe asegurar. Es decir, con la dignidad se obliga a reconocer a cualquier persona, con independencia de la situación que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla⁶⁰⁸. Sin embargo, esta idea de dignidad en relación con los derechos fundamentales es diferente en cada caso concreto que se trate y del derecho fundamental afectado⁶⁰⁹.

Prueba de ello es la existencia en nuestro ordenamiento español de situaciones en las que se cumple esta regla del *mínimum* invulnerable de los derechos fundamentales garantizados por la dignidad de la persona. Un ejemplo de ello son los derechos reconocidos a los inmigrantes, o la defensa genérica de la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, lengua, etc., y cuya garantía el Tribunal Constitucional reconoce como imprescindible para la protección de la dignidad.

Jurisprudencialmente, se ofrece por parte de este Tribunal una lista abierta de derechos que corresponden a la persona sobre la base de la noción de dignidad: intimidad y libertad ideológica, tutela judicial efectiva, derecho a la asistencia jurídica gratuita, etc. Tiene especial relevancia la perfilación que el Tribunal Constitucional ha realizado del derecho a la intimidad desde su relación con la noción de dignidad.

⁶⁰⁸ El TC en la regla del artículo 10.1 de la CE afirma que la dignidad permanecerá inalterable cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre.

⁶⁰⁹ Vid., OHELING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de...*, cit., p. 421.

Como consecuencia de que el Estado constitucional aplica esta fórmula asociando la forma de comprensión constitucional de la dignidad con la idea de desarrollo existencial escogido por el sujeto, ha tenido ciertas dificultades, lo que se traduce en que:

1º.- La dignidad se conecta a la vez con el derecho de libre desarrollo de la personalidad, en cuanto reconocimiento de un ámbito de autodeterminación personal en sociedad. Ello es debido al carácter irrenunciable del sentido mínimo de la concepción constitucional de la dignidad humana representada como obligación de protección estatal de la dignidad del individuo y donde cualquier consentimiento a su lesión resulta jurídicamente ineficaz. De esta forma, la dignidad se percibe como el derecho a ser respetado por los demás independientemente del patrón de conducta elegido por uno mismo. Sin embargo, hay ciertos casos en los que la determinación del criterio de la dignidad pretendido colisiona con la visión mínima de la noción constitucional de dignidad, en cuanto “principio fundamental ético del Estado”⁶¹⁰.

⁶¹⁰ El TC ha abierto en alguna resolución la posibilidad de sobreponer la idea constitucional mínima de dignidad que subyace en los derechos fundamentales sobre el propio criterio personal de dignidad elegido por uno mismo. En este sentido la aludida STC 120/1999 sobre asistencia coactiva a unos presos en huelga de hambre en estado terminal, o STC 154/2002, Pleno, de 18 de julio de 2002, Recurso de Amparo núm. 3468-1997, Magistrados D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, D. Tomás Salvador Vives Antón, D. Pablo García Manzano, D. Pablo Cachón Villar, D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Guillermo Jiménez Sánchez, Dña. María Emilia Casas Baamonde, D. Javier Delgado Barrio, Dña. Elisa Pérez Vera y D. Eugeni Gay Montalvo, sobre transfusiones de sangre a testigos de Jehová, ECLI:ES:TC:2002:154.

2º.- Los estados constitucionales han creado modelos determinados de ponderación debido a la existencia de excepciones o *puncti controversiae*, donde el propio Estado recoge la preferencia de derechos y libertades fundamentales. Esto se produce como consecuencia de que el Estado Constitucional exige, no sólo que todo el ordenamiento y los poderes públicos traten de proteger la dignidad en todas sus manifestaciones sino que, el propio Estado debe saber combinar o entrelazar una visión mínima de respeto a la dignidad, con la forma de comprender ciertos derechos y principios a los que la sociedad parece otorgar mayor valor⁶¹¹. Los casos típicos o *puncti controversiae* son: el derecho a la vida, y a otro nivel, el caso de la tortura y del derecho al honor.

Es en esta línea donde se sitúan los autores partidarios de establecer en el delito de trata de seres humanos como bien jurídico protegido la dignidad humana, entre los que destacan SERRA CRISTÓBAL⁶¹², LLORIA GARCÍA⁶¹³ o VILLACAMPA ESTIARTE⁶¹⁴, ya que entienden que, pese a que la Constitución no recoge la dignidad en el listado de derechos fundamentales, ésta “es fundamento del orden político y de la paz social” (Artículo 10.1

⁶¹¹ Vid., OHELING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de...*, cit., p. 430.

⁶¹² SERRA CRISTÓBAL, R., “Los derechos de las víctimas de la trata para su explotación sexual y su protección”, en SERRA CRISTÓBAL, R / LLORIA GARCÍA, P., *La trata de sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 104.

⁶¹³ Vid., LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres...”, cit., 2016, p. 334. Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, cit., p. 374.

⁶¹⁴ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De la trata...”, cit., 2016, p. 1245.

CE)⁶¹⁵, considerando la misma como la base de todos los derechos fundamentales, pero no como un derecho en sí.

Estiman que dicho pronunciamiento constitucional supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del ordenamiento jurídico español, acogiendo y proclamando la dignidad de la persona y los derechos que le son inviolables como fundamento del orden político y la paz social.

En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE alega que, si la trata de personas debe ser catalogada como un delito a nivel global, el interés a proteger por medio de delito que la incrimine debe ser un valor que se encuentre en el mismo nivel. Manifiesta que *“no sólo la dignidad es capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso”*⁶¹⁶. Prueba de ello es que la dignidad está reconocida como base de los derechos humanos en multitud de tratados internacionales así como que mantiene relación entre los elencos de Derechos fundamentales en algunas Constituciones europeas.

En definitiva, en atención a la defensa que mantiene gran parte de la doctrina y la Fiscalía General del Estado en su Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración⁶¹⁷, en la que

⁶¹⁵ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1245.

⁶¹⁶ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, 2011, p. 282

⁶¹⁷ Es en esta Circular donde se protege la dignidad de la persona sin discriminación alguna, cumpliendo así con la Carta de Derechos Fundamentales la cual prohibía la

manifiestan que debido a que el proceso de trata implica un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona, debe reclamarse, según ellos, que sea la dignidad y no otro interés el bien jurídico protegido en el delito.

2.3.4.- Crítica y toma de posición

Planteada la cuestión suscitada en torno al bien jurídico, las tres posiciones *a priori* serían perfectamente admisibles y ello porque:

1º.- Los defensores de la integridad moral como bien jurídico protegido del delito de trata de seres humanos argumentan que dicha integridad es un derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE.

2º.- Los partidarios de la defensa de la libertad en sentido amplio como bien jurídico protegido, entienden que de acuerdo a la tipificación del artículo 177 bis CP, la acción de trata lo que produce en la víctima es la pérdida de su libertad deambulatoria, ya sea desde la captación, transporte, traslado de la persona, pasando a convertirse en un siervo/esclavo de la persona que la ha sometido, suprimiéndose de ese modo cualquier capacidad decisión.

trata de seres humanos recogido en su art. 5.3 en su ámbito propio de protección de la dignidad de la persona. *Vid., Circular 5/2011: Sobre..., cit.*

3º.- Los defensores de la dignidad consideran que, pese a que nuestra CE no reconoce al artículo 10.1 la categoría de derecho fundamental, la misma puede establecerse como tal, ya que supone la culminación de la persona y su dignidad como principio rector del ordenamiento jurídico español, siendo uno de los valores fundamentales de nuestro derecho.

Sin embargo, considero que, atendiendo a las características de cómo se desarrolla o cómo se ejecuta el propio delito que nos ocupa, en el que se describe un proceso en el que la víctima pasa a convertirse en un esclava que ya no decide sobre sus propios actos y se le anula como persona, deben ser la dignidad y la libertad los bienes jurídicos protegidos, descartándose la integridad moral al carecer de carácter internacional y no ser un concepto tan amplio en suma como el que la propia dignidad abarca⁶¹⁸.

⁶¹⁸ En la misma línea se encuentra PÉREZ FERRER, que considera que lo que se protege en este delito son los bienes jurídicos de titularidad individual, fundamentalmente la dignidad y la libertad, en tanto que la utilización del ser humano para fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido, sea cual sea la finalidad con la que la misma se realice. PÉREZ FERRER, F., "Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español", en SUÁREZ LÓPEZ, J.M. y VVAA (Dir.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 1477.

3.- Sujetos

3.1.-Sujetos activos

De acuerdo con el precepto 177 bis CP actual, el sujeto activo será común en el tipo básico, pudiendo ser cualquier persona, mientras que los números 5 y 6, como más adelante analizo, establece los tipos agravados en los que se incrementa la pena por la condición de autoridad, agente de la misma o funcionario o cuando éste pertenezca a banda organizada o asociación criminal aunque sea transitoria.

3.2.- Sujetos pasivos

La redacción típica del artículo 177 bis CP establece que la trata debe recaer sobre “seres humanos” y no sólo sobre “ciudadanos extranjeros” (como ocurre en el artículo 318 bis CP), pudiendo ser cualquier persona sujeto pasivo, sea nacional o extranjera, lo que no ocurría antes de la reforma de 2010.

En este sentido la doctrina, por otra parte, no comparte la mención efectuada por el legislador en atención a si son víctimas

nacionales o extranjeras, entendiendo que si todas ellas deben hallarse protegidas, debería eliminarse dicha distinción⁶¹⁹.

Esta categoría en la que se engloba tanto a nacionales como a extranjeros deriva de la propia definición de trata, ya que el traslado forzoso de la/s víctima/s se produce o bien de un país a otro (en este sentido se configura como transfronterizo, ya que se traslada de una frontera a otra) o dentro del país sin necesidad de cruzar fronteras en la/s víctimas o son nacionales o extranjeras⁶²⁰.

Sin embargo, se produce en su número 4, una modificación respecto de la anterior reforma de 2010, en el que si concurren determinadas circunstancias en el sujeto pasivo tales como la edad, especial vulnerabilidad, etc., añadiendo estado gestacional, como más adelante se analiza, hacen nacer otro tipo agravado.

Dentro de estos sujetos pasivos se pueden determinar dos clases atendiendo a su edad: los sujetos pasivos adultos y los sujetos pasivos menores⁶²¹.

Al margen de la determinación de la edad, otra de las cuestiones que plantea problemas en la práctica este delito, era cuando afecta a un sujeto pasivo individual o plural. Dicha cuestión

⁶¹⁹ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata...", *cit.*, 2016, p. 414.

⁶²⁰ *Vid.*, LLORIA GARCIA, P., "La trata de...", *cit.*, 2016, p. 334. También de la misma autora, *vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, p. 375.

⁶²¹ CORCOY BIDASOLO, M. /MIR PUIG, S., "Delitos contra la integridad moral" en Corcoy Bidasolo, M. (Dir.) y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.176.

se suscitó con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de mayo de 2016 en el que se determinó textualmente que:

“El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”.

En consecuencia deberán apreciarse tanto delitos de trata como víctimas existan⁶²².

4.- Las conductas típicas del tipo básico

En atención a los dictados del derecho internacional, el artículo 177 bis CP describe el tipo básico sobre la base de construir la acción típica a través de tres elementos relacionados entre sí que necesariamente deben concurrir para que el delito se produzca. Por un lado, se fijan elementos de carácter objetivo, englobando en ellos las conductas alternativas y los medios comisivos que relaciona. Y, por otro, los de carácter subjetivo, que comprende la finalidad perseguida, la explotación o dominación en sus tres variantes.

Sin embargo, como expone VILLACAMPA ESTIARTE, nos hallamos ante un delito mutilado de dos actos en que la perfección

⁶²² Esto viene recogido en la STS 538/2016 de la Sala de lo Penal Sección 1ª, Recurso de Casación 10003/2016, Ponente Sánchez Melgar, J.A., FD 6º. Esta resolución se extrae de PÉREZ FERRER, F., “Sobre el delito...*cit.*”, p. 1478.

del tipo, como se analiza a continuación, se alcanza cuando el tratante ejecute una de las conductas descritas en este precepto, es decir, captar, transportar, acoger, recibir o alojar, concurriendo alguna de las finalidades de explotación que recoge el propio tipo, sin que requiera objetivamente para que se consume el delito que se produzca la referida explotación⁶²³.

4.1.-La acción

En cuanto a la acción, en su redacción originaria, estableció un listado cerrado de modalidades típicas que consistían en "*captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona*", empleando para alcanzar tal fin, ciertas formas de atentado a la libertad que pudieran ir desde la violencia hasta el abuso de una relación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad⁶²⁴. No se exigía llegar a la explotación efectiva, transporte o al traslado a otro lugar. Bastaba que el sujeto pasivo hubiera sido ya captado para ello o se encontrase ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades que se mencionaban en el precepto.

En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE considera positiva la no inclusión que establecía el Proyecto de LO de 2009, como consecuencia de la sugerencia del informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma del CP de 2008 de incluir la

⁶²³ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", *cit.*, p. 841.

⁶²⁴ Vid., CANO PAÑOS M.A., "Los delitos de...", *cit.*, p. 424.

frase “traficare con personas” que si lo recogía⁶²⁵. Entendía que el término “tráfico” podía suscitar problemas de interpretación, como ya había ocurrido con el término tráfico ilegal de personas que se había suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia española⁶²⁶.

Tras la reforma de 2015, se añade como conducta típica el intercambio y transferencia de control sobre las personas, en la que la acción requiere que sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, donde el tratante “*capta, transporta, traslada, acoge o recibe, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre las víctimas*”.

Por tanto, se suprime respecto al anterior texto el verbo “alojamiento”, exclusión que por otra parte, no presenta problema alguno, ya que el nuevo precepto al mantener como conductas las de “acoger” o “recibir”, integra las acciones de “alojamiento de una o varias víctimas”⁶²⁷, incluyendo en su lugar “el intercambio o transferencia de control sobre estas personas”.

Estas acciones deben llevarse a cabo sobre persona nacional o extranjera, empleando los medios comisivos que se especifican en el mismo, partiendo de la base de que, para poder perseguir el delito, la víctima en algún momento del proceso debe

⁶²⁵ Este informe del CGPJ recomendaba su inclusión porque entendían que de esa forma la conducta típica quedaba más concretada y se diferenciaba con más facilidad del delito de prostitución del artículo 188.1 CP. *Vid.*, MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de...*, *cit.*, p. 117.

⁶²⁶ *Vid.*, VILLACAMPA, ESTIARTE, C., “El delito de trata...”, *cit.*, p. 841.

⁶²⁷ La razón de su exclusión puede tener su fundamento en que dicha conducta no se encontraba recogida ni en el art. 2 Directiva 2011/36/UE ni en el art. 3 del Convenio de Varsovia.

haber estado físicamente en nuestro territorio, porque de otra manera no existe posibilidad de castigar los supuestos de trata en el extranjero⁶²⁸. Se descarta la posibilidad de persecución de la trata cometida en el extranjero que no guarde algún punto de conexión con España. Es decir, no hay posibilidad de castigar los supuestos de trata cometidos en el extranjero, a excepción de lo previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ en aplicación de la justicia universal, en el que determina la competencia de los tribunales españoles para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional⁶²⁹.

Por último, la conducta de trata atendiendo a su redacción se presenta como un proceso complicado y largo. Se producen intervenciones de distintos sujetos en atención al momento o fase de desarrollo de la acción en el que se encuentre. Estas situaciones de

⁶²⁸ *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p. 336. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, p. 378.

⁶²⁹ En este sentido, los tribunales españoles son competentes para investigar y sancionar este delito en cuatro supuestos alternativos:

1º.- Cuando el procedimiento se dirija contra un español.

2º.- Cuando el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida de forma habitual en nuestro país.

3º.- Cuando el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase en el que su sede o domicilio social se ubique en España.

4º.- O cuando el delito de haya cometido contra una víctima que en el momento de la comisión del mismo tenga nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que a la persona que se le impute el hecho delictivo se encuentre en nuestro país. BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031. LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, relativa a la justicia internacional. *Vid.*, CUGAT MAURI, M., "La trata de...", *cit.*, p. 161.

participación se convierten en actos de autoría directa de ejecución, independientemente de si se ha producido la ejecución al inicio o al final. El resultado provoca que se adopte un concepto unitario de autor, en virtud del cual los actos de colaboración se convierten en categoría de autoría. Sin embargo, para determinar esa autoría, estos actos de colaboración deben cumplir con las finalidades típicas previstas en el tipo y participar de los medios comisivos descritos. De otro modo, se debe apreciar la cooperación necesaria o la complicidad⁶³⁰. Es el caso de aquel que proporciona alojamiento a una víctima sin emplear violencia ni intimidación sin tener conocimiento de la finalidad de explotación.

VILLACAMPA ESTIARTE considera que el legislador ha desaprovechado una gran oportunidad con la reforma no sólo para reducir el extenso elenco de conductas delictivas, en la que algunas mantienen cierta similitud entre ellas siendo reiterativas, sino que sanciona con igual intensidad todas las posibles fases en que se desenvuelve habitualmente el proceso de tráfico, ya que basta que se cometa cualquiera de ellas para considerar consumado el delito⁶³¹.

En el mismo sentido la jurisprudencia, establece que, *aunque cualquier conducta de participación del hecho en el tipo básico que, en otros casos conlleva la consideración técnica de complicidad, como consecuencia de que no se reconoce esta participación en este delito, se ven en la obligación para cumplir el*

⁶³⁰ Vid., LLORIA GARCIA, P.: "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p. 336. Vid., LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, p. 378.

⁶³¹ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El delito de...", *cit.*, 2016, p. 410.

*tipo, en elevar a la categoría de autor situaciones que en otros casos se califican como colaboración*⁶³².

Así pues, los verbos que integran esta conducta típica se amplían con respecto a la anterior reforma siendo los siguientes:

4.1.1.- La captación

De acuerdo con la definición que establece el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, captar significa “*atraer a alguien para ganarse su voluntad*”. En atención al informe explicativo del Convenio de Varsovia, en cuanto a este término se incluye la ejecutada mediante cualquier tipo de instrumento, incluido las TIC⁶³³, considerándose especialmente internet, puesto que actualmente es un mecanismo muy demandado.

La captación es un acto previo a la trata, donde el sujeto se gana la voluntad del futuro tratado, o bien mediante alguna oferta de trabajo, servicio de traslado o actividad que llame la atención de la

⁶³² En este sentido, la SAP Madrid nº 153/2013, de 8 de marzo, Sección 6ª de la Audiencia Provincial, Recuso de Apelación núm. 27/2012, Pte Ilmo. María Luz Almeida Castro determina la relación de alternatividad de la conducta típica. También la STS 545/2013, Sala 2ª de lo Penal de 19 de junio de 2013, recurso de Casación núm. 1553/2012, Pte Ilmo. Jose Ramón Soriano Soriano (RTS 545/2013), FD 2º, en la que se establece que constituye un delito de actividad de los llamados “tipo caucho”, ya que cualquier conducta de participación del hecho aunque técnicamente mereciera el calificativo de complicidad, caerá de lleno en el tipo que se construye con los verbos “promover, facilitar o favorecer”.

⁶³³ Es la abreviatura para definir las tecnologías de la información y la comunicación.

víctima de trata, que revista buena apariencia y que a su vez se den las notas de violencia, intimidación, engaño o abuso. Generalmente la más utilizada es el engaño a través de un contrato o acuerdo que aparentemente obligue al tratado⁶³⁴. Por tanto, esa captación constituye un acto de vencimiento de la voluntad de la víctima.

Es la conducta esencial del delito porque para que la trata exista es imprescindible la captación. En ciertas situaciones incluso puede llegar a ser la única actuación, considerándose precisa para el agotamiento de cometer tal ilícito. Esto sucede cuando recae en la misma persona el hecho de captar y de someter a la víctima a la explotación sin necesidad de trasladarla a otro lugar. Debido a que la captación es una actividad previa, es la propia víctima la que carece, a partir de ese momento, de autodeterminación pasando a ser propiedad de otra persona, el tratante. Sin embargo pueden darse situaciones que comiencen a ejecutarse sin captación y luego se transformen en trata.

Esta falta de consentimiento puede conseguirse ejerciendo violencia física, intimidación, engaño o abuso. La captación es el momento que marca la utilización de alguno de los medios indicados

⁶³⁴ Vid., LLORIA GARCIA, P.: "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p. 336. Vid., LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, pp. 378.379. También en Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", *cit.*, p. 843 y en Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "De la trata...", *cit.*, 2016, p.1251. La captación se encuentra perfectamente definida en la STS 396/2019 de 24 de julio, Sala de lo Penal, Recurso de Casación 10619/2018, Pte. D. Julián Sánchez Melgar, FD 4, apartado 5 (ECLI:ES:TS:2019:2572).

(engaño, coacción y abuso). En los supuestos de abuso o coacción diferida se exige que concurra un fraude o engaño al acto inicial de captación, puesto que a consecuencia de este se producirá en la víctima el abuso o coacción en el lugar de destino, en el que ésta ya no tiene posibilidad de escapar⁶³⁵. Sin embargo, puede ocurrir que la persona traficada, y que accede a ese traslado, posteriormente sea objeto de explotación y se convierta en víctima de trata. En este sentido al ser conductas que atacan bienes jurídicos diferentes, se regularán por separado, sin perjuicio de su aplicación conjunta cuando, eventualmente coincidan en un mismo hecho, como así se prevé en el apartado 9 del artículo 177 bis CP⁶³⁶.

4.1.2.- El transporte

Representa la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro, cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de tercero. Se entiende la utilización de cualquier traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, con cualquier medio, o lo que es lo mismo *trasladar*. Ese transporte o traslado se ha de producir mediante

⁶³⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., "Trata de personas" en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.) y VVAA, *Memento experto Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, ed. Francis Lefevre, Madrid, 2010, pp. 75-76.

⁶³⁶ *Vid.*, CUGAT MAURI, M., "La trata de...", *cit.*, p. 160

violencia, intimidación o engaño o con abuso de posición activa/pasiva⁶³⁷.

4.1.3.- El traslado

El término traslado, con la anterior reforma de 2010 se entendía como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, alquiler o la permuta. Ello deviene como consecuencia de lo establecido en la DM del Consejo cuando se refiere “*al intercambio o el traspaso de control sobre la persona*”. Del mismo modo, el Convenio de Varsovia y el artículo 3 del Protocolo de Palermo, las incluye entre los medios al referirse a la oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. De esta forma, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima de la misma manera que la recepción establece esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella⁶³⁸.

Con la reforma vigente y dado que el legislador español ya recoge entre las conductas típicas “*el intercambio o transferencia de*

⁶³⁷ Vid., LLORIA GARCIA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 337. Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 379. También en Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata...”, *cit.*, p. 843.

⁶³⁸ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, 2016, p.1251.

control sobre las personas”, el término puede concebirse de acuerdo con el traslado físico que efectúan los portadores sin llegar a tener el rol de organizadores del tránsito⁶³⁹.

Estas conductas de *transferencia o intercambio de control sobre esas personas* hacen referencia a mover al tratado de un lugar a otro, independientemente de que se produzca o no un cambio de país. Se incluyen todos los supuestos de venta entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra pero, exigiendo en ambos casos, que se produzca mediante la violencia, intimidación, engaño o abuso de posición activa/pasiva. En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE distingue el transporte como simple desplazamiento territorial, aun dentro del país, del traslado entendiendo este como el desplazamiento del poder sobre la víctima⁶⁴⁰.

4.1.4.- El acogimiento

Debe ser identificado con el *recibimiento*, es decir, encargarse de la persona tratada. Su inclusión deriva de la Disposición Marco que alude a la acogida y posterior recepción, incluyendo los actos de aquél que toma un primer contacto con la

⁶³⁹ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1251.

⁶⁴⁰ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata...”, *cit.*, pp. 843-844.

víctima después de su captación o de su traslado y la presenta a otro para que se haga cargo de la misma⁶⁴¹.

4.1.5.- El alojamiento

Con la nueva reforma desaparece, incluyéndose este acto de colaboración entre los de acogida o recepción. La supresión del verbo alojar deriva de dos motivos:

- Por un lado, porque no figura en los dos tratados europeos más relevantes en cuanto a la trata de seres humanos: Ni en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la DM 2002/629/JAI del Consejo, ni en el Convenio de Varsovia de 2005.

- Por otro lado, porque la jurisprudencia considera el término alojamiento irrelevante, considerando que dicha acción puede englobarse perfectamente como *“expresión de las conductas típicas de acogimiento o recepción que determinan por sí solas la consumación del delito”*⁶⁴².

⁶⁴¹ Vid., LLORIA GARCIA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 337. Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 379.

⁶⁴² En este sentido la STS nº 861/2015 de TS, Sala 2ª, de 20 de diciembre de 2015, Recurso de casación núm. 10403/2015, Pte. Ilmo. Antonio del Moral García (RTS 861/2015), FJ 6º.

4.1.6.- El intercambio o transferencia de control sobre esas personas

Se incluye en el actual artículo 177 bis CP como conducta típica **el intercambio o transferencia de control sobre esas persona**. Esta introducción es consecuencia de la aplicación en el artículo 3 del Protocolo de Palermo y artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE, donde se alude a los supuestos de compraventa, permuta o alquiler entre sujetos que no han tenido que ver con la captación, recepción o transporte, como acción a castigar⁶⁴³.

El texto original no contemplaba esta previsión y provocaba problemas a la hora de castigar las situaciones de compraventa o traspaso. Por ello con su introducción permite el castigo de situaciones que estaban en el espíritu de la norma pero que generaban inseguridad jurídica y problemas de legalidad⁶⁴⁴.

Respecto de la coletilla final de la aludida conducta, “sobre esas personas”, VILLACAMPA ESTIARTE muestra desacuerdo respecto a redactar esa frase en plural considerando que *dado que el precepto recoge el término de víctima en singular, al afectar de forma directa a bienes jurídicos de forma individual, para mantener un equilibrio debe recoger el término “sobre ella” en singular*⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Vid., LLORIA GARCIA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 337. Vid. LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 380.

⁶⁴⁴ Vid., CANO PAÑOS M.A., “Los delitos de violencia...”, *cit.*, p. 424.

⁶⁴⁵ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de...*, *cit.*, p. 410.

4.2.- Los medios comisivos

Este delito es considerado un delito de medios determinados, pues en él se acotan expresamente las modalidades comisivas, de forma que todas las acciones se deben realizar mediante alguno o algunos de estos medios: la violencia, la intimidación o el engaño, o el abuso de situación bien de dominio por parte del sujeto activo o de vulnerabilidad por parte de la víctima⁶⁴⁶, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.

Es decir, debe de tratarse de medios idóneos para conseguir el objetivo final: Se trata de neutralizar la voluntad de las víctimas, dirigir las a cualquiera de las explotaciones que se determinan en el tipo y completar alguna de las acciones descritas dentro de las conductas típicas (captación, traslado, etc.), de forma que las violencias gratuitas o el engaño para reforzar un consentimiento previo no se incluyan en el delito⁶⁴⁷.

Sin embargo, se plantea el problema en algunos supuestos en cuanto a la determinación de las diferentes imputaciones de los sujetos que participan en el hecho de acuerdo con las circunstancias del caso, ya que en ocasiones dentro de una misma cadena delictiva se plantean actuaciones que entran directamente dentro del tipo y otras en las que no se formula completamente al no darse alguno de

⁶⁴⁶ Vid., LLORIA GARCÍA, P.: "Trata de seres...", *cit.*, 2012, p. 300.

⁶⁴⁷ Vid., LLORIA GARCÍA, P.: "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p. 338.

los medios comisivos o porque no concurre el elemento subjetivo, es decir, porque se desconoce la finalidad perseguida⁶⁴⁸.

En este sentido, SANTANA VEGA, establece que, desde el punto de vista de las modalidades de su ejecución, *“el delito de trata de seres humanos puede ser o un delito resultativo en el supuesto de que sea cometido contra menores de edad, puesto que tal y como establece el artículo 177 bis.2, el delito se comete con la realización de las acciones típicas reseñadas, con independencia de las formas o medios que se utilicen que, en su caso, agravarán la pena; o un delito de medios determinados, cuando se ejecute contra personas mayores de edad, ya que en este caso las acciones típicas habrán de realizarse a través de las vías siguientes tales como la violencia, la intimidación, el engaño y los abusos”*⁶⁴⁹.

Los medios exigidos son característicos de los delitos violentos. Se incluye la violencia, la intimidación, el abuso, el engaño y la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima con el fin de explotarla.

⁶⁴⁸ Vid., LLORIA GARCÍA, P.: “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 339.

⁶⁴⁹ SANTANA VEGA, D.M., “El nuevo delito de Trata de Seres Humanos (LO 5/2010, 22-6)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 104, II, Época II, octubre 2011, pp. 79-108.

4.2.1.- La violencia

La violencia interpretada como el uso intencional de la fuerza física externa que se aplica sobre la víctima⁶⁵⁰. Es entendida como el acometimiento material sobre la persona que va a ser objeto de trata (coacción). La violencia es la equivalencia a “la fuerza física directa ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad de anular o limitar seriamente la libertad de decisión”. De igual forma se puede producir esta violencia con conductas subsumibles en los delitos de coacciones del artículo 172 CP, aunque en este caso no se exige, ni lesión corporal ni situación complementaria de privación de libertad como la detención ilegal⁶⁵¹. Es la llamada violencia *vis física compulsiva*⁶⁵².

⁶⁵⁰ Desde el punto de vista penal se define como la fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros, *Violencia*, disponible en <http://dej.rae.es/=/entry-id/E246350>, fecha última consulta el 7 de abril de 2019.

⁶⁵¹ En este sentido la STS 1367/2004, Sala 2ª, de 29 de noviembre de 2004, Recurso de Casación núm. 1693/2003, Pte. Ilmo Juan Ramón Berdugo de la Torre, FJ 12ª, ECLI:ES:TS:2004:7739, estableció que en los delitos relativos a la prostitución en el CP de 1995 el bien jurídico protegido es la voluntad sexual entendida en sentido amplio. Se castigaba aquellas conductas en las que la actuación de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no era libre, incluyendo casos en que esta no tenía capacidad de decidir libremente o se encontraba incapacitado para ello. En el FJ 13º el Tribunal entendió que los hechos probados de la sentencia integraban el tipo básico del artículo 188.1, ya que la víctima de 19 años, de origen colombiano, en precaria situación económica, que es trasladada a España creyendo a que va a trabajar como camarera de un club de copas, acabó finalmente ejerciendo la prostitución. A la misma se le recriminaba cada vez que se negaba a mantener relaciones sexuales con algunos clientes, siendo amenazada de provocar algún mal a su familia y viéndose obligada a seguir ejerciendo la prostitución para poder saldar la

4.2.2.- La intimidación

La intimidación se caracteriza porque el sujeto pasivo recibe amenazas en el sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, dirigidas a la víctima o a un tercero⁶⁵³. Es

deuda con la organización o el proxeneta y conseguir salir de esa situación. Esta sentencia se encuentra referenciada en la Circular 5/2001..., *cit.*, p. 1563.

En relación con el delito de coacciones, la STS 15/2008, Sala 2ª, de los Penal de 16 de Enero de 2008, Recurso de casación 768/2007, Pte. Ilmo Manuel Marchena Gómez, FJ 1º. El tribunal afirmaba que “si la jurisprudencia ha *considerado* “*vis compulsiva*” ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito, resultando subsumible bajo el tipo de coacciones, es evidente que la “*vis compulsiva*” también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución”. Los magistrados manifestaban que al igual que el delito de coacciones, el delito del artículo 188.1 CP era otro delito contra la libertad que no requería mayores exigencias que el de coacciones. *Ibidem*.

⁶⁵² De acuerdo con su definición se entiende como la aplicación de la fuerza física sobre una persona a la vez que se amenaza con seguir utilizándola con el fin de doblegar su voluntad. *Vis física compulsiva*, disponible en <https://dej.rae.es/lema/vis-fisica-compulsiva>, fecha última consulta en 7 de abril de 2019.

⁶⁵³ En este sentido la aludida STS 1367/2004, Sala 2ª, de 29 de noviembre de 2004 en la que los acusados habían sido absueltos por la Audiencia por el delito de detención ilegal, pero condenados como autores de un delito de inducción a la prostitución del art. 188.1 CP. La Sala desestimó el recurso de casación interpuesto por las defensas de dos de los tres condenados, recordando que la conducta típica de dicho precepto, tras la reforma de la LO 11/99, ofrecía dos alternativas, que se reducían a determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, caso de no haberla ejercido anteriormente siendo la primera vez, o de haberla ejercido con anterioridad pero habiendo abandonado esta práctica sexual o bien determinarla igualmente para hacer que se mantuviera en ella, cuando está inmersa en esta actividad. Motivo por el cual tras la reforma de 1999 en la que se sustituyó “se determine coactivamente...” por una frase más clara cuando dicha actividad “se determine empleando violencia, intimidación o engaño”, entendía la Sala que los hechos probados integraban el tipo básico del art. 188.1 CP no solo en el empleo de

una modalidad de comisión propia de algunos delitos, como las amenazas, las agresiones sexuales, coacciones y el robo, entre otras, entendida como *vis compulsiva*⁶⁵⁴. Supone utilizar una presión psicológica mediante la amenaza de un mal inminente y grave que genera un sentimiento de inseguridad en aquél que la padece, pudiendo recaer sobre sí mismo o sobre un tercero, englobando en estos casos un sentimiento que se logra doblegando la voluntad de la víctima, bien con amenazas bien con coacciones⁶⁵⁵. No son concurrentes necesariamente.

Este supuesto mantiene relación con la violencia, en la medida en que se entiende que la intimidación supone actos de violencia psicológica que el autor ejerce sobre la víctima⁶⁵⁶.

En este sentido, se constata que los Tribunales españoles han calificado al vudú como un medio coercitivo para producir un delito de inducción a una persona a la prostitución. En este sentido *“el vudú es una nueva forma de dominación que la nueva realidad multicultural de España ofrece y a las que el sistema judicial debe atender y valorar”*⁶⁵⁷.

la violencia, intimidación o engaño, sino también por el abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima anteriormente descritas.

⁶⁵⁴ En sentido gramatical *vis compulsiva* es igual a intimidación.

⁶⁵⁵ *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 338. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 380.

⁶⁵⁶ *Vid.*, GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de...”, *cit.*, p.5.

⁶⁵⁷ Ese medio coercitivo se refleja en la ST 67/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 23ª de 3 de febrero, núm. de Recurso 532/2016, Ponente D. Justo Rodríguez Castro, FD 10º (ECLI:ES:APM:2017:1232) y ST 82/2011 de la AP Las Palmas, Sección 6ª de 28 de julio de 2011, Ponente Laura Mirant Martín, FD 4º (ECLI:ES:APGC:2011:1897). En igual sentido la aludida STS STS 396/2019 de 24 de

4.2.3.- Los abusos

Las diferentes modalidades de abusos, entre ellas, de *situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima*, determina aquellas relaciones de aprovechamiento del sujeto activo derivadas de una situación de superioridad respecto a la víctima/s, bien en un estado de necesidad en el que se encuentra o bien su específica vulnerabilidad en atención a su edad, enfermedad o cualquier otra condición similar. Estas situaciones de superioridad o vulnerabilidad engloban no sólo las que tengan su fundamento en el pleno sometimiento de la víctima al padre, marido, patriarca o líder de una comunidad que perviven en algunas culturas hoy en día, sino en aquellas situaciones en que la víctima se encuentra previamente tratada o esclavizada⁶⁵⁸.

El *abuso de una situación de vulnerabilidad* es un concepto normativo novedoso como elemento integrador de un tipo penal. Cuando se alude en el precepto a ese abuso, se debe entender como aquella situación en la que esta no tenga otra alternativa real y aceptable, excepto la de someterse al abuso⁶⁵⁹. Esta definición suele asimilarse a los parámetros establecidos en las Reglas de Basilea, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de

julio, Sala de lo Penal, Recurso de Casación 10619/2018, Pte. D. Julián Sánchez Melgar, FD 4, apartado 5 (ECLI:ES:TS:2019:2572).

⁶⁵⁸ En este sentido la *Circular 5/2011: Sobre...*, *cit.*

⁶⁵⁹ *Vid.*, CORCOY BIDASOLO M./MIR PUIG, S.: “De la trata de...”, *cit.*, p. 423. También en TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.) y VVAA, *Trata de seres humanos*, vol. II, ed. lustel, Madrid, 2016, p. 180.

vulnerabilidad. En ellas se establece que: *"(...)Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico"*⁶⁶⁰.

Puede presentarse tanto en el momento de la captación o del transporte, como en el momento de la recepción o acogimiento⁶⁶¹.

Por tanto, no basta con que la víctima o el autor se hallen en una de estas situaciones, se exige que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata⁶⁶². En este sentido el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE afirmaba que la persona en cuestión debe encontrarse

⁶⁶⁰ Estas Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvieron lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, disponible en <https://www.wacnur.org/fileadmin/Dcoumentos/BDL/2009/7037.pdf>, fecha última consulta el 7 de abril de 2019. Igualmente en *Vid.*, GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de...", *cit.*, p. 6.

⁶⁶¹ *Vid.*, GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de...", *cit.*, p. 7.

⁶⁶² *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "De la trata de...", *cit.*, 2016, p. 1252.

en una situación en la que no tiene otra alternativa, real o aceptable, de someterse al abuso.

Por otro lado, respecto del *abuso de la situación de superioridad*, se mantiene ese medio comisivo junto a la *vulnerabilidad de la víctima*, exigiendo que sea únicamente la situación personal (y no cualquier otro como la pobreza, la guerra, etc., como se mantenía en la anterior regulación), la que determine la especial vulnerabilidad de la víctima⁶⁶³. Los casos de abuso de situación por razones económicas quedan anclados en el tipo básico. Sin embargo, ese aprovechamiento de la situación de necesidad por razones económicas sólo integrará el delito de trata en los supuestos en que la persona no tenga más alternativa que someterse al abuso⁶⁶⁴.

A juicio de CANO PAÑOS, *esto ha derivado en escoger una fórmula con un tratamiento inadecuado para supuestos de muy diversa índole y naturaleza. Añade que esa extensión de los conceptos de “situación de necesidad” o “vulnerabilidad” entorpece la tarea de jueces y magistrados a la hora de delimitar si se está ante un delito de trata en un contexto de prostitución o si, por el contrario, la voluntad de la víctima no ha sido menoscabada de forma jurídico-penalmente relevante. En este sentido entiende que la situación de necesidad o vulnerabilidad no sólo debe quedar limitada a una cuestión de falta de ingresos o de la condición migratoria*

⁶⁶³ En este sentido TERRADILLOS BASOCO establece que ese abuso de superioridad requiere una desigualdad relevante de fuerzas entre víctima y victimario o una víctima en situación de necesidad objetiva o especialmente vulnerable. *Vid.*, TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 180.

⁶⁶⁴ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de...”, *cit.*, p. 406.

*irregular puesto que una respuesta proporcionada es que esa falta de ingresos o la condición migratoria irregular es producto de la concurrencia de diferentes factores sociales, culturales, políticos y económicos negativos*⁶⁶⁵.

Sobre la base de ello, la vulnerabilidad se expresa como un proceso complejo y cambiante, dependiente de las capacidades de respuesta de una persona en un determinado contexto⁶⁶⁶. ULPIANO MARTÍNEZ defiende que esta vulnerabilidad habrá que buscarla en el marco concreto de cada caso en la que los operadores jurídicos deberán decidir con enorme prudencia, optando, en caso de duda, sobre una interpretación más restrictiva de poder punitivo⁶⁶⁷.

4.2.4.- El engaño

En este medio comisivo se emplea artificios o argucias mediante los cuales se induce a error sobre el hecho de la trata al sujeto que ha de desplazarse, debiendo ser adecuado y suficiente para conseguir esa finalidad, teniendo en cuenta que en condiciones

⁶⁶⁵ Vid., CANO PAÑOS. M.A., "Los delitos de...", *cit.*, pp. 427-428.

⁶⁶⁶ IGLESIAS SKULJ, A., "De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dir.) y GÓRRIZ ROYO, E. / MATALLÍN EVANGELIO, A. (coord.) *Comentarios a la reforma del código penal de 2015, 2ª edición (actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de julio de 2015))*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 573.

⁶⁶⁷ ULPIANO MARÍNEZ, S., "Delito de trata de personas. Algunas cuestiones relevantes. La finalidad de explotación sexual", en *Revista Dº Penal y Criminología*, año II, Nº 3, Abril, 2012, p. 53.

normales no se conseguiría⁶⁶⁸. El medio comisivo más utilizado es la proposición ficticia de ofertas de trabajo o la contratación simulada; pero también la seducción amorosa e incluso técnica de sugestión, como el vudú⁶⁶⁹.

Este se presenta en la etapa de captación o reclutamiento de las víctimas en los lugares de origen.

Para valorar la idoneidad del engaño como medio capaz de determinar el desplazamiento de la víctima, deberán valorarse tanto los criterios objetivos, analizando *ex ante* los medios utilizados para generar el mismo y los criterios subjetivos, es decir, las circunstancias personales de la víctima en cada caso concreto⁶⁷⁰.

4.2.5.- La entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima con el fin de explotarla.

Este medio comisivo demuestra la estrecha vinculación del delito de trata de seres humanos con el concepto tradicional de trata

⁶⁶⁸ En este sentido, LLORIA GARCÍA alude a que su interpretación es semejante a la que se emplea en la estafa. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P, "El delito de...", *cit.*, p. 381.

⁶⁶⁹ La aludida STS 396/2019 de 24 de julio, Sala de lo Penal, Recurso de Casación 10619/2018, Pte. D. Julián Sánchez Melgar (ECLI:ES:TS:2019:2572), recoge perfectamente los artificios que emplean los tratantes sobre sus víctimas con ofertas de trabajo ficticias y con las técnicas del vudú a las que someten a las víctimas.

⁶⁷⁰ *Vid.*, GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de...", *cit.*, p. 6.

de esclavos. Se introduce como novedad en el actual texto punitivo por mandato de la Directiva 2011/36/UE. Con ello se supera la laguna de punibilidad existente en los casos de venta, permuta o alquiler de las víctimas⁶⁷¹.

Sin embargo, el término *beneficios*, deviene en ocasiones difícil de identificar a efectos de posible valoración de la conducta delictiva. Como ejemplo encontramos el caso de una organización criminal creada para traficar con personas cuando esos beneficios pueden ser futuros o difíciles de identificar⁶⁷².

Los medios comisivos, además, nos permiten vislumbrar los tres tipos de trata a los que hace referencia el Protocolo de Palermo⁶⁷³:

a).-- Por un lado, está **la trata forzada**, cuando se exige el empleo de violencia o intimidación en los términos expuestos. En este término se incluyen los casos en los que el consentimiento se obtiene doblegando la voluntad de la víctima con amenazas y aquellos producidos con coacciones.

b).- Por otro lado, se identifica la llamada **trata fraudulenta**. Como su nombre indica, se ejecuta por el tratante utilizando el engaño, empleando artificios mediante los cuales induce a error sobre el hecho de la trata al sujeto que tiene que desplazarse, de forma que consigue el consentimiento para viajar que de otro modo, o en circunstancias normales, no hubiere conseguido, debiendo ser

⁶⁷¹ Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Trata de seres...", *cit.*, p. 180.

⁶⁷² Vid., CANO PAÑOS M.A.: "Los delitos de violencia doméstica...", *cit.*, p. 425

⁶⁷³ Vid., VILLACAMPA, ESTIARTE, C.: "De la trata de...", *cit.*, 2011, pp. 288-289.

un engaño adecuado y suficiente para conseguir el propósito. De esa forma neutraliza a la víctima para alcanzar el fin y ejecutar alguna de las acciones anteriormente descritas (traslado, acogimiento, etc.). De ahí que las violencias gratuitas o el engaño para reforzar un consentimiento previo no se consideran parte del delito⁶⁷⁴. El ejemplo más frecuente de este engaño fraudulento son las ofertas de trabajo falsas o el sistema del *loverboy*. Esta práctica, es una nueva forma de engañar y explotar a las chicas, este actúa como si estuviera interesado en mantener una relación sentimental con la víctima, al cabo de un tiempo prolongado propone a su novia viajar o mudarse a otro país. Una vez allí la obliga a prostituirse o la vende a un tercero para que ejerza como proxeneta.

c).- En última instancia encontramos **la trata abusiva**, caracterizada por el empleo de un abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Para condenar este tipo de trata, como anteriormente se ha expuesto, no basta con que la propia víctima o el autor se hallen ante una de estas situaciones, sino que es necesario que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata. Por lo tanto, esa situación de vulnerabilidad o de necesidad sólo puede apreciarse cuando la persona carece de otra alternativa y ha de someterse a ese abuso.

Sin embargo, como posteriormente se aborda, en el consentimiento, cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad no se exigen la concurrencia de estos medios para que la conducta sea constitutiva del delito de trata.

⁶⁷⁴ Vid., LLORIA GARCÍA, P.: en "Trata de...", *cit.*, 2016, p. 338.

4.3.- La finalidad de la explotación

La finalidad de la explotación es el tercer elemento de la trata, pero a diferencia de los dos anteriores, es de carácter subjetivo.

Se requiere que el sujeto activo del delito actúe con la intención de explotar a la persona en algunas de las formas que se enumeran en el tipo, no siendo necesaria la consumación de la referida explotación para que se pueda considerar cumplido el requisito⁶⁷⁵.

De acuerdo con el apartado a) del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas, “La 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*”.

Estas clases de explotación vienen descritas en el tipo con un sistema de *numerus clausus*. En la versión de 2010 sólo se establecían tres finalidades, la explotación laboral, la sexual y la extracción de órganos corporales, ampliándose en 2015 con la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados.

⁶⁷⁵ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1253.

4.3.1.- Tipos de explotación

a).- La finalidad para la explotación laboral

La explotación laboral se asimila a la imposición de trabajo o trabajos forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre, o a la mendicidad.

Con esta práctica se imponen a las víctimas condiciones sumamente degradantes que cosifican al ser humano, bien porque se le posee como un semoviente, bien porque se le niegan todos los derechos o los más esenciales en la prestación de un trabajo por ser una persona libre.

En cuanto a los trabajos o servicio forzados⁶⁷⁶ y partiendo de la base de lo establecido tanto en el Convenio sobre Trabajo Forzoso u Obligatorio de la OIT (núm. 29) así como en el Convenio relativo a la abolición del Trabajo Forzoso (núm. 105), estas conductas son aquellas que se realizan bajo amenaza, incluyendo en esta práctica la advertencia de una sanción penal, la privación de

⁶⁷⁶ Al respecto cabe hacer mención a la eliminación que el legislador pretendía efectuar en referencia al trabajo forzoso así como para la explotación laboral. El texto que había sido objeto de enmienda transaccional en el Senado, finalmente ha sido aprobado sobre la base de las enmiendas núm. 367 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progress de Catalunya, núm. 34 del Grupo Parlamentario Mixto y 609 del Grupo Parlamentario socialista, por lo que el art. 177 bis. 1ª) vuelve a ser el mismo que antes de iniciarse la reforma del CP de 2013.

derechos, el uso de violencia o el anuncio de muerte de la víctima o de sus familiares. Se ejecutan sin consentimiento de la víctima.

Respecto de la esclavitud o prácticas similares a esta, para definir las podemos acudir a diferentes normas. La Convención sobre la Esclavitud de 1926 la definía en su artículo 1.1 como “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos de derecho de propiedad o alguno de ellos*”⁶⁷⁷. En la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 ya establecieron un elenco de prácticas similares a la esclavitud. Según el artículo 1.1 estas eran las siguientes:

- La *servidumbre por deudas*: Son aquellos casos en los que la víctima al llegar al lugar de destino, debe pagar por el viaje y por su manutención cantidades desorbitadas.

- La *servidumbre de la gleba*: Consiste en la obligación que recae sobre una persona de vivir y desempeñar un trabajo sobre una determinada tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin que tenga libertad de modificar dicha condición. Este tipo de práctica puede traer causa de la ley, la costumbre o un pacto.

⁶⁷⁷ GARCÍA ARÁN, M., “Nueva esclavitud y tráfico de seres humanos”, en GARCÍA ARÁN (Coord.) y VVAA, *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 5-7.

- *La práctica en la que una mujer es prometida o dada en matrimonio a cambio de una prestación económica o en especie a sus padres, a su tutor, a su familia o cualquier persona o grupo de personas.* Ejemplo de este tipo de práctica es la trata con fines de explotación sexual en la que la finalidad es convertirla en esclava sexual, o cuando el marido de una mujer, la familia o el clan del marido la ceden a un tercero a título oneroso o de cualquier otra manera, o incluso, cuando la mujer, a la muerte de su marido, es transmitida por herencia a otra persona o cuando se producen los matrimonios forzados.

- *Toda institución o práctica donde los padres, tutores, o alguna otra persona, entrega a un niño o joven menor de dieciocho años mediante una contraprestación económica o sin ella, con la finalidad de que se explote la persona o el trabajo del niño o joven*⁶⁷⁸.

La *servidumbre*, como otra de las formas de la explotación laboral, se hallaba reconocida en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950⁶⁷⁹. La Comisión Europea de Derechos Humanos en el informe explicativo del Convenio de Varsovia la consideraba como *una forma de esclavitud en la que la víctima vive y trabaja en la propiedad de otra persona, realizando determinadas actividades por*

⁶⁷⁸ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De la trata...”, *cit.*, 2016, pp.1254- 1255.

⁶⁷⁹ El art. 4 de este Convenio establece textualmente que:

“1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio...”.

las que puede ser remunerado o no, sin capacidad alguna de alterar dichas condiciones.

Finalmente, la *mendicidad* también se considera un caso o una práctica de explotación laboral. Se entiende como el acto o acción de mendigar o pedir limosna. Según la Directiva 36/2011/CE la mendicidad constituye una forma de trabajo o servicio forzado según la definición del Convenio nº 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio de 1930, por lo que la explotación para la mendicidad, incluido el uso de la mendicidad de una persona dependiente víctima de trata, sólo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso (considerando 11 de la exposición preliminar de esa Directiva).

La mendicidad integra uno de los fines de la trata cualquiera que sea el sexo, edad o capacidad física o psíquica de la víctima.

Como se analiza en líneas posteriores se debe efectuar una distinción entre aquellos supuestos en los que se utiliza a menores e incapaces en el ejercicio efectivo de la mendicidad, una vez alcanzado el lugar de destino, de aquellos casos en los que se produce el tráfico de menores con fines de mendicidad, ya que ofrecen distinto tratamiento penológico en función de los concursos que provocan.

b).- La finalidad para la explotación sexual incluyendo la pornografía.

Los diferentes Estados pactaron incluir este tipo de explotación sin determinar a qué tipo de prostitución hacían referencia, dejando a estos la libertad para delimitar la clase de prostitución que debe incriminar.

En el caso español se comprende no solo la imposición de la prostitución (artículos 187 y 188 CP) sino también cualquier otra actividad asociada a ella como el alterne o los masajes eróticos así como cualquier práctica de naturaleza erótica-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o *strip trease* y la pornografía a la que se refiere el precepto. Esta última abarca cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que *con la finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil*⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ En este sentido la STS 373/2011 de la Sala de lo Penal de fecha 13 de Mayo, Recurso de Casación núm. 2319/2010, Pte Ilmo. D. Julián Artemio Sánchez Melgar, FD 2º establecía que “... la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil”. RTS 373/2011 Vid., SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de...”, *cit.*, p. 45.

A tenor de lo expuesto, se hace necesario establecer de forma breve las diferencias entre la trata con fines de explotación sexual, de la prostitución y de la explotación sexual.

Así pues, como se constata hasta la fecha, la trata con fines de explotación sexual requiere que se produzca la captación, el transporte, el traslado, el acogimiento o el recibimiento, incluido el intercambio o transferencia de control de la víctima /s, utilizando los medios tales como el fraude, el engaño, la violencia, el rapto o la coacción para que estas accedan, siendo el fin en este supuesto el de explotación sexual. Como he dicho antes, no se precisa que llegue a producirse la explotación.

La prostitución en sí misma no constituye delito, cuando se trata de libre comercio carnal con persona indeterminada. Cuando interviene un tercero, bien sea promoviéndola o aprovechándose de ella, la conducta tiene relevancia penal⁶⁸¹. Dicho de otro modo, es la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero. Lo que se castiga es la prostitución impuesta violentando la libertad de decisión de la persona prostituida o abusando de sus limitadas condiciones intelectivas o volitivas (menores e incapaces)⁶⁸².

Ambos conceptos mantienen vinculación no sólo porque los medios referidos para que, con carácter general tenga relevancia penal la prostitución de adultos del apartado 1 del artículo 187 CP actual corresponden exactamente a los empleados en el delito de

⁶⁸¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal: Actualizado por la LO 5/2010, de 22 de junio*, ed. La Ley, 2010, Madrid, p. 466

⁶⁸² *Circular 5/2011 sobre...*, cit., p. 1600.

trata de seres humanos, sino porque la prostitución forzada viene relacionada, ya en fase de explotación, a la trata para la explotación sexual⁶⁸³.

Lo determinante para el delito de trata es que se produzca una situación de explotación, es decir, que la mujer que se prostituye esté sometida a condiciones de esclavitud⁶⁸⁴.

En este sentido, FERNÁNDEZ OLALLA manifiesta que frecuentemente el delito de trata con fines de explotación sexual, por su configuración es preparatorio del delito de prostitución coactiva, ya que a través de la explotación se materializa aquella intención. Esto provoca, como se aborda más adelante en los concursos, que el delito de trata es instrumental respecto del delito de prostitución coactiva, cumpliendo con el requisito de la necesidad medial del artículo 77.1 CP en el que existe entre ambas una relación lógica, temporal y espacial que exige la jurisprudencia⁶⁸⁵.

⁶⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata de seres humanos", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORA LES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 293.

⁶⁸⁴ *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, pp. 358-364.

⁶⁸⁵ *Vid.*, FERNÁNDEZ OLLALA, P., "Una aproximación práctica...", *cit.*, p. 44.

c).- La extracción de los órganos corporales sobre la persona tratada no de sus tejidos.

Este tipo de explotación se aplica en atención al Convenio de Varsovia, el Protocolo de Palermo y la Directiva 2011/36/UE⁶⁸⁶.

Es típica la trata de seres humanos para extraerles sus órganos, pero no de sus tejidos.

La llamada *Declaración de Estambul de 2 de mayo de 2008* sobre tráfico de órganos hacía una distinción entre el tráfico de órganos en sentido estricto y el comercio de órganos y turismo para trasplantes, de manera que:

a).- El tráfico de órganos como la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o de sus órganos, mediante amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para el trasplante.

⁶⁸⁶ La finalidad de permitir la obtención de beneficios a expensas del cuerpo humano o alguna de las partes fue planteada en la Resolución 78 (29) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, confirmándose en la declaración de la tercera Conferencia de Ministros Europeos de Salud (Paris 1987), y se introdujo finalmente en el art. 21 de la Convención de DDHH y Biomedicina, cuestión reafirmada en el Protocolo a dicha Convención sobre Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano, que en su art. 22 prohíbe el tráfico de órganos y tejidos.

b).- El comercio de órganos definido como aquella práctica en la cual un órgano sería tratado como bien económico, que podía ser comprado, vendido o utilizado como mercancía.

c).- El viaje para trasplante entendido como aquel traslado de donantes de órganos, receptores o profesionales relacionados con trasplante que cruzan fronteras jurisdiccionales con el objetivo de realizar trasplantes. Dichos viajes se convertían en turismo para trasplantes si involucraban tráfico de órganos y la comercialización de los mismos o de otros recursos como profesionales o centros de trasplante dedicados a entregar trasplantes a pacientes del extranjero⁶⁸⁷.

En este sentido, es importante establecer la distinción entre el tráfico y el comercio de órganos, ya que se trata de dos fenómenos diferentes con intereses contrapuestos. Merece atención la diferenciación que efectúa PUENTE ABA⁶⁸⁸:

En ambas conductas se conculcan los principios de gratuidad y altruismo de donaciones de órganos pero desde diferentes perspectivas:

1º.- En el caso de tráfico de órganos siempre existe una víctima del tráfico o de la trata. Es una persona que ha sido forzada

⁶⁸⁷ MENDOZA CALDERÓN, S., "El delito de tráfico de órganos. Una primera derecho penal simbólico al artículo 156 bis del Código Penal: ¿Un futuro ejemplo o más del derecho penal simbólico?" en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 11, 2014, pp. 150-151.

⁶⁸⁸ PUENTE ABA, "La protección frente al tráfico de órganos su reflejo en el Código penal español", en *Revista Derecho y Proceso Penal*, Nº 26, 2011, pp. 135-152.

de alguna manera para ceder su órgano a otro. Se trata de una extracción no de una donación.

2º.- En el comercio de órganos estamos ante un acto voluntario, en el que la persona decide entregar un órgano propio a cambio de precio. Por tanto, la diferencia radica en la existencia de consentimiento.

El tráfico de órganos humanos se define en el actual texto punitivo como la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos.

El precepto se introdujo por primera vez en la reforma de 2010 y su aparición se justificaba como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos y a la llamada de foros internacionales para abordar su punición. Estas conductas se castigaban como delito de lesión grave.

Posteriormente en la reforma de 2015 se mantuvo el delito con ciertas modificaciones respecto del anterior.

La reciente reforma por la LO 1/2019, de 21 de febrero, ha modificado el delito de tráfico de órganos con el objetivo de adaptar nuestra legislación al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos celebrada en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ BOE núm. 45 de 21 de febrero de 2019, pp. 16698-16712.

En España la obtención y utilización clínica de los órganos humanos destinados al trasplante y sus requisitos de calidad se regulan en el RD 1723/2012, de 28 de diciembre aplicados a la donación, la asignación, el transporte y el trasplante de órganos y su seguimiento así como el intercambio de órganos humanos entre diferentes países, siempre que estos vayan destinados a fines terapéuticos. Para ello deben seguirse los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad.

En este sentido, se encuentra prohibida cualquier compensación que se obtenga de un trasplante, ya que esta práctica en nuestro país es gratuita⁶⁹⁰.

Con la nueva tipificación el legislador pretende dar un enfoque diferente a este tipo de actividades, castigando al que de cualquier modo promueva, favorezca, publicite o ejecute el tráfico de órganos humanos. El castigo lo determina en función de si el órgano pertenece a una persona viva o a una persona fallecida⁶⁹¹. Del mismo modo que su antecesor, el texto punitivo incrimina incluso la

⁶⁹⁰ No se exige vinculación entre donante y receptor, a diferencia por ejemplo de lo que sucede en Alemania, donde sólo se permite las donaciones intervivos si es pariente en primer y segundo grado, cónyuges, prometidos o personas ligadas por una vinculación reconocida personal especial con el donante. *Vid.*, MENDOZA CALDERÓN, S., "El delito de tráfico...", *cit.*, p. 156.

⁶⁹¹ Este apartado es una novedad respecto de la anterior regulación ya que no determinaba si dicha extracción se había efectuado sobre persona viva o sobre fallecida. En la anterior regulación de 2015, quedaban excluidas del tipo las actuaciones que tengan por objeto el trasplante de órganos provenientes de personas fallecidas.

figura del receptor que, conociendo el origen ilícito, consiente esta práctica⁶⁹².

El legislador, tras la última reforma, determina la ilicitud de tal actividad en tres supuestos: en el caso de que el donante vivo no haya prestado consentimiento libre, informado y expreso, en el supuesto de que no exista la debida autorización cuando se trate de donante fallecido y cuando a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se recibiera por el donante, o un tercero o cualquier persona interpuesta dávida o retribución de cualquier clase o incluso si acepta promesa. De igual forma define como tráfico de órganos la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos y el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

Se incluye como novedad en el actual precepto los tipos agravados:

- A tal efecto impone pena superior cuando se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima o cuando la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de edad, discapacidad, enfermedad o situación.

-En el caso de facultativo, funcionario público o particular que, en el ejercicio de su profesión realice las conductas que tipifica

⁶⁹² Vid., MENDOZA CALDERÓN, S., "El delito de tráfico...", *cit.*, p.

el precepto en cualquier centro público o privado o solicite o reciba retribución o acepte promesa de recibirla, serán castigados con pena superior en grado e inhabilitación especial para desempeñar sus funciones por el tiempo de la condena. Si además concurre alguna de las circunstancias que se especifican al principio de este párrafo serán castigados con penas en su mitad superior.

-Cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminal dedicado a tales actividades, se les impondrá pena superior en grado e inhabilitación especial para profesión, comercio, oficio o industria. Dicha pena aumenta en su mitad superior si concurren las circunstancias del apartado 4 y si se determinan las circunstancias del anterior párrafo. Cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos se elevará la pena a su mitad superior, pudiendo 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 del apartado 4 o del 5.

El legislador, al igual que establece en el delito contra la trata de seres humanos, castiga en el actual y como novedad, la conspiración, provocación y proposición para cometer estos delitos aplicando al efecto una pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda los hechos de los apartados anteriores así como la reincidencia internacional salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo de acuerdo al Derecho español.

Es un delito doloso. Se requiere el conocimiento y voluntad de traficar con órganos ajenos, exigiéndose que el responsable actúe con conocimiento de que el destino de los órganos de

extracción, tráfico o trasplante que favorece es el trasplante de un tercero. No se castiga la imprudencia.

Así pues, analizado el delito de tráfico de órganos la principal diferencia con el delito de trata con fines de extracción de órganos corporales la encontramos en la explotación que supone para los donantes en la trata de personas con fines de extracción de órganos, cuyo consentimiento a la donación no resulta válido ya que se obtiene mediante el uso de la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad. En cambio, el artículo 156 CP bis no requiere la explotación del donante. Es decir, mediante la prohibición de la trata de personas con fines de extracción de órganos se pretende la protección de la dignidad del donante, considerado víctima del delito. En cambio, en el delito de tráfico de órganos humanos se pretende proteger la salud pública. De esta forma, mientras que el delito de trata se limita a aquellos supuestos en los que el donante es una persona viva, susceptible de ser explotada, en el delito de tráfico de órganos humanos se amplía la figura del donante a los fallecidos y también se sancionan las conductas posteriores a la extracción del órgano. Ello no impide, como se analiza posteriormente, que en muchas ocasiones puedan concurrir el delito de tráfico de órganos humanos y el de trata de personas con fines de extracción de órganos, ya que la trata de personas con esos fines puede poner en peligro la salud de un número indeterminado de potenciales receptores⁶⁹³.

⁶⁹³ MOYA GUILLEM, C., "Consideraciones sobre el tráfico de órganos humanos" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 18, 2014, pp. 61-63.

d).-La explotación para realizar actividades delictivas

Es una de las novedades introducidas en la reforma del actual texto punitivo recogida por mandato de la Directiva 2011/36/UE tras su inclusión expresa en el concepto de trata, incluidas en el término “*explotación para realizar actividades delictivas*”⁶⁹⁴. Según argumenta en su exposición preliminar, *debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismos, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas como penas e implican una ganancia económica*. Su inclusión se fundamenta en la necesidad de evitar cualquier tipo de duda sobre la extensión del concepto más limitado de trabajos o servicios forzados⁶⁹⁵.

Se sanciona por tanto, la explotación de la persona para que cometa un delito o varios que reportan unos beneficios económicos.

De facto, esta realidad ya se encontraba regulada por la OIT en su Convención núm. 182 sobre la prohibición de las malas formas de trabajo infantil, donde establecía concretamente en su artículo 3, que una de ellas era “*la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la utilización de actividades ilícitas, en particular*

⁶⁹⁴ Este tipo de explotación se encuentra recogida en el art. 2.2 de la mencionada Directiva.

⁶⁹⁵ *Vid.*, SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de...”, *cit.*, p. 46.

*la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes*⁶⁹⁶.

Son actividades delictivas cada vez más extendidas en la sociedad, en las que utilizan incluso a menores de edad para su ejecución.

Esta distinción específica como finalidad de la explotación que hace el legislador en el delito de trata de seres humanos, ha sido acogida positivamente por algunos autores, entre ellos VILLACAMPA ESTIARTE, zanjando con su inclusión la polémica surgida de englobarla dentro del amplio concepto de trabajos forzados, dado que anteriormente a la Directiva 2011/36/UE, no se hallaba, a nivel internacional, específicamente reflejada en ninguno de los instrumentos normativos que vinculaban al Estado español⁶⁹⁷.

Sin embargo, este tipo de explotación se debe poner en relación con la cláusula de exención de responsabilidad criminal para las víctimas de la trata por los delitos cometidos, porque como explico en líneas posteriores, la cláusula de levantamiento de pena específica puede plantear problemas a la hora de aplicarse por la jurisprudencia, no sólo porque la situación de explotación debe analizarse de forma limitada, sino porque se exige en esta cláusula

⁶⁹⁶ Instrumento de ratificación del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999, publicado en el BOE núm. 118, de 17 de marzo de 2001, pp. 17451-17453. *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte...*, *cit.*, 2010, p. 134.

⁶⁹⁷ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "De la trata...", *cit.*, 2016, p. 1257.

proporcionalidad, entre la situación de explotación y el hecho criminal, que se haya producido.

e).- La celebración de matrimonios forzados

Este tipo de finalidad cuya inclusión venía siendo demandada por la doctrina, fue objeto de una enmienda transaccional durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2013. El motivo deriva de que en la anterior reforma de 2010 se entendía dicha explotación o bien dentro de la forma de explotación sexual o dentro del amplio concepto de servicio forzado. Sin embargo, su inclusión era necesaria como consecuencia de la introducción del nuevo delito de matrimonio forzado del artículo 172 CP en el actual texto punitivo, ya que al sancionarse este nuevo delito con penas sumamente inferiores a las del delito de trata, provocaría que los tratantes de víctimas destinadas a la celebración de estos matrimonios forzados, se beneficiasen de este privilegio punitivo⁶⁹⁸.

Lo primero que debemos aclarar es el alcance de la expresión “matrimonio forzado”. En este sentido, la resolución 1468 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre matrimonios forzados y matrimonios de niños adoptada en 2005 definió el matrimonio forzado como *“la unión de dos personas en la que al menos una de ellas no ha dado su libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio”*. De igual forma, posteriormente el artículo 1.1 de la Convención de la ONU sobre el Consentimiento para el

⁶⁹⁸ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1256.

Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de Matrimonios de 10 de diciembre de 1962 así como el art. 6.a) del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establecieron que el matrimonio sólo podía celebrarse con el “libre y pleno consentimiento” de los futuros contrayentes⁶⁹⁹.

Los matrimonios forzados son considerados una violación de los derechos humanos⁷⁰⁰. La calificación de matrimonio forzado remite a la convicción de falta de consentimiento de por lo menos uno de los cónyuges y a la imposición abusiva de la unión. La trascendencia que se le reconozca al término forzado y la inclusión en el mismo de formas de presión o abuso psicológico o social, al margen de la violencia estrictamente física, determinaran en qué extensión un matrimonio pueda aceptarse como forzado⁷⁰¹. Cabría plantearse en este punto si los matrimonios concertados podrían incluirse dentro de este tipo de matrimonio forzado, ya que si bien es cierto que en estos, *a priori*, las dos partes consienten a sus padres o a una tercera persona la elección del esposo o de la esposa, su

⁶⁹⁹ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos era también conocida como Carta de Banjul. Fue un instrumento internacional aprobado el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenya. Entró en vigor el 21 de octubre de 1986. El objetivo de este instrumento era promover y proteger los derechos humanos y libertades básicas en el continente africano. *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>, fecha última consulta el 14 de abril de 2019.

⁷⁰⁰ TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación” en *Estudios Penales y Criminológicos* N° 35, 2015, p. 836.

⁷⁰¹ *Vid.*, TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado: aproximación...”, *cit.*, p. 834.

consentimiento puede emitirse por coacción, obediencia, etc., y por tanto no será libre, pudiendo determinarse como un consentimiento inválido.

Las víctimas del matrimonio forzado pueden ser niñas⁷⁰², niños, mujeres u hombres. Este puede afectar a personas de diferentes razas, grupos étnicos, religiones, géneros, edades u origen nacional. Cualquier persona independientemente de su *status* puede ser víctima. Este tipo de matrimonio puede celebrarse en diferentes situaciones tales como esclavitud, matrimonios de conveniencia, matrimonios arreglados, trata de personas, matrimonios tradicionales, *trokosi*⁷⁰³, e incluso matrimonio celebrado con

⁷⁰² El matrimonio infantil viola los derechos humanos. Se trata de una forma de abuso sexual y explotación de las niñas. Esta práctica en ocasiones se produce por falta de necesidades económicas de los progenitores del menor. En este sentido la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) estipulaba en su art. 16 que el compromiso matrimonial y el casamiento de un niño o niña no tendrían efectos jurídicos, debiéndose tomar las medidas necesarias, incluidas las legislativas, para especificar una edad mínima de matrimonio. La edad recomendada por el comité sobre la eliminación de discriminación contra la mujer es de 18 años. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la mujer*, disponible en www.un.org/womenwatch/cedaw/text/convention.htm, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

⁷⁰³ Estas mujeres también son llamadas “esposas de dioses”. Es una práctica de entrega de mujeres vírgenes a sacerdotes para convertirlas en esclavas sexuales como pago por servicios o forma de explotación. Mantienen como esclavas a niñas por los pecados de sus familiares, las cuales son recluidas en santuarios. Se trata de una tradición ilegal que ha sobrevivido 300 años en algunos países africanos. *Las esposas de los dioses: la práctica trokosi por la que mantienen como esclavas a niñas por los <<pecados>> de sus familiares*, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44129813>, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

personas con discapacidad en el que la víctima carece o puede carecer de capacidad para otorgar su libre y pleno consentimiento o para mantener relaciones sexuales en el seno del matrimonio.

Algunas situaciones pueden constituir matrimonio forzado por la coacción sufrida sobre la víctima. Esta coacción puede ejercerse de diferentes formas: pueden ser de carácter físico, psicológico, sexual o emocional o en la que intervengan otros factores como el miedo, la intimidación, la presión económica o las expectativas sociales y familiares.

Según ACNUR, la mayoría de los contrayentes en los matrimonios forzados son mujeres y niñas⁷⁰⁴, en muchas de las situaciones raptadas y forzadas a casarse con el secuestrador, destacando que *“en algunos países en vías de desarrollo, más del 70 % de las niñas contraen matrimonio antes de cumplir los 18 años, muchas de ellas forzadas”*⁷⁰⁵.

Naciones Unidas contempla este tipo de explotación como una forma de abuso de los Derechos Humanos, ya que vulnera los principios de libertad y autonomía de la persona⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Vid., TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado: aproximación...”, *cit.*, p. 843.

⁷⁰⁵ *Matrimonio forzoso*, disponible en <http://www.acnur.es/a-quien-ayudamos/mujeres/principales-preocupaciones-de-las-mu...>, fecha última consulta 16 de abril de 2019.

⁷⁰⁶ En este sentido la citada DUDH ya la establecía en su art. 16:

“Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”.

Las víctimas en la mayoría de casos residen en núcleos de pobreza y desprotección y se encuentran sometidas a prácticas de violencia, abusos y relaciones sexuales forzadas.

4.4.- El consentimiento

Uno de los elementos esenciales en este delito es la falta de consentimiento. Esta falta de consentimiento se encuentra vinculada con la disponibilidad del bien jurídico en el sentido de que la dignidad no es disponible. Es más, los partidarios de la dignidad como bien jurídico protegido mantienen que cuando se llevan a cabo las conductas de trata de seres humanos se despoja a la víctima de la capacidad de decidir sobre sus derechos más importantes con la finalidad de realizar un negocio posterior o satisfacer cualquier interés del sujeto activo o de un tercero. Estiman que se atenta contra la dignidad humana porque se le niega a la persona su condición de ser humano, al tratarle como un medio y no como un fin⁷⁰⁷.

Para concretar podemos tomar como punto de partida lo dispuesto en el Protocolo de Palermo. En el artículo 3.b, sobre la base de lo dispuesto contra la trata de personas se establecía que:

⁷⁰⁷ MOYA GUILLEM, C., "Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales" en *Política criminal: Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en materias penales*, volumen 11, Nº 22, art. 6, diciembre 2016, p. 527.

“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo será irrelevante cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el literal a)”.

Es decir, lo que establece este precepto es que, mientras el consentimiento de los menores siempre es irrelevante porque no tienen capacidad para consentir y por tanto no es necesario probar los medios⁷⁰⁸, el consentimiento de un adulto queda anulado cuando se utilizan los “medios” expresamente previstos.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el legislador mantiene intacta la distinción que introdujo en 2010 entre el consentimiento de menores y el de mayores de edad.

a).- Respecto de los menores de edad (regulado en el artículo 177.2 bis CP), establece que no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos para que la conducta sea constitutiva del delito de trata. Esto implica que el consentimiento siempre será inválido⁷⁰⁹. Su inclusión deriva de lo dispuesto en los tratados internacionales, en concreto el artículo 3.b) del Protocolo de Palermo, el artículo 4.c) del Convenio de Varsovia y el artículo 2.4 de la Directiva 2011/36/UE⁷¹⁰. En este sentido, se debe determinar

⁷⁰⁸ Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 180.

⁷⁰⁹ Párrafo 2 del art. 177 bis del CP: *“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 párrafo anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación”*

⁷¹⁰ Art. 2.4 de la Directiva 2011/36/UE establecía que:

cómo opera el consentimiento en la tutela de la intimidad y el honor en los menores. LLORIA GARCÍA establece que, partiendo del artículo 8 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se recoge que, el tratamiento de referencias de niños menores de 13 años, sólo es lícito si el consentimiento ha sido emitido y autorizado por el padre o tutor. Por tanto la falta de validez del consentimiento de los menores, en opinión de esta autora, en la mayoría de casos resulta patente, ya que el menor en muchas ocasiones desconoce lo que está aceptando y carece de la capacidad y de la información suficiente para valorar las consecuencias que se le presenten⁷¹¹.

TERRADILLOS BASOCO reclama que junto a los menores de edad, el legislador debería haber incluido a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que de acuerdo con el artículo 25 del Código pena, no pueden prestar consentimiento penalmente relevante. Entiende que si el precepto solo se refiere a menores, es porque en la víctima con discapacidad se presume siempre una especial vulnerabilidad personal de la que se abusa. Asimismo, dado que el precepto limita la irrelevancia del

...4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1”.

⁷¹¹ LLORIA GARCÍA, P. “Menores, redes sociales e intimidad: consentimiento y tutela. Algunas consideraciones”, en ANARTE BORRALLA, E., MORENO MORENO, F. y GARCÍA RUIZ, C.R. (Coord.), *Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*, ed. Iustel, Valencia, 2015, pp. 252-258.

consentimiento del menor a los casos en que la trata “se llevare a cabo con fines de explotación”, entiende este autor que debe considerarse constitutivas de trata de personas aquellas conductas de trata de menores diferentes a la explotación sexual y para actividades delictivas⁷¹².

En este sentido, en la STS 379/2015 de fecha 19 de junio de 2015⁷¹³, el Tribunal elevaba de un año y tres meses la pena privativa de libertad a seis años y medio la condena de un varón de nacionalidad rumana que trajo a Madrid desde Rumanía a una menor de edad hija de unos amigos suyos, animándole a prostituirse en la calle. Posteriormente se casó con ella en Rumanía cuando cumplió esta los 18 años. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado por un delito de prostitución alegando “*que no consta que empleara violencia, intimidación o engaño, ni que abusara de una situación de superioridad del autor o de vulnerabilidad de la víctima, elementos imprescindibles para poder condenar por este delito*”.

La Sala estimó el recurso planteado por la Fiscalía que reclamaba que se trataba de un delito de trata de seres humanos porque la víctima cuando fue trasladada era menor de edad y se identificaba la finalidad de explotación, aunque no mediase violencia, intimidación, engaño, superioridad o vulnerabilidad.

⁷¹² Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M, “Trata de seres...”, *cit.*, pp. 180-181.

⁷¹³ STS 379/2015, Sala 2ª de lo Penal, de fecha 19 de junio de 2015, Recurso de Casación núm. 2084/2014, Ponente Ilmo. D. Antonio del Moral García, FD 1. ECLI:ES:TS:2015:2863.

Concretamente los magistrados recogieron en la sentencia en su Fundamento de Derecho Primero textualmente que:

“Antonietta, nacida el NUM000 de 1994, no había alcanzado la mayoría de edad cuando fue trasladada desde Rumania a España y acogida por el acusado la empleó en la prostitución callejera, hasta el momento de la intervención policial. El consentimiento de los padres de la menor no solo es irrelevante sino que incluso podría alumbrar, acreditadas ciertas condiciones, algún tipo de responsabilidad penal...”

Así pues, la Sala entendió que, de la lectura del párrafo primero del precepto 177 bis CP se exigía para la tipicidad violencia, intimidación, engaño, o abuso de superioridad o de una situación de vulnerabilidad o de necesidad. Sin embargo, de la lectura del párrafo segundo declaró que *no será necesaria la concurrencia de ninguno de estos medios comisivos, caracterizados todos por implicar merma de libertad o vicios graves en el consentimiento, cuando la víctima sea menor de edad y se identifique una finalidad de explotación.*

b).- Respecto de los mayores de edad, el número 3 del precepto determina que el consentimiento emitido bajo la presión de los medios descritos resulta irrelevante, tal y como se encontraba establecido en las previsiones de la Decisión Marco⁷¹⁴.

Esta falta de consentimiento en el sujeto pasivo o víctima, es el elemento central que diferencia el tráfico de personas del tráfico de inmigrantes. Ello es debido a que en la primera conducta delictiva se realiza el traslado en contra de su voluntad u obteniendo su

⁷¹⁴ Vid., LLORIA GARCIA, P.: “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 341. Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 385.

consentimiento de forma fraudulenta, mientras que en la segunda la víctima presta consentimiento válido⁷¹⁵.

Sin embargo, en la práctica el consentimiento no resulta irrelevante cuando hablamos de víctimas mayores de edad. La propia doctrina tradicional establece que el engaño o error sobre los elementos del hecho es relevante y excluye la eficacia del consentimiento, a excepción de algunos errores sobre la motivación del que consiente a los que se niega relevancia. Sin embargo, si el error, provocado por engaño o no, afecta al conocimiento y comprensión de cualquiera de los elementos del hecho típico del sujeto pasivo excluirá la eficacia eximente del consentimiento⁷¹⁶. Por tanto, excluye su plena validez jurídica si el que consiente no entiende la totalidad de significado de cada elemento, e incluso su eficacia excluyente de la tipicidad penal, si no comprende al menos lo sustancial de los elementos típicos requerido por el sentido del tipo correspondiente. De este modo, considero que es de suma importancia, que los especialistas examinen qué les lleva a las perjudicadas a consentir ser explotadas, cuáles son los factores personales y circunstanciales que les lleva a prestarlo e investigar los elementos y medios comisivos de este delito para poder determinarlo, puesto que, en función de que se reconozca o no el consentimiento en la víctima en el que se doblegue su voluntad o se obtenga este de forma fraudulenta, los Tribunales pueden dictar una sentencia absolutoria o condenatoria para el acusado respecto del delito de trata de seres humanos.

⁷¹⁵ Vid., SERRA CRISTÓBAL, R., "La identificación de...", *cit.*, pp. 49-53.

⁷¹⁶ Vid., LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, pp. 367-369.

5.- La penalidad

5.1.- La penalidad del tipo básico

Durante la tramitación del Proyecto de Reforma de CP de 2013 los Grupos Parlamentarios IU, ICV-EUiA, CHA, plantearon sus correspondientes enmiendas, dada la excesiva penalidad aplicada al presente delito, aunque finalmente no tuvieron éxito⁷¹⁷.

Así pues, la reforma actual producida con la aprobación de la LO 1 /2015 de 30 de marzo, no ha supuesto una reducción en las penas privativas de libertad que lleva aparejado la comisión de este tipo de delitos con respecto a la anterior reforma.

De acuerdo con la Directiva 2011/36/UE se establecía que el tipo básico debía prever una pena máxima de cinco años de privación de libertad⁷¹⁸, siendo susceptible de poderse aumentar hasta un máximo de diez años cuando el sujeto activo fuera funcionario público, o la víctima fuese especialmente vulnerable, o se hubiere puesto deliberadamente en peligro su vida o por negligencia grave y también cuando se hubiere cometido el delito en el seno de una organización criminal.

⁷¹⁷ BOCG, serie A, núm. 66-2 de 10 de diciembre de 2014.

⁷¹⁸ Art. 4.1 de la Directiva 2011/36/UE

En nuestro texto punitivo el tipo básico se castiga con una pena de prisión de cinco a ocho años⁷¹⁹, con lo que teniendo en cuenta el elevado marco penal correspondiente a este tipo, hubiera sido deseable por el legislador que conforme al principio de proporcionalidad de las penas se introdujera una clausula de atenuación facultativa de la misma y ello porque no todas las conductas susceptibles de inclusión en el tipo básico que establece el legislador a la hora de ejecutarse poseen la misma trascendencia. En este sentido, pensemos en la diferencia que existe en aquel que aloja a una víctima de forma provisional del que lo realiza de forma permanente.

Con ello, se constata que el precepto no sólo cumple los mínimos impuestos por la Directiva para las penas máximas, sino que se aplican en exceso las penas correspondientes al tipo básico de la trata.

Sin embargo, esta reforma incluye una novedad en el artículo 57 CP⁷²⁰, introduciendo el delito de trata de seres humanos

⁷¹⁹ Autores como TERRADILLOS BASOCO, consideran que la pena es desproporcionada, por cuanto la concurrencia de agravantes lleva penas superiores a las de los delitos de explotación o a la del homicidio. *Vid.*, TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Trata de seres...", *cit.*, p. 182.

⁷²⁰ Art. 57 CP: "1.Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave..."

como uno de aquellos delitos cuya comisión permiten la imposición de penas de alejamiento del artículo 48 del mismo texto punitivo⁷²¹, planteando su limitación a los tipos cualificados del delito. Su inclusión es un reflejo de la protección de la víctima frente a estas conductas.

5.2- Los tipos agravados

Los tipos agravados se clasifican en atención a las características del sujeto, tanto del activo como del pasivo. Se mantienen inalterables respecto al anterior texto los apartados de

⁷²¹ Art. 48 CP: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o a acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una incapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presente los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares y otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

referencia a excepción del número 4 que se modifica. Sobre la base de ello es necesario exponer la preceptiva diferenciación:

5.2.1.- Respecto del sujeto pasivo

a).- Determinación con la reforma por la LO 5/2010

En el apartado 4 del artículo 177 bis del CP, la LO 5/2010 contenía una cualificación de carácter general, en atención al sujeto pasivo, por la que se imponía la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a).- *con ocasión de la trata se pusiera en grave peligro a la víctima;*
- b).- *la víctima fuera menor de edad;*
- c).- *la víctima fuera especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.*

Además se establecía que si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

1º.- En el **primer caso**, el origen de esta agravación se encontraba en el **peligro grave y concreto para los bienes jurídicos esenciales tales como la vida, la salud o la integridad física**. El fundamento de esa agravación en el peligro concreto de estos bienes jurídicos generaban un aumento de injusto⁷²². El peligro

⁷²² Vid., LLORIA GARCIA, P., "Trata de seres...", cit., 2012, p. 304.

en este supuesto sólo podía valorarse caso a caso. El peligro de muerte de la víctima debía ser examinado por los profesionales expertos. Pero a diferencia de la Decisión Marco, en la que se exigía que se probase que mediante la conducta se había puesto en peligro la vida, el legislador español englobaba también la puesta en peligro de la salud o la integridad física⁷²³ en cualquiera de las fases en que se ejecutase el delito⁷²⁴.

En este sentido, la línea que separaba el peligro o la falta de peligro aunque el daño provocado hubiera sido grave, era muy débil. Por ello se estableció que, si como consecuencia de una situación derivada de trata, es decir, en el momento en que se llevase a cabo el traslado o el transporte de la víctima moría o se le provocaban lesiones graves, no se aplicaría esta agravante y en su defecto se calificaría por el tipo básico de trata en concurso ideal con el delito de resultado producido⁷²⁵.

2º.- En los **otros dos supuestos**, teniendo en cuenta que el tipo básico castigaba cuando el sujeto pasivo era menor, con independencia de los medios empleados para obtener el consentimiento, la agravación sólo podría apreciarse cuando dichos medios hubieran sido utilizados, pues de otro modo el primer tipo resultaba vacío de contenido⁷²⁶.

⁷²³ Vid., CUGAT MAURI, M., "La trata de...", *cit.*, p. 162.

⁷²⁴ Vid., Circular 5/2011: Sobre criterios..., *cit.*

⁷²⁵ *Ibidem*.

⁷²⁶ Vid., LLORIA GARCIA, P., "Trata de seres...", *cit.*, 2012, p. 304.

En atención a estos supuestos se debe hacer una interpretación sistemática para diferenciar cuándo se aplica uno u otro tipo:

a).- En el segundo supuesto, por lo que respecta a las **víctimas menores de edad**, el legislador español valoraba la condición de edad en dos supuestos.

a.1).- Por una parte, en el tipo básico en el que existía, aunque no concurren los medios comisivos que se exigían para los mayores de edad (apartado 2 del artículo 177 bis CP).

a.2).- De otra, para configurar esta circunstancia agravatoria en el delito de trata cuando el tratante había aplicado al menor de edad cualquiera de los medios comisivos recogidos en el apartado 1 del precepto.

Así pues, esta interpretación no podía ser aplicada dos veces. En este sentido la Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración estableció en su momento que, *“además se trata de un criterio congruente con otros tipos con los que guarda especial relación como la prostitución coactiva de menores del artículo 188.2 CP que prevé que si las mencionadas conductas se realizaran sobre personas menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años”*⁷²⁷.

⁷²⁷ Vid., Circular 5/2011: Sobre criterios..., cit.

Del mismo modo que en el precepto anterior, solo podría entrar en concurso con el delito de trata de seres humanos el tipo básico del artículo 318 bis CP, puesto que de otra manera suponía valorar dos veces la misma circunstancia.

Por último, en el supuesto de que la víctima comenzara a padecer las consecuencias del delito siendo menor de edad y continuara en la misma situación una vez alcanzada la mayoría de edad, una vez liberado el delito se perfecciona porque la acción comenzó a ser ejecutada cuando la víctima era menor de edad⁷²⁸.

b).- En el tercer supuesto, y en iguales términos, se agravaba la responsabilidad penal cuando la **víctima fuera vulnerable**.

Esta vulnerabilidad debía estar presente en el momento de la consumación del delito y no como consecuencia de aquél. Es decir, si esta vulnerabilidad se utilizó para fundamentar el tipo básico, no se aplicaría esa agravación de la pena, ya que de lo contrario existiría una vulneración del principio *ne bis in idem*⁷²⁹.

En la redacción originaria de este precepto⁷³⁰, esa agravante se refería únicamente a las víctimas que fueran especialmente vulnerables en atención a su enfermedad y situación. La enfermedad a la que se refería debía de ser de tal índole que la

⁷²⁸ Vid., VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código...*, cit., p. 441.

⁷²⁹ Vid., LLORIA GARCIA, P., "Trata de seres...", cit., 2012, p. 305.

⁷³⁰ Se encuentra recogida en el Proyecto de 2009.

propia víctima no tuviera posibilidad alguna de reacción, ni tan siquiera para escapar⁷³¹.

Esta tercera circunstancia, fue modificada posteriormente, incluyendo como posible causa de vulnerabilidad la de aquella víctima que pudiera serlo en razón de su discapacidad⁷³², y ello como consecuencia de una serie de argumentaciones planteadas en cuatro enmiendas por tres grupos parlamentarios. Estas enmiendas fueron: la núm. 119 del Grupo Parlamentario Vasco, la 218 del Grupo Parlamentario de ERC-IU-ICV, la 315 del mismo grupo parlamentario y la 408 del Grupo parlamentario mixto⁷³³.

Todas las argumentaciones planteadas en las referidas enmiendas incidían en la idea de que esa discapacidad debía tener un nivel de protección equivalente al de la minoría de edad⁷³⁴. Sin embargo, esa protección de la discapacidad no llegaba tan lejos como la protección de la minoría de edad, entendiéndose que, en aquellas víctimas que tuvieran especial vulnerabilidad podía producirse a efectos de integrar el tipo básico del delito sin la concurrencia de medio comisivo alguno, lo que sí ocurría en el supuesto de la minoría de edad. Esta discapacidad podía ser tanto psíquica como física. En cambio la situación en que la víctima se

⁷³¹ Vid., VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código...*, cit., p. 441.

⁷³² Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", cit., 2016, p.410.

⁷³³ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata...", cit., 2011, p. 294. Estas enmiendas se encuentran especificadas en *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso Diputados*, disponible en www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_059-09.PDF, fecha última consulta 16 de abril de 2019.

⁷³⁴ Vid., *Boletín Oficial de...*, cit.

veía coaccionada podía sufrir amenazas graves o encierros que impidiesen cualquier defensa posible ni huida⁷³⁵. El fundamento de su agravación se asentaba sobre la disminución de defensa de los sujetos pasivos por sus especiales características⁷³⁶.

La previsión de este tipo delictivo se explicaba por la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3.2 DM 2002/629/JAI⁷³⁷ y el precepto 24 del Convenio de Varsovia⁷³⁸.

La concurrencia de más de una de las circunstancias agravantes mencionadas aumentaba la pena subiendo en un grado la penalidad a la ya determinada.

⁷³⁵ Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Trata de seres...", *cit.*, p. 180.

⁷³⁶ Vid., LLORIA GARCIA, P., "Trata de seres...", *cit.*, 2012, p. 305.

⁷³⁷ El artículo 3.2 de la DM establece que las penas de libertad máximas contempladas para el delito de trata deben no ser inferiores a ocho años en los casos en que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, se cometan contra una víctima especialmente vulnerable, se cometan con violencia o hayan causado a la víctima unos padecimientos graves o se cometan en el marco de una organización delictiva.

⁷³⁸ El art. 24 del Convenio de Varsovia se refiere, como previsión de circunstancias agravantes, sin especificar la duración de la pena en modo específico, a las siguientes agravaciones:

- a) puesta en peligro deliberada o por negligencia grave de la vida de la víctima;
- b) infracción cometida contra un niño;
- c) cometida mediante un agente público en el ejercicio de sus funciones;
- d) infracción cometida en el marco de una organización delictiva.

b).- La reforma de 2015

Con la reforma actual se reduce a dos apartados las causas que fundamentan la agravación del tipo básico en atención al sujeto pasivo. La nueva regulación del apartado 4 cumple mejor con el principio de legalidad y con lo dispuesto en el Directiva 2011/36/UE. El legislador considera que, debido a una disminución de defensa de estos sujetos por sus especiales características, se debe imponer una sanción superior en grado cuando:

- a).- se ponga en peligro la vida o la integridad física o psíquica de la persona objeto del delito;*
- b).- la víctima se encuentra en situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o por su situación personal o sea menor de edad, especificándose que si concurre más de una, la pena se aplicará en su mitad superior.*

Al respecto se debe matizar lo siguiente:

1).- Se valora positivamente la concreción del objeto de referencia del **peligro**, ya que si bien el Anteproyecto de 2012 preveía que el peligro se refiriese únicamente a la vida de la víctima o la causación de una lesión cualificada, finalmente se ha optado, en atención a la Directiva 2011/36/UE, por referir el peligro a la vida y a la integridad tanto psíquica como física de la víctima⁷³⁹. El fundamento de esa agravación se encuentra en el peligro grave y

⁷³⁹ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", *cit.*, 2016, p. 410.

concreto para los bienes jurídicos que son esenciales tales como la vida, la salud o la integridad, que genera un incremento de injusto⁷⁴⁰.

2).- En cuanto al concepto de **vulnerabilidad**, se incorporan nuevos elementos, con el objetivo de poder determinar la situación de especial vulnerabilidad que pueda sufrir una persona, tales como la discapacidad, enfermedad, y/o estado gestacional, siendo esta última una novedad que se refiere a la situación personal de la víctima y no a otros factores⁷⁴¹.

Sin embargo, dado que el legislador establece la vulnerabilidad tanto en el tipo básico como en el cualificado, puede acarrear problemas de aplicación de este subtipo. De esta manera, para poder aplicarse la vulnerabilidad en el agravado, hay que acudir a una interpretación sistemática, debiéndose aplicar a aquellos supuestos de especial gravedad, por las circunstancias personales que concurren en la víctima del delito. En cambio, la vulnerabilidad a la que hace referencia el tipo básico debe tener un carácter genérico y no grave⁷⁴².

⁷⁴⁰ Vid., LLORIA GARCIA, P., "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p. 342. Vid., LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, p. 387.

⁷⁴¹ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", *cit.*, 2016, p. 410.

⁷⁴² A fin de valorar la vulnerabilidad, es decir, si existía o no una alternativa aceptable, el CGPJ entiende que se debe de tomar como referencia el país de origen. En cambio para catalogar la explotación es necesario comparar las condiciones legales que nuestro país garantiza para la actividad de que se trate y las que hipotéticamente se aplican al sujeto pasivo. Si el resultado es que la víctima iba a ser incorporada a la actividad legal en condiciones legales, a excepción de que la misma no haya prestado su consentimiento, no se aplicará la trata sino una detención ilegal o coacciones, dependiendo de las circunstancias. *Estudio de investigación en materia de trata que se presenta a la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder*

En cuanto a la **situación personal**, el término empleado por el legislador se presenta limitado, ya que la vulnerabilidad puede estar relacionada tanto con una circunstancia personal (enfermedad, discapacidad), como extra-personal (situaciones de necesidad provocados como consecuencia de circunstancias sociales, políticas, religiosas)⁷⁴³. En este sentido, la inmensa mayoría de mujeres que ejercen la prostitución, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Presentan dificultades en cuanto a formación que deriva en aceptar trabajos con notables desigualdades no solo salariales sino también en cuanto sus condiciones, viéndose impulsadas, en ciertos casos, a aceptar trabajos fuera de sus comunidades, lo que en la mayoría de supuestos les lleva a pagar un precio muy alto ya que son obligadas a ejercer la prostitución⁷⁴⁴.

Judicial, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%EMIGRACIÓN%20FRAUDULEN>, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

En este sentido el CGPJ establece que catalogar la vulnerabilidad situacional únicamente a situaciones personales es demasiado restrictiva, ya que esta puede deberse a situaciones familiares, sociales o económicas. De igual forma, consideran que bajo este parámetro, las menores víctimas vulnerables les será de aplicación el subtipo agravado en todos los supuestos y máxime cuando se encuentra establecido que cuando la víctima sea menor de edad no requiere empleo de ningún medio comisivo. Defienden que a futuro se adecue el tipo cualificado sólo cuando las circunstancias tales como la corta edad del menor o el empleo de medios comisivos, justifiquen su consideración de la conducta como portadora de mayor contenido de injusto, con el objetivo de que no se aplique de forma automática este tipo agravado para las víctimas menores de edad. *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata...", *cit.*, 2016, p. 1260.

⁷⁴³ *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P.: "Trata de...", *cit.*, 2016, p. 342. *Vid.* CANO PAÑOS, M.A., "Los delitos de violencia doméstica...", *cit.*, p. 428.

⁷⁴⁴ *Vid.*, SERRA CRISTÓBAL, R., "La identificación de un...", *cit.*, pp. 68- 69.

Por último, se incluye como víctimas por su especial vulnerabilidad a los **menores de edad** junto con el resto de las circunstancias especiales del apartado b de este número 4. En este supuesto sólo puede apreciarse la agravante cuando los medios empleados para obtener el consentimiento, hayan sido utilizados⁷⁴⁵.

El fundamento de la agravación de la pena para estos supuestos se basa en la disminución de defensa de estos sujetos pasivos por sus características especiales⁷⁴⁶.

El actual texto en lo que a estos sujetos pasivos se refiere, se encuentra justificada por mandato de la Directiva 2011/36/UE, en la que se establecía una pena máxima a aplicar de 10 años⁷⁴⁷. En concreto en el considerando 12 ya reclamaba incluir entre las personas vulnerables a los menores así como plasmar otros factores a tener en cuenta a la hora de valorar la vulnerabilidad de una víctima. Entre ellos destacaban el sexo, el estado gestacional, el estado de salud y la discapacidad. Consideraban que para calificar una situación de grave, es decir, en cuanto situaciones en que se hubiera puesto en peligro la vida de la víctima o hubiese implicado

⁷⁴⁵ Vid., LLORIA GARCÍA, P.: "Trata de...", *cit.*, 2016, p. 342.

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

⁷⁴⁷ Art. 4.2 de la Directiva 2011/36/UE: "2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción:

a).- se cometió contra víctima particularmente vulnerable, la cual, en el contexto de la presente Directiva, incluirá como mínimo a los menores;

c).- se puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima".

violencia grave como la tortura, el consumo obligado de drogas, la violación u otras formas de violencia psicológica, física o sexual grave o que de cualquier otro modo hubiera causado un daño particularmente grave a la víctima, debían reflejarse con penas más severas.

De esta forma en el artículo 4.2 de la presente Directiva alentaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castigasen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción entre otras, se cometían contra una víctima particularmente vulnerable en la que se incluía como mínimo a los menores o se ponía en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima.

Si bien ciertos aspectos, como la desproporción de las penas, podían llegar a ser criticables, no es menos cierto que la redacción de este apartado 4 constataba la orientación victimocéntrica que ha adoptado finalmente nuestro legislador, en la que el objetivo fundamental es proteger a la víctima.

5.2.2- En cuanto al sujeto activo

Se mantienen las cualificaciones establecidas en la reforma de 2010, en atención a las características de dichos sujetos, distinguiéndose la que se refiere a casos de prevalimiento de las de pertenencia a banda organizada.

a).- La agravación de pena para aquellos que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Se fija una pena superior en grado y una inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Asimismo establece que, si se dan una o más agravantes de las previstas, la pena se eleva a su mitad superior con lo que la duración de la prisión oscilará en la franja de diez años y un día a doce años de privación de libertad y de nueve a doce años el intervalo de inhabilitación absoluta⁷⁴⁸, equiparándose dicha pena a la de homicidio.

Ello significa que este tipo cualificado, se configura como un delito especial impropio por la cualidad personal del sujeto activo del delito, en el que se exige que la autoridad, sus agentes o funcionarios realicen los hechos.

Cuando el legislador establece “la realización de los hechos”, se refiere a los del tipo básico. Si su actuación fue meramente accesoria, sólo puede ser perseguido como cómplice del tipo básico común⁷⁴⁹. En este sentido se hace necesario citar la STS nº 438/2004 de 29 de Marzo de 2004 en la que la Sección Octava de la AP de Barcelona condenó a uno de los acusados por su condición de agente de la autoridad como cómplice de un delito

⁷⁴⁸ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1260.

⁷⁴⁹ Vid., Circular 5/2011: Sobre criterios..., *cit.*

de prostitución del artículo 188.2 CP. Tras el recurso formulado por su defensa por infracción de ley entre otros, al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECR., por aplicación indebida del artículo 188.2 CP (no siendo un tipo penal autónomo del comprendido en el artículo 188.1 CP), la Sala entendió que dicho motivo debía prosperar por la exposición efectuada en el 19º FD en el que estableció textualmente que:

“Entiende el recurrente que a la luz del art. 4.1 CP que proscribe toda interpretación extensiva, no procede aplicar la ley penal a un caso distinto del expresamente comprendido en ella, y por tanto no puede ser considerado cómplice del supuesto segundo del art. 188 CP, que prevé una agravación específica en consideración a la condición de agente de la autoridad del sujeto activo. El recurrente tiene razón y el motivo ha de ser estimado. Dada la redacción del nº 2 del art. 188 CP (equivalente al nº 3 del texto anterior a la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre), que aplica las penas del número anterior en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en él, prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, salvo que se realice una interpretación extensiva vedada al Derecho Penal, no puede entenderse que el cómplice (mero cooperante a la ejecución del hecho), que sea agente de la autoridad, haya realizado las conductas de determinación coactiva descritas en el número primero del mismo artículo. Por otra parte, si el supuesto del número 1º vendría a ser constitutivo de un delito común, y el previsto en el nº 2º de un delito especial impropio, en cuanto que el delito común estaría cualificado por la cualidad personal (autoridad o agente de la autoridad o funcionario público) del sujeto agente, y si, en rigor, conforme a la doctrina dominante, autor es quien realiza el aporte causal, llevando a cabo actos nucleares y ejecutivos del tipo, siendo meramente partícipe el que realiza otro tipo

de aportación menos importante, rigiendo el principio de accesoriedad, los actos de complicidad estimados en el recurrente lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 188, puesto que la punibilidad del partícipe depende jurídicamente del hecho del autor principal, o mejor dicho, la ilicitud de la participación presupone la ilicitud del hecho en que se participa”.

Atendiendo a tal fundamentación, la Sala condenó al acusado como cómplice de un delito de prostitución del artículo 188.1 CP a las penas de un año y seis meses de prisión y nueve meses de multa con cuota diaria de 12 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y a la pena de inhabilitación absoluta por tres años.

En conclusión, sólo en caso de que el agente, autoridad pública o funcionario público sea autor, inductor o cooperador necesario, sería posible aplicar el subtipo agravado al que hace referencia este párrafo. El hecho de imponer una conducta más gravosa y como consecuencia una pena superior a la establecida, tiene su sustento no sólo en el Convenio de Varsovia sino también en la elevada incidencia de la trata en países con un alto nivel de corrupción en el sector público, existiendo muchos funcionarios implicados en este fenómeno.

Sin embargo, lo que llega a ser discutible es el elevado umbral punitivo al que puede llegar esta conducta partiendo del marco punitivo sobredimensionado en el tipo básico⁷⁵⁰

⁷⁵⁰ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata...”, *cit.*, 2016, p. 1261.

b).- La hipercualificación en cuanto a la delincuencia organizada.

El fundamento de su agravación deriva porque la gran mayoría de supuestos de trata se encuentran relacionados directamente con la delincuencia organizada, motivo por el cual, con la reforma de 2010, el legislador, fiel con los compromisos internacionales, introdujo una modificación del artículo 282 bis.4 LECRIM⁷⁵¹. Anterior a esta reforma nuestra legislación penal no concretaba un concepto de criminalidad organizada.

El elemento fundamental de la criminalidad organizada es la existencia de una organización criminal. La nota determinante deriva por la forma en que dichas personas están estructuradas y por cómo realizan las actividades delictivas. Atendiendo a lo expuesto, las características esenciales de la criminalidad organizada son las siguientes:

⁷⁵¹ Art. 282 bis.4 LECrim: "4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este art., se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas, para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a).- Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del C.P.

b).- Delito de secuestro de personas previsto en los arts 164 a 166 del C.P.

c).- Delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del C.P

d).- Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts 187 a 189 del C.P.

(...)"

1º.- Mantienen unos objetivos comunes. De esta forma se valen de otros fines mediatos, bien sea la protección de sus miembros, alianzas con otros grupos, para alcanzar el objetivo final que es la obtención del lucro ilícito.

2º.- Existe una división de funciones que conducen a una especialización de sus miembros y a una mayor eficacia de la organización.

3º.- La estructura, sobre la base de una jerarquía, conlleva una serie de normas de conducta que son asumidos por el grupo dando carácter de permanencia que le permite la coordinación de actividades para la consecución de su objetivo.

4º.- Mantienen un sistema de decisiones, jerarquizado y centralizado.

5º.- Existe conexión entre sus miembros para conseguir los objetivos.

6º.- Se relacionan con el medio exterior, bien con el fin de aprovecharse de la violencia para sus fines, o bien valiéndose de las debilidades del sistema.

7º.-Mantienen una tendencia a la salvaguarda, es decir, de protección de la organización. Cuando más amplia sea su capacidad más compleja será su organización⁷⁵².

El bien jurídico protegido de estos nuevos tipos delictivos, (las organizaciones y grupos criminales) ubicados entre los delitos contra el orden público, ofrece diferentes posiciones doctrinales. Mientras que algunos autores, como GARCÍA DEL BLANCO

⁷⁵² *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales*, disponible en <https://elderecho.com/la-tipificación-penal-de-la-organizacion-y-el-grupo-criminal-pr.>, fecha ultima consulta 20 de abril de 2019.

considera que el bien jurídico es la estabilidad social como base misma de la democracia, implicando la tranquilidad social o la normalidad ciudadana en la que las actividades propias de un país se desenvuelven sin mayores contratiempos que los que impongan la vida cotidiana y que por tanto, la criminalidad organizada afecta a la gestión y a la capacidad de mando de los órganos del Estado⁷⁵³, otros como GARCÍA RIVAS considera que se trata de herramientas para la comisión de otros delitos, mayormente económicos pero también contra bienes jurídicos personales, cuyos intereses protegidos son los que finalmente pueden resultar lesionados⁷⁵⁴.

En esta agravante no se incluye la persecución de la pequeña delincuencia organizada de ámbito territorial más limitado, que tiene como objetivo la comisión de delitos menores.

Estos tipos delictivos normalmente se encuentran vinculados a la comisión de determinados delitos, por lo que se crea un tipo agravado en los mismos por pertenencia a estos fenómenos de delincuencia organizada, de tal forma que se facilita la identificación del bien jurídico puesto en peligro concreto.

En el caso de la trata, el legislador añade a la idea de organización criminal la de asociación y la de los grupos criminales del artículo 570. ter CP, aunque se realice de manera transitoria,

⁷⁵³ GARCÍA DE BLANCO, V., "Trata de seres humanos y criminalidad organizada", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014, p. 201.

⁷⁵⁴ GARCÍA RIVAS, N., "Organizaciones y grupos criminales" en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 506.

dedicada a “tales actividades”⁷⁵⁵. Esta expresión de “tales actividades” va referida a la comisión reiterada de delitos de trata de personas, limitando la desproporción con la que se describen las asociaciones ilegales, para cuya composición no importa ni el número de implicados (deben ser más de dos) ni su estabilidad. Por tanto, debido a que cabe la posibilidad de que una asociación esporádica cometa un delito de trata, quedará al margen de esta agravación, exigiéndose algo más que esporádico⁷⁵⁶. En palabras de LLORIA GARCIA, la idea de asociación no debe desvincularse tampoco de la de jerarquía y reparto de funciones y unidad de propósito característico de toda asociación. Esto se refuerza por la presencia en este mismo precepto del castigo de los que ocupan puestos de jefes, encargados, etc.⁷⁵⁷.

Así pues, a tenor del apartado 6 del artículo 177 CP nuestro texto punitivo impone la pena de ocho años y un día a doce años de prisión 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, que también podrá agravarse imponiendo la pena superior en cualquiera de los casos, tanto para las personas con mando como para los meros integrantes de la

⁷⁵⁵ Vid., LLORIA GARCIA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 343. Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 389.

⁷⁵⁶ Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres...”, *cit.*, pp. 187-188.

⁷⁵⁷ Vid., LLORIA GARCIA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 344. Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 389.

organización si concurriesen, además, las circunstancias agravantes de los epígrafes 4 y 5.

Esta agravación no era nueva, ya que se encontraba prevista en la redacción anterior de esta conducta cuando compartía tipo penal con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis), motivo por el cual se valora positivamente su inclusión como delito autónomo en el artículo 177 bis CP ya que, además de la realidad criminológica que subyace en la comisión del tipo que refleja la íntima y necesaria conexión entre la criminalidad organizada y la trata de personas, lo imponen los compromisos internacionales⁷⁵⁸.

En relación con lo expuesto, es razonable el castigo pues la dinámica habitual en la comisión del delito de trata de seres humanos hace necesaria una infraestructura que permita, precisamente, pluralizar actividades de forma que la organización criminal se estructura estableciendo las bases de la actividad en diferentes países, en la que intervienen personas de distintas nacionalidades, generalmente de igual país de origen que la víctima para favorecer su captación y estructurándose por subgrupos en los que cada uno tiene una misión concreta, bien sea en la fase de captación, transporte o en el proceso de explotación. A partir de ese momento, las redes encargadas de la explotación exigen a sus víctimas el pago de una deuda contraída por los gastos de viaje,

⁷⁵⁸ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., "Trata de seres...", *cit.* pp. 193-237. En este sentido en el libro del Proxeneta explica cómo efectuaban la captación de sus futuras víctimas en sus países de origen, Vid., LOZANO, M., *El proxeneta...*, *cit.*, p. 152.

estancia y documentación que difícilmente pueden abonar para salir de esa situación⁷⁵⁹.

En este sentido, se considera en nuestro texto punitivo que el delito de trata de personas integra un supuesto de delincuencia organizada a efectos de permitir la posible aplicación de la técnica de investigación criminal de los agentes encubiertos⁷⁶⁰.

De esta forma, tomando como base el concepto de organización⁷⁶¹ tal y como se establece en la última reforma actual,

⁷⁵⁹ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 193-237.

⁷⁶⁰ La delincuencia organizada es aquel conjunto de delitos que son cometidos de forma predeterminada y no impulsiva. Llevan aparejada una planificación minuciosa y una coordinación en las actuaciones por parte de diferentes miembros de la organización. *Delincuencia organizada*, disponible en [crimina.es/crimipedia/topics/delincuencia-organizada](https://www.crimipedia.com/topics/delincuencia-organizada), fecha última consulta 20 de abril de 2019. Por otra parte, el agente encubierto es una medida de investigación de los agentes infiltrados o encubiertos caracterizada en la entrada de uno o varios agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en la misma, con objeto de descubrir delitos pasados, prevenir acciones futuras y lograr la condena de los miembros de la banda. La base de su utilización radica en la lucha contra el crimen organizado. *Utilización de agentes encubiertos en el proceso penal. Derecho penal*, disponible en <https://www.infoderechopenal.es/2013/03/utilizacion-agentes...>, fecha última consulta el 20 de abril de 2019.

⁷⁶¹ Art. 570 bis 1 de la LO 1/2015:

"1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

se requiere cierto grado de jerarquía, reparto de funciones así como un plan de actuación conjunta. Al respecto, las conductas básicas del tipo se traducen en constitución, dirección y coordinación, diferenciando según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales. En la reforma actual se excluyen la reiteración de faltas a diferencia de lo que se establecía en la anterior regulación. En el segundo nivel punitivo se sitúan las actividades de participación o cooperación, respecto de las cuales se establece un grado penológico menor⁷⁶². En tercer y último lugar, se engloban las agravaciones específicas teniendo en cuenta las características de la organización y el tipo de delitos que tengan por objeto.

Así pues, la organización criminal comporta una pluralidad subjetiva, de más de dos personas, coordinada con carácter estable o por tiempo indefinido, para la comisión de los delitos. La relación entre sus miembros y la distribución de las actividades específicas a realizar vienen marcadas por las ideas de jerarquía y disciplina, así como de permanencia y estabilidad de la organización o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo o disponibilidad para ello, excluyéndose los grupos con vínculos

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

⁷⁶² En este sentido, GARCÍA RIVAS establece que para desvincular la participación en la organización criminal de la mera colaboración en un concreto delito se exige el conocimiento por parte del sujeto de estar colaborando con la organización. *Vid.*, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos...”, *cit.*, p. 513.

transitorios o de carácter ocasional, característica definitoria de los grupos criminales.

Afirma GARCÍA DEL BLANCO que, *“la organización representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, ya que supone un incremento de las posibilidades de alcanzar el éxito y que el incremento en el desvalor del hecho debe repercutir en una superior responsabilidad para cada uno de los sujetos que intervienen en el hecho y que supondría el fundamento material de la circunstancia agravante específica de la trata de personas en el artículo 177 bis 6 CP”*⁷⁶³.

En cambio, la incorporación de los grupos criminales, ubicados en el artículo 570 ter CP⁷⁶⁴ como forma de criminalidad organizada se ampara en la incapacidad del delito de asociación

⁷⁶³ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., “Trata de seres...”, *cit.*, pp. 205-206.

⁷⁶⁴ Art. 570 ter CP: “ 1. Quienes constituyeren, financiaren o integren un grupo criminal será castigados:

a).- Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

b).- Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.

c).- Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) de la perpetración reiterada de delitos leves.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

2...”

ilícita para responder a todos los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio, que carezcan de vocación de permanencia y sin una estructura jerárquica consistente. De esta manera, el concepto establecido de grupo criminal se configura como un tipo de carácter residual frente al de organización criminal, compartiendo la exigencia del elemento pluriofensivo, es decir, más de dos personas y el tendencial, o lo que es lo mismo, tener por finalidad la perpetración concertada de delito. Así pues, este fenómeno delictivo se diferencia principalmente de la organización criminal precisamente en la falta de tanta estabilidad que rodea a los grupos criminales y de la permanencia estable durante cierto tiempo pero con una duración transitoria⁷⁶⁵.

Por último si el sujeto activo ocupa el cargo de jefe, administrador o encargado de dicha organización, se aplica la pena en su mitad superior. Es facultad discrecional alcanzar hasta la pena superior en grado. En este último supuesto, si concurre además la circunstancia del número 4 o el sujeto es funcionario o autoridad, se impone por imperativo la pena superior en grado. Sin embargo, al margen de crear un tipo super-agravado cuya pena se equipara en este supuesto al del homicidio⁷⁶⁶, no resuelve los problemas de imputación al dirigente de las conductas materialmente ejecutadas por los sujetos que se encuentran en la base piramidal. El problema debe solucionarse sobre la base de la imputación al dirigente de la

⁷⁶⁵ *Vid.*, GARCÍA DEL BLANCO, V., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 205-206.

⁷⁶⁶ *Vid.*, LLORIA GARCIA, P., "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p.344. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, p. 389.

organización que primordialmente se considera coautor (artículo 52), autor mediato (artículo 53) o mero inductor⁷⁶⁷.

6.- Las formas de aparición del delito

6.1.- Los actos preparatorios punibles

Son actos preparatorios del delito “los comportamientos anteriores al comienzo de la ejecución material del delito que se caracterizan por ser actuaciones externas, percibidas sensorialmente por terceros y objetivamente peligroso, dirigidos intencionalmente a la posterior ejecución y consumación de determinados delitos”. Es decir, toda actividad externa que está orientada a facilitar la realización ulterior de un delito⁷⁶⁸ o los primeros “actos externos” que pueden determinar consecuencias jurídico-penales⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 221.

⁷⁶⁸ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Relevancia (tipicidad): las fases de realización del hecho típico (*iter criminis*)”, en ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Valencia, 2015, p. 279.

⁷⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., “El *iter criminis*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 607.

Sin embargo, en ocasiones es difícil establecer la delgada línea que separa los actos preparatorios, que generalmente no son punibles, de los actos de ejecución que sí lo son.

La regla general establece que los actos preparatorios no son punibles y ello, porque recogen una anticipación de la tutela penal que limita la libertad y que no puede justificarse por razones preventivas. Es decir, se encuentran tan alejados de la consumación que no suponen una amenaza seria para el bien jurídico. Los actos preparatorios no constituyen formas de participación.

La excepción se encuentra justificada en castigar algunos actos preparatorios, circunstancia que se dará cuando se encuentren presentes tres condiciones:

1º.- Que sea previsible un resultado grave.

2º.- Que este acto preparatorio sea evidente.

3º.-Que las condiciones del hecho, la resolución delictiva sea suficientemente firme.

En nuestro modelo de punición, solo se castigan algún acto preparatorio y solo cuando se refieren a delitos graves.

Sin embargo, los requisitos expuestos no sólo se dan en los casos de preparación de delitos graves en el que intervienen varias personas, sino también en los delitos que sancionan la mera pertenencia a grupos u organizaciones criminales. Son punibles la conspiración, la proposición y la provocación.

El apartado 8 del artículo 177 bis CP, recoge las citadas formas de aparición del delito, castigando los actos de “provocación, conspiración y proposición” para cometerse. Se

mantiene la misma redacción anterior en este apartado frente al actual, aplicando por tanto, una pena inferior en uno o dos grados a la prevista para la consumación del delito.

Al respecto, ningún documento supranacional ha exigido la tipificación de estos actos preparatorios, estableciendo que deben ser cada uno de los Estados miembros los que arbitren en sus respectivos ordenamientos las medidas oportunas que permitan castigar “la inducción, la complicidad o la tentativa” en el ámbito de la trata de seres humanos.

Sin embargo, con la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 el legislador decidió perseguir los hechos de la criminalidad organizada en su origen, castigando de ese modo la propia pertenencia a los grupos organizados. La consecuencia de esta regulación provocó que estas figuras sólo fueran punibles cuando de manera expresa así se recogiera en algún tipo delictivo, es decir, en delitos suficientemente graves⁷⁷⁰.

Ante esta tipificación expresa existe autores entre ellos, TERRADILLOS BASOCO que consideran que no era necesaria su inclusión, toda vez que el artículo 570 bis CP ya recoge el castigo de la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de una organización criminal, con la finalidad de cometer delitos graves y específicamente la trata de seres humanos. Sin embargo, frente a esta opinión, existen otros autores, entre ellos LLORIA GARCÍA, que consideran que no es desacertada la mencionada inclusión, ya que

⁷⁷⁰ En contraposición a lo que sucedía en el CP de 1973 en el que se sancionaba la conspiración, la proposición y la provocación para cometer cualquier delito con carácter general.

en los primeros momentos de preparación del delito no necesariamente debe darse ya la situación de organización criminal o asociación para delinquir, ni los supuestos de formación de una organización para cometer delitos de los previstos en el artículo 570 bis CP, siempre han de suponer una forma de conspiración, provocación o proposición⁷⁷¹. Es más, la intervención en un delito programado en el seno de una organización o grupo criminal no comporta convertirse de forma automática en miembro de la organización⁷⁷².

En este sentido, como se ha dicho anteriormente, la conducta típica de la organización criminal consiste en conductas destinadas o bien al mantenimiento de la propia organización, o bien a la preparación de los delitos o al ocultamiento de los efectos provocados por el delito o de sus autores o partícipes. Es decir, la conducta típica no sólo comporta la planificación de un delito concreto sino el mantenimiento temporal, la permanencia, de una organización con capacidad para lesionar diferentes bienes jurídicos.

Así pues, la delimitación entre la organización o el grupo criminal aplicable a la planificación de cualquier delito y la conspiración para delinquir (artículo 17 CP) como acto preparatorio punible únicamente con relación a determinados delitos, se centrará principalmente en la vocación de permanencia de la organización, frente a la conspiración que se limita a un único delito, a un delito aislado y determinado en el tiempo.

⁷⁷¹ Vid., LLORÍA GARCÍA, P., en: "Trata de seres...", *cit.*, 2012, p. 307.

⁷⁷² Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 211.

Sin embargo, dado que la conducta típica de las organizaciones y grupos criminales coinciden con la fase preparatoria del delito que se va a cometer, tanto si es el único delito que se va a cometer como si son varios de la misma naturaleza e incluso de diferentes tipos penales se establece el mismo bien jurídico. La consecuencia que provoca al tipificarse estas formas de intervención conjunta en la planificación de delitos adelanta la barrera punitiva de la ejecución conjunta, bien sea en forma de coautoría o autoría y participación, puesto que no se debe pasar por alto que es necesario en muchos casos la coordinación en las diferentes intervenciones.

De acuerdo con lo anterior, GARCÍA DEL BLANCO afirma que *“la propia existencia del artículo 570 bis y ter del CP debería suponer que la conducta no coincide exactamente con la fase de preparación de un delito, sino que conlleva un plus de antijuricidad. De esta forma, el bien jurídico de la organización criminal depende de su estabilidad, circunstancia que no ocurre en el grupo criminal por lo que dicha tipificación del grupo criminal para la comisión de un delito único obliga a reconocer que nos encontramos ante una tipificación con carácter general de los actos preparatorios de cualquier delito articulada en un tipo de la parte especial”*. Al respecto añade que, *“sólo estará justificada la tipificación expresa de los actos preparatorios específicos cuando sea necesaria para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves y sólo en casos de peligro claro y actual. La pena debe ser siempre inferior a la del delito planificado y debe ser proporcional en relación con la pena de la tentativa”*.

En este sentido, el concierto de más de dos personas para ejecutar un delito se asemeja a una forma amplísima de conspiración. Por ello no toda persona que participa en el concierto con promesa de una aportación futura va a ser conspirador. Circunstancia diferente de la que se ofrece en los grupos criminales ya que abarca indistintamente tanto a futuros autores como a meros participantes siempre y cuando coordinen sus actividades futuras con el objetivo común de la ejecución de un delito⁷⁷³. Para un mejor entendimiento de la participación en la conspiración desde el punto de vista jurisprudencial, considero necesario exponer los argumentos esgrimidos en la STS 1020/2018, Sala de lo Penal de fecha 22 de marzo de 2018 en el Recurso de Casación planteado por una de las defensas contra la Sentencia de 30 de mayo de 2017 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida en el Rollo de Sala 10/2016. En concreto, la Audiencia condena a una de las acusadas, como autora penalmente responsable del delito de conspiración para cometer un delito de trata de seres humanos a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como el pago de 2/3 partes de las costas procesales. En sus argumentaciones la Sala entiende que se le condenó sin los requisitos de ese acto preparatorio, alegando que tiene establecido que:

“La conspiración pertenece a una fase del iter criminis anterior a la ejecución, por lo que tiene naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas

⁷⁷³ Vid. GARCÍA DEL BLANCO, V., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 216.

resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del pactum scaeleris o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de ejecución (entre otras SSTS 77/2007, 321/2007, etc.).

Del factum se describe que la acusada únicamente mostró interés en quedarse con la joven nigeriana para dedicarla a la prostitución. Sin embargo, es discutible que el mostrar interés no es lo mismo que quedarse con ella para destinarla a la prostitución, sino meramente “estar interesada” en una proposición que se le hacía para estipular un concierto. De tal forma que de ello a decidir aceptar el concierto todavía queda un buen trecho.

Y esa distancia entre el interés en una propuesta y la decisión de aceptarla aparece claramente explicada en la motivación de la sentencia, cuando la Audiencia argumenta que la decisión quedó supeditada a que la recurrente pudiera ver a la joven, y como ello no pudo llegar a materializarse debido a que los acusados fueron detenidos por la policía antes de que pudieran definitivamente tener a su disposición a la víctima, es claro que la resolución de llevar a cabo el delito por parte de la acusada no llegó a producirse...Ello evidencia que estaba sin adoptar la decisión seria, firme y definitiva de que la acusada dedicara a la prostitución a la víctima de procedencia nigeriana...”.

Por consiguiente la Sala, al entender que no se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aplicar el tipo delictivo de la conspiración en los arts. 177 bis. 8 y 17.1 del CP⁷⁷⁴, estima el recurso interpuesto por su defensa, anula la sentencia respecto a la referida recurrente y la absuelve.

⁷⁷⁴ STS 1020/2018 de la Sala de lo Penal de fecha 22 de marzo de 2018, número de recurso 10484/2017, núm. de resolución 144/2018, Pte Alberto G. Jorge Barreiro, FD 3. C) 8º. ECLI:ES:TS:2018:1020.

Por otro lado, de acuerdo con la forma de proceder de los fiscales, la propia Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales establecía diferenciación sobre la determinación de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de planificación del delito cuando se producen por una pluralidad de personas⁷⁷⁵.

Sin embargo, en el supuesto de que el grupo criminal no materialice sus intenciones en la ejecución del delito, dicha Circular, ofrecía diferentes soluciones⁷⁷⁶:

a).- Si en la regulación del delito que se estaba planificando no se preveía expresamente el castigo de la conspiración (como por ejemplo el delito contra la libertad sexual) se debía aplicar la

⁷⁷⁵ Al respecto dicha Circular diferenciaba entre cinco situaciones:

- 1.- Acuerdo de voluntades dirigido a programar el hecho delictivo, dotado de anticipación temporal para ejecutarlo y cierta durabilidad. En ese punto se obligaba a diferenciar tres situaciones: la organización temporal, el grupo criminal y el grupo únicamente se forma para la comisión de un solo hecho delictivo.
- 2.- El alcance de ese acuerdo de voluntades más allá del hecho o hechos ilícitos que se cometan.
- 3.- La división de tareas a desarrollar.
- 4.- La existencia de una ínfima estructura criminal de acuerdo con la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal que se hubiere programado.
- 5.- El abastecimiento de los medios necesarios a los planes de la organización o grupo criminal.

Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SNGNTJ_NFIS/.../circular%20202-11.pdf?..., fecha última consulta el 22 de abril de 2019.

⁷⁷⁶ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 217-218.

disposición prevista en el artículo 570 ter 1.a), es decir, de dos a cuatro años de prisión si se trataba de uno o más delitos graves y de uno a tres años de prisión si eran menos graves.

b).- Si el delito concreto tipificaba expresamente la conspiración aumentaban los problemas. Por ejemplo, en el caso del delito de trata de seres humanos el artículo 177 bis 8, aplicaba la pena inferior en uno o dos grados a la pena del tipo consumado, es decir, lo que equivalía a la pena de dos años y medio a cinco años menos un día o de año y tres meses a dos años y medio menos un día. Por el contrario, si se aplicaba el tipo agravado en el seno de la organización o grupo criminal, en el que se imponía la pena superior en grado, previsto en el artículo 177 bis 6, las penas a aplicar por la conspiración, o bien eran de prisión de cuatro a ocho años menos un día o bien de dos a cuatro años menos un día de privación de libertad.

Dado que en este contexto se planteaba un conflicto entre una excepción a la norma general de impunidad de los actos preparatorios, establecida expresamente en el tipo del artículo 177 bis 8 CP y una norma de aplicación general para todos los delitos establecida en el tipo del artículo 570 ter CP, se planteaban dos posibles soluciones al respecto:

1ª.- Por un lado, para aquellos integrantes del grupo criminal que comprometían aportaciones propias de autoría en el futuro delito, la coincidencia era total entre ambas disposiciones y se

estaría ante un concurso de leyes a resolver por las normas del artículo 8 CP⁷⁷⁷.

2ª.- Por otro lado, para aquellos integrantes cuya aportación era única en la participación en el delito, no existía conflicto porque la conspiración en los delitos que se encontraba tipificado como tal, solo abarcaba las futuras autorías y únicamente era de aplicación la disposición del artículo 570 ter del mismo cuerpo legal⁷⁷⁸.

Debido a lo anterior, no era admisible que en los supuestos en los que la contribución del sujeto era de menor gravedad, (por ejemplo cuando se determinaba la actuación del sujeto como cómplice) se pudiera acudir a un concurso de delitos entre el artículo 570 ter y la participación efectiva en el delito que finalmente se hubiera cometido⁷⁷⁹. Por ejemplo en el supuesto de la STS 1020/2018 a la que anteriormente se ha hecho referencia.

Sin embargo, en opinión de GARCÍA DEL BLANCO, la solución planteada es de absoluto rechazo, *“debiendo exigirse que el grupo criminal suponga un plus de antijuricidad frente a la fase preparatoria de un delito, fase que está sometida a sus propias reglas de tipificación en el sistema numerus clausus determinado en nuestro texto punitivo”*. Por lo que si los delitos tienen tipificada la conspiración en la fase preparatoria, se llega a la conclusión de que estas conspiraciones específicas quedarán desplazadas por el tipo del artículo 570 ter, por abarcar el conjunto de todas ellas (principio de especialidad del artículo 8.1 CP). Aunque también se puede

⁷⁷⁷ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 218.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

entender que se trata de un bien jurídico diferente a la puesta en peligro por la conspiración a un delito concreto, por lo que se plantea la duda entre aplicar un concurso de delitos o un concurso de leyes a resolver aplicando el principio de consunción (artículo 8.3 CP)⁷⁸⁰.

6.2.- Las formas imperfectas de ejecución

El delito de trata de seres humanos es un delito de mera actividad y no de resultado por lo que se consuma con la realización de las actividades ilícitas que especifica el precepto con independencia del resultado conseguido⁷⁸¹.

Es indiferente que los sujetos realicen una conducta, varias o todas ellas, ya que al ser un delito de tendencia⁷⁸², responden solo por un delito puesto que requiere conductas alternativas⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Vid., GARCÍA DEL BLANCO, V., "Trata de seres...", *cit.*, p. 219.

⁷⁸¹ En los delitos de mera conducta el tipo sólo requiere una determinada conducta, activa o pasiva, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquélla. A su vez los delitos de mera actividad o de acción (o de conducta activa) requieren algún acto positivo del sujeto. En cambio en los delitos de resultado (o resultativos), el tipo requiere para su consumación la producción de un resultado material o ideal, como consecuencia de la conducta y diferente de la misma, generalmente posterior pero a veces simultáneo a ello. Ver LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, pp. 157-158.

⁷⁸² Los delitos de tendencia son aquellos delitos que influyen en otra persona para que adopte determinadas conductas. Al margen del delito de trata de seres humanos otro ejemplo es el delito de corrupción de menores.

⁷⁸³ Vid., *Circular 5/2011: Sobre criterios...*, *cit.*

Sin embargo, como se explica en el apartado anterior, al castigar los actos preparatorios punibles (la conspiración, la provocación o la proposición), se puede concluir que estamos en presencia de una figura delictiva que no sólo adelanta las barreras de punición, sino que basta que un individuo intervenga en la cadena delictiva para que sea sancionado⁷⁸⁴.

Con lo dicho se puede afirmar, que la consumación en el delito objeto del presente estudio, se produce cuando se lleva a cabo cualquier conducta descrita en el precepto mediante algún medio comisivo relacionado para ejecutar cualquier fin de los previstos en el mismo, sin necesidad de que se realicen todas las conductas relativas a etapas posteriores, ni llegue a producirse la explotación de la víctima⁷⁸⁵. Es decir, basta que se cometa una de las acciones típicas para entender consumado el delito, bien sea por medio de la captación, transporte, traslado, acogimiento, etc. Por tanto, ese tráfico se perfecciona en cada una de las etapas, ya que puede no ser la misma persona la que la capte y la que transporte.

Este delito tal y como está configurado por nuestro legislador, es un delito de consumación anticipada. Esto se traduce en que el delito se consuma en el mismo momento en que el sujeto es sometido a trata. Es decir, cuando se da cumplimiento a las conductas descritas de los verbos típicos (captación, transporte, traslado, acogimiento, etc.) aunque no se haya logrado la

⁷⁸⁴ *Vid., Estudio de Investigación..., cit.*

⁷⁸⁵ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., "El delito de trata de seres humanos" en *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 52, 2016, p. 40.

explotación efectiva de la víctima en ninguna de las modalidades que el precepto recoge⁷⁸⁶.

Lo relevante es que, como este delito se comete en varias fases, cada sujeto adoptará su “rol” y responderá como autor cuando se lleve a cabo la acción típica que le corresponde. Esto es consecuencia de que la ley no exige para dicha comisión haber cumplido totalmente el propósito delictivo del autor; bastando para la comisión con que haya actuado con alguna de las finalidades que describe la norma.

En cambio, si la explotación efectiva llega a producirse, existe un agotamiento del propio delito, provocando no sólo la consumación del ilícito sino que además se logra satisfacer el interés o la finalidad por la que el tratante desplegó su comportamiento prohibido.

Es un delito que admite la tentativa pudiendo ser acabada e inacabada. La tentativa se entiende en una fase previa a la consumación, es decir, en el supuesto por ejemplo en que el sujeto intenta captar a una persona ofreciéndole servicios rentables en los que medie el fraude o el engaño⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ Vid., LLORÍA GARCÍA, P., “Trata de seres...”, *cit.*, 2016, p. 354. Vid., LLORÍA GARCÍA, P., “El delito de...”, *cit.*, p. 391.

⁷⁸⁷ Vid., LLORÍA GARCÍA, P., en: “Trata de seres...”, *cit.*, 2012, p. 307.

6.3.- La responsabilidad de las personas jurídicas

El concepto de persona jurídica lo recogía el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1998 de 2 de junio, en la que establecía que *“la persona jurídica solo puede ser rectamente concebida si se le conceptúa como un instrumento más de los que el Derecho pone al servicio de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico y alcanzar los más diversos fines de interés público y privado reconocidos por el propio ordenamiento”*⁷⁸⁸.

Dado que nuestro texto punitivo actual no establece un concepto de persona jurídica, se debe acudir al artículo 35 del Código civil para poder conceptualizarlo⁷⁸⁹.

Como consecuencia del imperativo marcado por la Decisión Marco 2002/629/JAI (arts. 4 y 5) y el Convenio de Varsovia (art. 22) cuyas pretensiones son equiparables, se establece que en el caso

⁷⁸⁸ La Resolución citada se encuentra incluida en el pormenorizado análisis que se efectúa en la *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010* cuando desarrolla los entes colectivos dotados de personalidad jurídica, disponible en http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp-SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012-vol1-circu-01.pdf?idFil..., fecha última consulta el 27 de abril de 2019.

⁷⁸⁹ Son personas jurídicas: *“1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2. Las asociaciones de interés particular: sean civiles, mercantiles, o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independientemente de la de cada uno de los asociados”*.

de que el delito sea cometido por una persona jurídica, esta deberá responder, siendo indiferente que actúe a título individual o como miembro de un órgano de una persona jurídica, en el que ostente cargo de dirección en la misma o el delito lo cometa aquella persona que, aunque no sea miembro de la misma, actúa en provecho de la persona jurídica. Se exige para ello que su ejecución haya sido posible gracias a la falta de diligencia en la vigilancia o control de quien ostenta autoridad sobre el actuante.

Con carácter general, para todos los delitos, la reforma operada por LO 5/2010 incluyó como novedad la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas con sanciones propias por entidades morales (artículo 31.1 bis CP)⁷⁹⁰. Introdujo novedades importantes con el objetivo de facilitar instrumentos legales que fueran más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Art. 31.1 bis CP:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a).- De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b).- De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometido a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”

⁷⁹¹ Vid., MARTÍN ACÍN, F., “La lucha contra...”, *cit.*, p. 140.

Esta responsabilidad ha sido matizada con la reforma actual que ha sufrido nuestro texto punitivo. Este nuevo modelo establece, junto a las responsabilidades civiles y penales, supuestos de exención de responsabilidad cuando las empresas que intervienen en el mercado se han sometido a planes de vigilancia y prevención en el ámbito de la actuación delictiva⁷⁹², las conocidas como *compliance penal*⁷⁹³.

Tal inclusión por la rama más gravosa de sanción, el derecho penal, ha provocado división doctrinal.

En mi opinión considero acertada su regulación por la rama penal, no porque lo determine la UE sino porque es una medida para controlar las ganancias que procedan de los delitos teniendo en cuenta que detrás de la comisión de un delito de tal gravedad como es el de trata de seres humanos, se encuentran organizaciones criminales que se dedican a otras actividades delictivas. Sin embargo, autores como MORALES PRATS⁷⁹⁴ y LLORIA GARCÍA

⁷⁹² LLORIA GARCÍA, P., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos relacionados con el mercado de valores", en *Actualidad Revista Iberoamericana*, Nº 7, 2017, pp. 24-25.

⁷⁹³ En opinión de GARCÍA RIVAS con este sistema de responsabilidad empresarial establecido en el art. 31 y siguientes del CP se incumple de manera grave el Convenio de Estambul, ya que exige realizar todas las reformas legales para prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer por parte de cualquier persona física o jurídica. En este sentido defiende que se elimine la exención de pena para la persona jurídica contenida en los apartados 3 y 4 del art. 31 bis CP cuando se trate de un delito de trata sexual regulado del art. 177 bis CP. *Vid.*, GARCÍA RIVAS, N., "Responsabilidad penal de...", *cit.*, pp. 78-79.

⁷⁹⁴ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp.78-85.

son críticos en cuanto a la regulación por la rama penal, considerando que se debería de haber escogido el castigo en vía administrativa, opción que se ha seguido en el derecho comparado⁷⁹⁵. Los argumentos que mantiene en concreto LLORIA GARCÍA se reducen a los siguientes:

-1º.- El argumento de la función preventiva del Derecho penal, llevado al extremo supone dotar al derecho penal de una función promocional que no le corresponde.

-2º.- La satisfacción de la víctima no debe ser un fin del Derecho penal, puesto que está orientado a otros menesteres.

-3º.- La existencia de una condena penal de un ente moral no garantiza el cumplimiento del resarcimiento que se pretende con su inclusión. En este sentido, considera que, si la persona jurídica responde civilmente de manera solidaria o subsidiaria por los hechos ilícitos cometidos por las personas físicas que la componen o sirven, puede ser más fácil alcanzar una reparación que en los casos en los que se exige responsabilidad penal directa de la persona jurídica en la que puede quedar exenta por razón de los planes de prevención.

Al margen de estas argumentaciones, se debe manifestar que la legislación europea no obliga a la sanción penal directa de las personas jurídicas, siendo decisión exclusiva del legislador español.

El objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica debe centrarse en acreditar, a través de los medios de prueba con que se cuente en cada caso, que las personas físicas a las que se refiere los dos apartados del número 1 del artículo 31 bis CP (es decir, representantes, gestores de hecho o de derecho y

⁷⁹⁵ Vid., LLORIA GARCÍA, P., "Responsabilidad penal de...", *cit.*, pp. 27-28.

subordinados en la jerarquía en la empresa) cometen el delito en las circunstancias concretas a las que la Ley se refiere.

Al respecto, conforme la redacción que ofrece este precepto se introduce una doble vía de imputación en la que responde la persona jurídica tanto por los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto por aquellos que, o están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o tienen facultades de organización o control y por los delitos cometidos por los subordinados a las personas físicas que se encuentran en el primer párrafo, por haber incumplido gravemente los deberes de supervisión o vigilancia.

De esa manera, el artículo referenciado ofrece por tanto una responsabilidad autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que disminuye los intentos que puedan existir de deslindar responsabilidades entre la persona física y la jurídica y viceversa.

Sin embargo, no basta cualquier incumplimiento de vigilancia o control para que se pueda establecer la transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica, sino que es necesario que se ofrezca una prueba que haga plausible que se trató efectivamente de un incumplimiento grave del deber de vigilancia, excluyendo de esta tipificación las acciones que carezcan

de un mínimo de gravedad⁷⁹⁶. En este sentido, la STS 154/2016, de 29 de Marzo afirmaba que:

*“El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión de un delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización (...)”*⁷⁹⁷ y la STS 221/2016 de 16 de Marzo en la que establecía que *“la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un delito previo por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva”*⁷⁹⁸.

Así pues, el legislador español, para dar cumplimiento a los mandatos internacionales⁷⁹⁹, estableció en el número 7 del artículo

⁷⁹⁶ Vid., LLORIA GARCÍA, P., “Responsabilidad penal de...”, *cit.*, p. 32.

⁷⁹⁷ STS 154/2016 de la Sala 2ª de lo Penal de 29 de Marzo, Recurso de Casación núm. 10011/2015, Ponente D. José Manuel Maza Martín, FD 8º. Extraída de LLORIA GARCÍA, P., “Responsabilidad penal de...”, *cit.*, p. 33.

⁷⁹⁸ STS 221/2016 de la Sala 2ª de lo Penal de 16 de marzo, Recurso de Casación núm. 1535/2015, Ponente D. Manuel Marchena Gómez, FD 5º. ECLI:ES:TS:2016:996. Extraída de LLORIA GARCÍA, P., “Responsabilidad penal de...”, *cit.*, p. 33.

⁷⁹⁹ En concreto aparecían reflejadas tanto el art. 22 del Convenio de Varsovia como en el art. 5 de la Directiva 2011/36/UE, y ello con el objetivo de que la persona jurídica respondiera tanto cuando el delito de trata era cometido en su provecho por cualquiera, de manera individual o bien formando parte del órgano de una persona jurídica cuando adquiriese el cargo directivo en esta, o bien cuando el delito lo cometiera quién actúa en provecho de la persona jurídica, pese a no ostentar cargo directivo, y siempre que dicho delito se hubiera podido cometer por la falta de

177 bis CP, el margen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata, manteniéndose inalterable en su redacción tanto con el texto de 2010 como en el actual, imponiendo una multa proporcional del triple al quíntuple del beneficio obtenido y generando un efecto confiscatorio de las ganancias obtenidas mediante un delito lucrativo.

Junto a esta sanción económica, se establece la posibilidad de aplicar sanciones contenidas en las letras b) a g) del art. 33.7 del CP, que son:

-La disolución de la persona jurídica. Esta medida se entiende para casos extremos, como delitos de especial gravedad y repercusión social, aquellos que revistan las características de delitos masa, caracterizados por el volumen de perjudicados, siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en cada caso concreto en atención al artículo 66 bis y cuidando del posible resarcimiento a las víctimas y/o a la protección de los derechos de los trabajadores y acreedores de la corporación.

-La suspensión de sus actividades por un plazo máximo de cinco años.

-Las clausuras de los locales y establecimientos por un plazo máximo de cinco años.

vigilancia o control de quien ostentaba autoridad sobre el actuante, donde la única obligación concreta en ambos instrumentos se limitaba a la imposición de penas de multa de carácter penal o administrativo, así como de una forma potestativa a la imposición de otro tipo de sanciones.

-La prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición puede ser temporal o definitiva. Si fuera temporal no podrá exceder de quince años.

-La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar en 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

-La intervención judicial con el fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que estime necesario no superior a cinco años.

Al margen de estas medidas, con las reformas operadas en el CP (por la LO 1/2015 de 30 de marzo y la actual LO 1/2019 de 20 de febrero por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP para trasponer Directivas de la UE en los ámbitos financieros y de terrorismo y abordar cuestiones de índole internacional⁸⁰⁰) y en la LECRIM (por la Ley 41/2015, de 5 de octubre) para cumplir con la obligación que tienen los jueces instructores y en atención a lo expuesto en el artículo 334 de la LECRIM, el Juez podrá ordenar el decomiso cuando, a partir de indicios objetivos fundados, considere que los bienes, efectos o ganancias pertenecientes a una persona condenada o investigada provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito.

⁸⁰⁰ BOE núm. 45 de 21 de febrero de 2019, pp. 16698-16712.

En este sentido incluso el legislador establece una serie de exigencias en el precepto por el que se regula, una vez comprobado la realización del hecho y la individualización de la persona física y si se puede establecer conexión de la actuación de la persona física a la jurídica.

Al respecto, como se detalla a continuación, cuando del hecho de la imputación exista una actuación delictiva de la persona física representante de la sociedad y no se den datos suficientes para poder condenar a esta última, no existe inconveniente en castigar a la jurídica si se cumple el resto de los requisitos, una vez constatado la comisión del hecho injusto⁸⁰¹.

Este tipo de bienes, efectos o ganancias son difíciles de rastrear y presentan dificultades en las investigaciones que llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sobre todo cuando estos bienes se encuentran en otros Estados y sean consecuencia de actos continuados por la naturaleza transfronteriza de la trata de personas. Por ello, se hace necesario implantar instrumentos de cooperación internacional para ejecutar exhortos urgentes de embargos preventivos y decomisos, o para utilizar esos bienes conforme a la normativa existentes en cada país⁸⁰².

⁸⁰¹ *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., "Responsabilidad penal de...", *cit.*, p. 33.

⁸⁰² En este sentido la Convención de Palermo, instaba a los Estados para estandarizar e integrar acciones y prácticas para la identificación, el embargo preventivo y el decomiso del producto y de los instrumentos del delito. Incluso, el art. 26 del Protocolo de Palermo establecía la posibilidad de que los Estados obtuvieran la colaboración eficaz de los tratantes en el marco de un proceso penal a cambio de ciertos beneficios procesales.

Nuestro legislador lo regula en el Título VI del Libro I del CP como consecuencia accesoria, aunque en determinados casos, no exige ni condena ni relación de los efectos decomisados con algún delito y puede adoptarse como medida cautelar en atención al artículo 127 octies CP, al artículo 334 LECRIM y siguientes, al artículo 367 bis LECRIM y siguientes y al 803 ter LECRIM y siguientes.

Por mandato de la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, el legislador aprovecha la reforma por la LO 1/2015 para regular este decomiso de efectos de forma sistematizada y desarrollada con carácter general para todos los delitos. Tras la última reforma por la LO 1/2019, se amplía este decomiso para las personas condenadas por tráfico de órganos. Al respecto, en opinión de MARTÍN ACÍN, esta reforma pone fin al doble régimen de decomiso que existía hasta ahora⁸⁰³.

Las novedades que presenta la regulación del decomiso afectan, especialmente a tres cuestiones:

- El decomiso sin sentencia (artículo 127 ter CP⁸⁰⁴). Es un decomiso facultativo del juez o tribunal. En él se establece la

⁸⁰³ Vid., MARTÍN ACÍN, F., "La lucha contra...", cit., p. 140.

⁸⁰⁴ Art. 127 ter CP: " 1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque n medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de algunos de los siguientes supuestos:

a).- Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,

posibilidad de decomiso directo, de bienes equivalentes o ampliados, o supuestos en que no ha recaído sentencia condenatoria en las circunstancias que se mencionan en dicho precepto.

- Decomiso ampliado (artículo 127 bis CP⁸⁰⁵). Como ya se ha expuesto, en la reforma anterior de 2015 se incluía el delito de

b).- se encuentre en rebeldía y ello impida que os hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o

c).- no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguida.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

⁸⁰⁵ El art. 127 bis CP por la LO 1/2019 de 21 de febrero introduce como novedad entre la lista de delitos tasados en los que el juez o tribunal puede ordenar el decomiso el tráfico de órganos.

Art. 127 bis CP: “1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condena por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no acredite su origen lícito:

a).- Delitos de trata de seres humanos.

a bis).- Delitos de tráfico de órganos

b).- Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

...”

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1º.- La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º.- La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

trata de seres humanos. Con la actual reforma de 2019 el legislador incluye también el delito de tráfico de órganos. El resto del precepto se mantiene inalterable respecto de su antecesor. El legislador pretende abarcar casos en los que con indicios fundados (los recogidos en el apartado 2º del artículo) se concreta que determinados bienes o efectos provienen de una actividad delictiva previa donde no se acredita su concreto origen lícito. La excepción a este tipo de decomiso se encuentra en la prescripción de aquellas actividades delictivas de las que derivan los bienes o efectos o que ya han sido objeto de proceso penal con terminación por sobreseimiento o por sentencia absolutoria.

- Decomiso de bienes de tercero (artículo 127 quater CP⁸⁰⁶). Este tipo de decomiso ya se encontraba regulado, si bien la reforma

3ª.- La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten la verdadera titularidad de los bienes.

3. En estos supuestos serán también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso al que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

⁸⁰⁶ Art. 124 quater CP: “1. Los jueces o tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a).- En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

introduce ciertas mejoras técnicas dirigidas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación. Al respecto, se ofrece la posibilidad, que no obligación, de decomiso aunque los bienes, efectos y ganancias de cualesquiera de los supuestos de decomiso directo y ampliado, con o sin condena, de bienes vinculados al delito o como consecuencia de este o de su valor equivalente, se haya transferido a terceros, en los casos establecidos en el precepto.

La buena fe del tercero siempre que éste justifique la causa de la adquisición gratuita o a bajo precio, será causa de exclusión de la aplicación del precepto.

Finalmente, se ha mantenido de forma inalterable respecto de la anterior reforma, la cláusula de proporcionalidad (artículo 128 CP⁸⁰⁷) en mi opinión con buen criterio. De esta forma, como consecuencia de la aplicación de esta cláusula, el Juez no puede decretar el decomiso o incluso decretarlo parcialmente de los efectos e instrumentos susceptibles del mismo que sean de lícito

b).- En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”

⁸⁰⁷ Art. 128 CP: “Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción alguna con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

comercio y cuyo valor no guarde vinculación alguna con la naturaleza o la gravedad de la infracción penal o cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles. Lo contrario sería una atrocidad.

7.- La cláusula concursal

Como ya se ha expuesto, tras la derogación de la inmigración laboral clandestina por la LO 5/2010, de 22 de junio⁸⁰⁸ (artículo 313.1), la trata de personas del artículo 177 bis del CP comienza a diferenciarse del tipo básico de tráfico ilegal o inmigración clandestina del artículo 318 bis.

En este sentido existe un concurso infraccional cuando al margen del delito de trata de personas, los hechos den lugar a la comisión efectiva de otros. El problema es que el legislador no especifica la naturaleza de este concurso de delitos⁸⁰⁹.

Hasta esa fecha tanto la presencia del artículo 318 bis como del artículo 313.1 del CP, generaban dificultades para deslindar algunas conductas como el tráfico de inmigrantes y la trata, creando problemas concursales.

La consecuencia más inmediata ante este problema de interpretación obligaba a reducir el castigo en el caso de sujetos

⁸⁰⁸ *Vid.*, CORCOY BIDASOLO M. /MIR PUIG, S., “De la trata de...”, *cit.*, p. 182.

⁸⁰⁹ *Vid.*, TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres...”, *cit.*, p. 183.

pasivos extranjeros, obviándose la protección de los nacionales y planteando dudas en la protección del bien jurídico debido a la confusión entre situaciones de trata y las de tráfico de inmigrantes.

Así pues, con la introducción del artículo 177 bis y la derogación de la previsión del número 2 del artículo 318 bis y del número 1 del artículo 311, el legislador no sólo corrigió las críticas emitidas por la doctrina, sino también atendió las demandas contenidas en la DM 2002/629, en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas⁸¹⁰ y en el Anexo II de la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, de 11 de noviembre de 2000 (Nueva York)⁸¹¹.

A partir de la diferenciación terminológica de estos dos conceptos, el legislador mantiene inalterable la cláusula concursal del número 9 del artículo 177 bis del CP.

De acuerdo con el contenido del precepto, se afirma la existencia de un concurso de delitos entre el delito de trata de personas del artículo 177 bis CP y el delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP. El fundamento estriba en que ambos preceptos no protegen el mismo bien jurídico, ya que mientras que el 318 bis CP protege el control de flujos migratorios y sanciona por

⁸¹⁰ BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 2003.

⁸¹¹ Vid. LLORIA GARCÍA, P., en: "Trata de seres...", *cit.*, 2016, p. 331. Vid., LLORIA GARCÍA, P., "El delito de...", *cit.*, p. 393.

tanto el cruce ilegal de fronteras, el 177 bis CP protege la dignidad⁸¹².

A partir de la existencia de ese concurso de la trata con el tipo básico del artículo 318 bis CP, se plantea si puede existir concurso de trata con los tipos cualificados del precepto 318 bis CP.

En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE defiende que *“como única solución respetuosa con los principios de fragmentariedad y mínima intervención, es cumplir escrupulosamente los mínimos de tipificación penal derivados de los instrumentos comunitarios (contemplados en la Directiva 2002/90/CE), dejando la sanción del resto de conductas que tengan que ver con el cruce ilícito de fronteras en manos del Derecho administrativo sancionador. Mientras ello no suceda, lo único que por el momento debe aclararse es que puede haber el concurso de la trata con el tipo básico del delito de tráfico de personas, pero no con los tipos cualificados en éste previstos”*⁸¹³.

Comparto esta postura de aplicar tan solo el concurso medial al tipo básico del delito de trata de personas dejando al margen los tipos cualificados que prevé este delito, porque de esa manera los autores no se benefician de la aplicación de ese concurso cuando se han dado las circunstancias exigidas para los tipos cualificados aplicándose las penas por cada uno de los delitos cometidos por separado.

⁸¹² La aludida STS 1020/2018 de la Sala de lo Penal de fecha 22 de marzo de 2018, FD 3 A)tercero 4 y 5, efectúa un completo análisis de la aplicación de un concurso medial cuando de los hechos se infiera que se cometen estos delitos.

⁸¹³ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata...”, *cit.*, p. 858.

De igual modo, el delito de trata de seres humanos en este número, también hace referencia al concurso de delitos entre la propia figura de la trata y las que se corresponden con las lesiones específicas que se generen en el transcurso de la comisión del delito, así como la culminación de los fines perseguidos. De este modo las conductas tipificadas en el apartado 1 del artículo 177 bis CP adquieren autonomía en la medida que se realicen con alguna de las finalidades señaladas en dicho apartado. Estas finalidades se identifican con los fines de la explotación de las víctimas de este delito, por lo que constituyen el elemento subjetivo del injusto de este precepto. Como ya se ha señalado el precepto exige que aparezcan las modalidades comisivas expuestas con la finalidad de explotación sexual laboral, extracción de órganos, matrimonios forzados o explotación para actividades delictivas, sin necesidad de que estas finalidades lleguen a ejecutarse. Si finalmente se ejecutan, darán como resultado la correspondiente situación concursal con el delito contra la libertad sexual, contra la libertad, contra los derechos de los trabajadores, contra los delitos de extracción de trasplantes, contra el delito de matrimonio forzado o contra el delito de explotación para realizar actividades delictivas⁸¹⁴.

Su justificación deviene en la práctica por la adopción del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala del TS de fecha 2 de febrero de 2008, en relación con el concurso real entre el delito de tráfico de personas y el artículo 188 CP, cuando el tráfico ilegal iba seguido de la determinación de la prostitución coactiva. En este sentido el delito de trata entra en concurso (en la mayoría de casos

⁸¹⁴ *Vid.*, CANO PAÑOS, M.A., “Los delitos de...”, *cit.*, p. 426.

medial), cuando se explota sexualmente a la víctima, con los delitos contemplados en los artículos 187, 188 y 189 del CP y cuando se la explota laboralmente concurren los delitos 311 y siguientes del mismo texto punitivo.

En definitiva, entre el delito de trata de personas y el delito posterior perseguido debe apreciarse dada la proximidad temporal y espacial un concurso real, es decir, son dos o más delitos con sustantividad propia y procede la acumulación de sanciones (art. 73). Sin embargo, el concurso entre medios típicos necesarios para la comisión del delito de trata debe solucionarse como concurso ideal⁸¹⁵.

8.- Las consecuencias jurídicas

8.1.- La reincidencia internacional

Se encuentra regulada en el número 10 del artículo 177 bis CP, en el se prevé que las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los establecidos aquí, producirán los efectos de reincidencia, dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio de Varsovia⁸¹⁶,

⁸¹⁵ *Vid.*, TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Trata de seres...", *cit.*, pp. 183-184.

⁸¹⁶ Art. 25 del Convenio de Varsovia: Condenas anteriores: "*Cada Parte adoptara medidas legislativas y de otra índole para prever la posibilidad de tener en cuenta,*

posibilitándose a que en el marco de la aplicación de la pena se tengan en cuenta las condenas anteriores firmes pronunciadas por Tribunales de otra parte firmante del convenio.

El propósito del mismo es la criminalización en el ámbito global de estas conductas, estableciéndose límites mínimos a cumplir por parte de los países firmantes, cuando se trata de convenios internacionales y por los integrantes de la Unión en el caso de instrumentos que proceden de Europa⁸¹⁷.

Con la aplicación de este apartado, que por otra parte no sufre modificación alguna frente a la anterior reforma, el legislador español reproduce disposiciones semejantes a las contenidas en la incriminación de otros ilícitos caracterizados usualmente porque su comisión, en la mayoría de casos, vienen desarrollándose por organizaciones criminales que operan en el ámbito internacional, como suceden en delitos como la prostitución (artículo 190 CP⁸¹⁸), el tráfico de drogas (artículo 375 CP⁸¹⁹), el delito de falsificación de

para la apreciación de la pena, las condenas firmes impuestas en otra Parte por infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio”.

⁸¹⁷ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE C., en “De la trata de...”, *cit.*, 2011, p. 300; Vid. CORCOY BIDASOLO M. / MIR PUIG, S., “De la trata de...”, *cit.*, pp. 177-178.

⁸¹⁸ Art. 190 CP: “La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este Capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia”.

⁸¹⁹ Art. 375 CP: “Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”.

moneda (artículo 388 CP⁸²⁰) o en delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

8.2.- La exención de responsabilidad criminal para las víctimas de la trata por los delitos cometidos

El artículo 26 del Convenio de Varsovia establecía la obligación de que los Estados prevean la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello⁸²¹.

Posteriormente la Directiva 36/2011/CE incorporó esta modalidad de explotación en la trata de seres humanos.

Así pues, en cumplimiento de dichas disposiciones, el legislador español prevé la excusa absolutoria o causa personal de levantamiento de pena a las víctimas de los delitos de trata por las

⁸²⁰ Art. 388 CP: *“La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español”.*

⁸²¹ Art. 26 del Convenio de Varsovia: Disposición de no sanción *“Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida en que se hayan visto obligadas a tomar parte de ellas”.*

infracciones penales que estas hayan cometido en la situación de explotación sufrida, basada en la inexigibilidad de conducta adecuada a derecho por parte de quien se hallare en dicha situación. Esta disposición que aparece en el número 11 no se preveía en el texto del Proyecto que condujo a la inclusión del delito en 2010⁸²². Sin embargo, finalmente se estableció de una forma diferente, no sufriendo modificación alguna en la última reforma de 2015.

Con dicho precepto se desvela el carácter más centrado en la víctima, a la que se había hecho referencia en otros apartados, mucho más acorde con los derechos humanos⁸²³, que nada tiene que ver con la negativa de la propia víctima a colaborar con las autoridades.

Se trata de situaciones en las que el tratante se aprovecha de esa situación de dominación que mantiene con su víctima y la utiliza para la comisión de diferentes actividades delictivas. Si a esto le añadimos que la mayoría de víctimas son extranjeras, carentes de

⁸²² Esta se incluyó dentro de la tramitación parlamentaria por obra de la única enmienda transaccional admitida en la Ponencia que se ha introducido en el artículo, si bien sobre la base de la enmienda 443 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aunque la redacción final del precepto fue diferente de la inicial, ya que mientras en esta, para que se diera la exención en la víctima bastaba con que esta hubiera cometido los delitos que se trate como consecuencia de la explotación, en el texto definitivo, se exige que estas actividades delictivas se hayan cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido además consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho cometido.

⁸²³ *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., "De la trata de...", *cit.*, p. 1264.

arraigo en el país de destino, sin recursos, desamparadas, con la obligación de reintegrar a sus captores sumas importantes de dinero y sometidas a una violencia o intimidación desmedida capaz de doblegar su voluntad, comporta el patrón de una situación de vulnerabilidad⁸²⁴.

Así, la víctima debe ser conocedora de que no ha incurrido en delito alguno al llevar a cabo actos ilícitos desarrollados en situación de explotación y en su consecuencia, bajo violencia, intimidación, abuso o engaño, es decir, por los actos llevados a cabo en el momento posterior de explotación. Ello incentivará la participación activa de las propias víctimas en el procesamiento penal de sus tratantes.

El tipo penal exige que esta excusa absolutoria deba concurrir en el momento de la ejecución del delito. Son situaciones que se colocan más allá del injusto y la culpabilidad, porque no afectan al bien jurídico. En la práctica estos supuestos, que atentan contra bienes jurídicos relevantes, lo realizan con una lesividad mínima y presentan un carácter transitorio muy acentuado, ya que se ciñen a la situación de explotación de la víctima⁸²⁵. En contraposición a esta postura, existen autores, entre ellos ECHARRI CASI que defienden que puede existir esta excusa incluso antes de antes de la consumación del delito de trata⁸²⁶. Comparto su teoría,

⁸²⁴ ECHARRI CASI, F.J., "La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas" en *Diario La Ley* Nº 9434, Sección Doctrina, 2019, p. 1

⁸²⁵ *Vid.*, ECHARRI CASI, F..J., "La excusa absolutoria...", *cit.*, p. 3.

⁸²⁶ Entiende este autor que lo contrario haría excluir supuestos en los que la víctima captada con violencia, intimidación o engaño, es obligada a participar por ejemplo en

ya que la protección debe entenderse en el momento en que la víctima es captada porque existe una finalidad de explotación, cumpliendo con el elemento subjetivo del delito y siempre y cuando se utilicen las diferentes modalidades delictivas que incluye el tipo, bien sea mediante violencia, intimidación, engaño, abuso de necesidad o de vulnerabilidad o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento del tratante que posee el control sobre la víctima, exceptuando a las víctimas menores de edad con fines de explotación. Considero que si el tratante puede ser condenado por el delito de trata sin que llegue a consumarse la explotación, del mismo modo a la víctima se le puede aplicar la excusa absolutoria sin que llegue a consumarse la situación de explotación.

Sin embargo, cuando no se puede abarcar esta cláusula de levantamiento de pena específica, deben efectuarse dos consideraciones según tiene establecido la doctrina⁸²⁷:

a).-Por un lado, si la situación de explotación se interpreta de forma restrictiva, es decir, únicamente como aquella para la víctima que principalmente es explotada, puede dar lugar a problemas de interpretación. Piénsese en aquellos supuestos en que las víctimas son explotadas en varios ámbitos, por ejemplo, en aquellas situaciones en los que una víctima explotada de forma

la falsificación de su documentación personal, a fin de facilitar el paso fronterizo y acabaría siendo enjuiciada por su participación en tales conductas. *Vid.*, ECHARRI CASI, F.J., "La excusa absolutoria...", *cit.*, pp. 3-4.

⁸²⁷ Defendiendo esta postura se encuentra VILLACAMPA ESTIARTE. *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de...", *cit.*, pp. 856-857.

sexual preferentemente, haya sido simultáneamente obligada a traficar con drogas. Si únicamente se entendiera como situación de explotación sexual, cabe el peligro que dicho levantamiento de pena no abarque a los delitos de tráfico de drogas eventualmente cometidos.

b).-Por otro lado, cuando el precepto alude a la exigencia de proporcionalidad entre la situación de explotación con los medios mencionados y el hecho criminal que se ha producido. Entiende VILLACAMPA ESTIARTE y comparto su opinión, que:

“Dado que la exigencia de proporcionalidad acerca demasiado el fundamento último de la causa de levantamiento de pena con el interés preponderante y que no debería resultar requerido en supuestos de inexigibilidad, que son los que el padecimiento continuado de una situación de trata y su posterior esclavitud o servidumbre con empleo de tales medios puede provocar, la solución se encuentra en la necesidad de interpretar en sentido generoso, a favor de la víctima, la exigencia de proporcionalidad, sin limitarla a los estrechos límites de ponderación aplicados como el estado de necesidad. De no hacerlo así, puede bloquearse la aplicación de esta cláusula. En caso de que se de esta situación, se puede acudir a la eximente de miedo insuperable en la mayor parte de estos supuestos, pues explícitamente no se exige analizar el mal causado con el que amenaza en esta eximente. En la práctica el problema lo encontramos en que la concreción de los términos para fijar esa proporcionalidad queda en manos de los operadores jurídicos”⁸²⁸.

⁸²⁸ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de...”, *cit.*, p. 857.

En opinión de PÉREZ CEPEDA, la finalidad político criminal de esta medida se encuentra dirigida a la protección y rehabilitación de las víctimas y no a fomentar su persecución⁸²⁹.

La víctima no puede ser indebidamente acusada de conductas criminales en las que no actuó con voluntad propia. Por tanto, iniciado un procedimiento judicial por delito de trata de seres humanos, si existieran otros procesos abiertos contra alguna o algunas de las posibles víctimas, por aquellos delitos que hubieran cometido durante el período de explotación, una vez acreditada la condición de víctima de trata, debe procederse a la inmediata paralización de estos, en tanto en cuanto no finalice por resolución firme el procedimiento incoado por el delito de trata. Sin embargo, dicha identificación no siempre es posible ya que suele producirse en la fase final de la explotación e incluso puede darse el caso de que se identifique a la víctima cuando haya recaído sentencia condenatoria contra una supuesta víctima de la trata por cualquiera de las conductas delictivas o que dicha condena se esté ejecutando. En estos casos, como señala ECHARRI CASI, una solución antes de recurrir a la figura del indulto, sería plantear un recurso extraordinario de revisión⁸³⁰, sin necesidad de que se vuelva a aperturar una nueva instrucción de la causa o la celebración un nuevo juicio. Sería suficiente que una vez anulada la sentencia y acreditada la condición de víctima, y por analogía la excusa

⁸²⁹ PÉREZ CEPEDA, A.I., "Fenómeno de la trata y regulación penal internacional de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual", en *Jornadas sobre la Trata de Seres con fines de explotación sexual. Escuela Nacional de Policía*. Ávila, abril 2014, p. 10.

⁸³⁰ Con la reforma por la Ley 41/2015 de 5 de octubre se amplía formalmente los supuestos en los que cabe recurso de revisión en el precepto 955 LECR.

absolutoria, que el Juzgado o el Tribunal competente dictase una sentencia absolutoria o bien un auto de sobreseimiento libre⁸³¹.

Una situación controvertida se puede dar en el supuesto de que la víctima de trata de seres humanos no se encuentra investigada o condenada por ninguna otra actividad delictiva en nuestro país, pero es objeto de una solicitud de extradición por parte de las autoridades de un país extranjero. En este caso solicitará asilo, de tal forma que dicha solicitud de protección, como recoge el artículo 19.2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, *“suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier procedimiento de extradición de la persona interesada que se halla pendiente”*⁸³².

Finalmente, aplicada esta excusa absolutoria, deberán dejarse sin efecto, como no puede ser de otra manera las consecuencias aplicadas en los artículos 57 LOEX y 89 CP, es decir, la expulsión del territorio nacional así como la sustitución de la pena por expulsión⁸³³.

⁸³¹ Vid., ECHARRI CASI, F.J., “La excusa absolutoria...”, *cit.*, pp. 7-9

⁸³² Vid., ECHARRI CASI, F.J., “La excusa absolutoria...”, *cit.*, pp. 10-11.

⁸³³ Vid., ECHARRI CASI, F.J., “La excusa absolutoria...”, *cit.*, p. 3.

9.- Conclusiones

Con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador introduce por primera vez en nuestro texto punitivo un nuevo Título VII bis compuesto por un solo artículo, el 177 bis CP, que tipifica el delito de trata de seres humanos.

La estructura del artículo 177 bis del CP, se considera compleja, ya que junto al tipo básico se recogen varios tipos agravados o hiper-agravados en atención a criterios tales como la situación personal del sujeto pasivo o la pertenencia a grupos organizados de los sujetos activos.

Esta regulación de la trata que en su momento se plasmó en el Anteproyecto de LO de reforma del CP de 2009, que da paso a la reforma a la que en líneas anteriores se hace referencia de 2010, es básicamente la que se contenía en el Anteproyecto de LO de reforma del Código penal de 2008, con las mejoras incorporadas tras la opinión de los operadores jurídicos del Consejo General del Poder Judicial, en el informe emitido en relación con el Anteproyecto.

La inclusión del precepto en definitiva, deriva de la ratificación del Estado español de tres instrumentos internacionales, obligándose a incriminar la conducta delictiva. Los tratados internacionales referenciados son, el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños, la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI) relativa a la Lucha contra la Trata de Seres

Humanos y por último el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 16 de mayo de 2005, o también llamado Convenio de Varsovia.

Sin embargo, dado que la primera redacción del artículo 177 bis CP, no recoge en su totalidad las previsiones que demandan los tratados, el legislador se ve abocado a su modificación.

Con la aprobación de la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del CP y a pesar de lo plasmado en su Exposición de Motivos, las modificaciones efectuadas por el legislador en el delito de trata de seres humanos en el texto actual no es una consecuencia directa de la aprobación de la Directiva 2011/36/UE. En realidad en la mayor parte de supuestos se da la necesidad de introducir mejoras técnicas por las imperfecciones que se habían detectado ya antes de la aprobación de la referida Directiva. Sin embargo, estas modificaciones sólo afectan en el sentido de dar cumplimiento a las exigencias en incriminación de conductas derivadas del estándar internacional⁸³⁴.

Sin embargo, el legislador con la nueva reforma no ha logrado la transposición completa y adecuada a los requerimientos internacionales⁸³⁵, ya que si la implantación de este delito en el año 2010 fue objeto de críticas por su extensión y la falta de precisión en los términos utilizados, con la reforma actual no han dejado de añadirle elementos que dificultan aún más la decisión judicial.

⁸³⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata...", *cit.*, 2015, p.403.

⁸³⁵ Vid., IGLESIAS SKULJ, A., "De la trata..." *cit.*, 2015, pp. 569-570.

En cuanto a la penalidad del tipo básico no ha recogido las críticas respecto de lo elevado de sus penas. Basta para su comprobación la redacción de las penas establecidas por el artículo 4 de la Directiva 2011/36/UE y el artículo 23 del Convenio de Varsovia. Atendiendo a estas normas se introducen modificaciones ampliando los supuestos de explotación, las modalidades de comisión y las conductas.

En cuanto al tipo básico, tomando como base el concepto internacional de trata y teniendo en cuenta los tres elementos inherentes al mismo, se han dado ciertas mejoras técnicas en comparación con la anterior.

La primera de estas y por lo que afecta a la acción prevista en el propio delito, se ha incluido con acierto como conducta típica el intercambio y la transferencia de control sobre las personas. Esta conducta estaba incluida en el Protocolo de Palermo, pero no se había recogido con la redacción de 2010. La consecuencia de dicha inclusión, es que el verbo “trasladar”, podrá identificarse con el traslado físico. Asimismo, se ha suprimido uno de los verbos que integran la referida conducta, siendo este el de “alojar”. El motivo deviene porque el alojamiento sigue necesariamente a la recepción, con lo que ya la conducta precedente estaría incriminada.

La segunda la encontramos en las modificaciones incluidas en el tipo básico referidas a los medios empleados para la realización del mismo. El legislador incluye como medio comisivo tanto la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control de las

víctimas⁸³⁶, como la situación de necesidad o vulnerabilidad⁸³⁷ atendiendo su significado a que la persona no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Como consecuencia de que el legislador español mantiene como medio comisivo el abuso de la situación de necesidad junto a la vulnerabilidad de la víctima, exigiendo que sea únicamente la situación personal (y no cualquiera como se mantenía en la anterior regulación) la que determine la especial vulnerabilidad de la víctima, se conforma que queda en el tipo básico los casos de abuso de situación de necesidad por razones económicas. De acuerdo con esto, ese aprovechamiento de la situación de necesidad por razones económicas sólo integrará el delito de trata en los supuestos en que la persona no tenga más alternativa que someterse al abuso⁸³⁸.

El resultado ha provocado escoger una fórmula que permite una interpretación que incluye supuestos poco adecuados. Efectivamente, la definición de vulnerabilidad adoptada es utilizada como sinónimo de pobreza. Sin embargo, esta no debe limitarse a una cuestión de falta de ingresos o de la condición migratoria irregular. En este sentido, la doctrina considera que una respuesta proporcionada debe partir de una condición, que a su vez, es el

⁸³⁶ Esta forma de realización ya se encontraba incluida como comisión tanto en la definición de trata del art. 3 del Protocolo de Palermo, del art. 3 del Convenio de Varsovia, como en el art. 2 de la Directiva 2011/36/UE. Esta incorporación busca averiguar supuesto tales como la venta, la permuta o alquiler de víctimas.

⁸³⁷ Art. 2.2 de la Directiva 2011/36/UE: *“Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”*.

⁸³⁸ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de...”, *cit.*, 2015, p.406.

resultado de la concurrencia de diferentes factores tales como los sociales, culturales, políticos y económicos negativos.

La tercera de estas mejoras técnicas se encuentra con las modificaciones respecto de las modalidades de explotación posibles, en las que se incluyen con acierto la explotación para realizar actividades delictivas, recogida en el artículo 177 bis 1.c) (esta forma de explotación no estaba prevista en ningún instrumento normativo hasta su aparición en el artículo 2.2 de la Directiva 2011/36/UE) y la celebración de matrimonios forzados establecida en el artículo 177 bis 1.e). El legislador busca con ella que el proceso que conduce al forzado a contraer matrimonio, deba subsumirse preferentemente en el delito de trata de seres humanos si concurren los requisitos típicos que se requieren para ello, sin perjuicio de que se pueda establecer un concurso de delitos entre el contemplado en este artículo 177 bis y el previsto en el actual artículo 172 bis.1 CP para el supuesto de que este llegue a celebrarse.

Junto a estas modificaciones, se ha eliminado de este precepto la referencia al trabajo forzoso, así como la trata para la explotación laboral, donde se proponía una reordenación de las formas posibles en que la explotación de las actividades con contenido económico podía tener cabida. Se apelaba en el texto proyectado a la imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad. La referencia a las prácticas similares o análogas se debe mantener única y exclusivamente referida a la esclavitud, como finalmente se ha plasmado.

En cuanto a las modificaciones respecto de los tipos cualificados del delito de trata que se recogen en el número 4 del precepto y concretamente en lo que concierne a la segunda, debe tenerse en cuenta que, frente al texto anterior demasiado amplio respecto del peligro al que se somete a la víctima, esta incorporación cumple de forma más clara con la Directiva 2011/36/UE al detallar los supuestos. Asimismo, se han incorporado nuevos elementos con el objetivo de poder determinar la situación de especial vulnerabilidad que pueda sufrir una persona, tales como la discapacidad, enfermedad, y/o estado gestacional. En cuanto a la situación personal debe estarse a la crítica de la definición de vulnerabilidad incorporada en esta oportunidad. Respecto a los menores de edad, debe tenerse en cuenta que en estos casos no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos. A este respecto, debería haberse especificado en circunstancias especiales el mayor contenido de injusto.

Por último, al margen de lo expuesto, se constata en la presente regulación una protección mayor para las víctimas frente a estas conductas, excediendo de la mera incriminación. Es la inclusión en el artículo 57 del CP del delito de trata de seres humanos como uno de aquellos cuya comisión permiten la imposición de penas de alejamiento del artículo 48 del CP, planteando su limitación a los tipos cualificados del delito.

CAPÍTULO IV
LA EXPLOTACIÓN SEXUAL EN LA
TRATA DE MUJERES

LA EXPLOTACIÓN SEXUAL EN LA TRATA DE MUJERES

1.- Introducción

La feminización de los flujos migratorios ha provocado que las mujeres decidan emigrar con el objetivo de alcanzar una vida plena que no han conseguido en sus países de origen, no sólo para ellas sino también para sus familiares más allegados.

En nuestro país, muchas de ellas, por las condiciones en las que han sido trasladadas o por la desigualdad de oportunidades que se les plantean, acaban ejerciendo la prostitución bien en la calle o bien en prostíbulos, controlada por las mafias y siendo víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Esa explotación a la que acaban siendo sometidas debe ser entendida como una clase de violencia de género, motivo por el cual, el fenómeno de la trata debe abordarse desde la óptica de la víctima.

Como se analiza a continuación, a pesar de los esfuerzos legislativos que ha venido desarrollando España, tal como reconoce el GRETA, se debe fortalecer más la coordinación de la acción nacional contra la lucha de la trata de seres humanos.

En el ámbito nacional, destaca por su importancia el Plan Estatal en materia de violencia de género aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en un acuerdo transaccional el 15 de noviembre de 2016, más conocido como el Pacto de Estado.

Como consecuencia de la aplicación de dicho Plan y de acuerdo con las prioridades marcadas en el mismo, se efectúa en el presente capítulo un análisis exhaustivo de los derechos que asisten a las víctimas en la Ley 4/2015 de 27 de Abril del Estatuto de la Víctima, entre las que se incluyen a las víctimas de la trata de seres humanos. El objetivo es responder a la cuestión de si es necesaria o no la aplicación de una Ley Integral de Trata de Seres Humanos, lo que es demandado por cierto sector de la doctrina.

Finalmente, se analiza el Pacto Valenciano contra la violencia de género y machista aprobado el 7 de Julio de 2017.

En definitiva, se trata de examinar si, para conseguir erradicar esta lacra que padecen mayoritariamente mujeres y niñas en un contexto de desigualdad y discriminación cada vez más en auge, es necesario promover un cambio social y cultural, reduciendo la demanda de servicios sexuales que mantienen vivo el delito de trata de seres humanos en los países de destino.

2.- La feminización de los flujos migratorios

Los movimientos migratorios, caracterizados por la feminización de los mismos y la trata de mujeres han aumentado en las últimas décadas. La emigración provoca efectos devastadores en los países de origen creando una dependencia de los países pobres, provocando una continúa degradación en estos últimos.

Los cambios culturales han contribuido a que la mujer, que siempre ha ocupado en exclusiva un papel de labor de cuidado en el hogar y de afecto de los miembros de la familia, creando un estrecho vínculo con los hijos basados en la ayuda y apoyo emocional, se ha convertido en una fuerza de trabajo en las distintas áreas laborales. Ello impacta de manera directa en la dinámica familiar, generando en ciertos casos un desequilibrio en la idea preconcebida del papel de madre. La madre deja de estar en casa con sus hijos y pasa a hacerse cargo de la producción económica.

Esta feminización ha supuesto un cambio en la ideología patriarcal y en las dinámicas y estructuras familiares⁸³⁹. La migración de las mujeres se corresponde con la actual transformación de los flujos migratorios en los que estas féminas no viajan ya con objeto de acompañar a sus parejas, sino que son ellas las que toman la iniciativa de sustentar económicamente a la familia, a pesar del riesgo que supone, para encontrar una vida digna. De

⁸³⁹ PULGARÍN ARIAS, G.E., "Migración internacional: implicaciones psicosociales y análisis de género en la estructura familiar en el área metropolitana centro occidente", disponible en *Grabios Disciplinarios de la UCPR*, N° 18, 2012, pp. 19-34.

esta forma una vez en el país receptor se encargan de enviar dinero a su familia para mantener económicamente a sus hijos⁸⁴⁰.

Este fenómeno suele ser el resultado de la conexión entre los sistemas de desigualdad social y deterioro del mercado de trabajo en los lugares de origen, provocados por los procesos de reestructuración productiva y apertura económica⁸⁴¹. El resultado final es la decisión de migrar de la mujer.

Sin embargo, no siempre llegan a alcanzar la vida anhelada. La migración femenina en este sentido es la más perjudicada. Los estados organizan básicamente la migración en términos de necesidades laborales. Esta migración, de acuerdo con los condiciones que establece el estado receptor y en función de sus necesidades, va dirigida especialmente a la población masculina, mientras que las mujeres se ven en la necesidad de utilizar canales extraoficiales para poder salir de sus países, provocando que su incorporación en el trabajo globalizado produzca una doble situación de explotación, en la medida en que son mujeres y son pobres.

Estas situaciones pueden desembocar en una internalización del contrato sexual, ocupando puestos de trabajo mal remunerados vinculados al servicio doméstico, convirtiéndose en las *mail order brides*⁸⁴² o dedicándose a la prostitución⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Vid., PULGARÍN ARIAS, G.E., "Migración internacional: implicaciones...", *cit.*, pp. 19-34.

⁸⁴¹ ROSAS C., "Discusiones, voces y silencios en torno a las migraciones de mujeres y varones latinoamericanos. Notas para una agenda analítica y política", en *Anuario americanista europeo*, Nº 11, 2013, pp. 127-148.

⁸⁴² Esposas o novias por correo o por catálogo.

Para evitar estas desigualdades de sexos, se debe establecer una valoración igual entre las personas, en iguales garantías de autodesarrollo y autodeterminación. Ello dará como resultado la base de la igualdad. Lo contrario provoca injusticia.

En opinión de MESTRE I MESTRE, el método de sexo género que sostiene el sistema social, se reduce a evitar caer en cuatro principios, siendo los siguientes:

a).- *El principio de antipobreza*, estableciendo para ello el principio de distribución equitativa de los recursos.

b).- *El principio de antimarginación*, determinando las condiciones necesarias para que todas las personas sin distinción alguna participen en todas las áreas de la vida social si lo desean.

c).- *El principio de antiexplotación*, exigiendo la prohibición del establecimiento y permisibilidad de aquellas relaciones de dependencia que favorezcan la explotación.

d).- *El principio de antiandrocentrismo*, evitando que la experiencia masculina se presente como la norma dominante y las demás se cataloguen como desviadas, devaluadas o reprimidas⁸⁴⁴.

⁸⁴³ MESTRE I MESTRE, R., "Prostitución: explotación sexual y trabajo sexual" en Serra Cristóbal, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 27- 30.

⁸⁴⁴ *Vid.*, MESTRE I MESTRE, R., "Prostitución: explotación sexual...", *cit.*, pp. 33-35.

3.- La prostitución como antesala de la trata de mujeres con fines de explotación sexual

Las situaciones de desigualdad provocan, en la mayoría de ocasiones, que muchas mujeres acaben ejerciendo la prostitución porque carecen de otras oportunidades.

Debido a que la prostitución y la trata están estrechamente vinculadas y partiendo de la base de que ambas pueden ser consecuencia directa una de la otra, es necesario analizar el fenómeno de la prostitución.

De acuerdo con lo establecido por la Red Española Contra la Trata de Personas en el año 2010, las víctimas que ejercen la prostitución suelen ser mujeres de 18 a 40 años, en situación de vulnerabilidad socioeconómica que, tras ser engañadas, se trasladan a nuestro país para ser obligadas a ejercer la prostitución. Como consecuencia del fuerte control que sufren por parte de sus tratantes y de la situación irregular en la que se encuentran, se impide su desarrollo de forma normalizada, favoreciendo su aislamiento e imposibilitando buscar ayuda para acabar con esta situación de trata⁸⁴⁵.

Sin embargo, se debe partir del hecho de que en ocasiones los datos estadísticos que se manejan no revelan la magnitud del

⁸⁴⁵ SILVA, E.A., MANZANERO, A.L., BENGUA, G. y CONTRERAS, M.J, "Indicadores de trata de personas en mujeres que ejercen la prostitución en locales de alterne de la Comunidad de Madrid (España), disponible en *Acción Psicológica*, vol. 15, Nº 1, junio 2018, pp. 1-16.

problema, lo que clarifica la dificultad de la situación actual de estas mujeres. Al respecto, los datos ofrecidos por la Guardia Civil en las operaciones efectuadas en el año 2014 en nuestro territorio constataban que se habían realizado 20 operaciones contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y 42 de explotación sexual. Respecto de estas últimas, se detuvo a 50 hombres y 22 mujeres y se liberaron a 209 víctimas, de las que 204 eran mujeres de nacionalidad rumana (98%), dominicana (14%) y colombiana (10%)⁸⁴⁶.

En opinión de LIENAS, aproximadamente el 95 % de las mujeres que ejercen la prostitución son víctimas de la trata de mujeres con fines de explotación sexual, por lo que se debe tener en cuenta que únicamente el 5 % restante serían trabajadoras del sexo libre y voluntario⁸⁴⁷. En cambio autores como SOLANA RUIZ, ven absurdo que los abolicionistas actuales vinculen prostitución y trata mediante la definición de esta, en función de la existencia de una “situación de vulnerabilidad”⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ Vid., SILVA, E.A., MANZANERO, A.L., BENGUA, G. y CONTRERAS, M.J., “Indicadores de trata...”, *cit.*, pp. 1-16.

⁸⁴⁷ Esta autora aboga por no legalizar la prostitución. Considera que la elección de ejercer la prostitución no debe ser considerada libre, ya que la gran mayoría de personas que acaban ejerciéndola parten de una circunstancia de gran vulnerabilidad que las obliga a someterse. LIENAS, G., *Quiero ser puta. Contra la regulación del comercio sexual*, ed. Península, Barcelona, 2006, pp. 40-41.

⁸⁴⁸ En este sentido considera que facilitan además la criminalización de los flujos migratorios y de las personas de un modo u otro implicados en ellos. Considera más acertado retomar la definición prestada por la organización Global Rights de 2005:

“El reclutamiento, el transporte, la transferencia, acogida o el recibo de personas, por cualquier medio, para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la remoción de órganos”.

Así pues, el hecho de que en los últimos años el tráfico y la explotación de personas en Europa occidental vayan estrechamente ligados, plantea el constante debate de política criminal y socio-laboral en torno a ambos conceptos.

Los países de Europa han adoptado decisiones legales al respecto. En España, al igual que en otros estados, se plantea cuál es la mejor opción para regular la práctica de la prostitución. Para analizar esta cuestión, en 2003 se crea en el Senado una Comisión con el fin de estudiar tal problemática. Sin embargo, esta Comisión tuvo poco recorrido. Acabó disolviéndose al finalizar la legislatura y no planteó ninguna recomendación.

La práctica de la prostitución⁸⁴⁹, considerada históricamente para algunos, la profesión más antigua del mundo⁸⁵⁰, varía en

Centra la noción de trata en el proceso de movilizar personas de un lugar a otro para someterlas a trabajo forzoso, a esclavitud. SOLANA RUIZ, J.L, "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico" en F.J García Castaño, Nina Kressova (coord.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2011, pp. 922.

⁸⁴⁹ El Diccionario del español jurídico (dej.rae) define el concepto de prostitución como "*la conducta sexual que lleva a cabo una persona a cambio de cualquier prestación valorable económicamente o de precio. Con carácter general se requiere habitualidad. No se sanciona penalmente a quien se prostituye*". La jurisprudencia recoge en este sentido este concepto definiéndola como la *prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero* (STS 1080/2006, Sala 2ª, de lo Penal de de 2 de noviembre, Recurso de Casación núm. 10166/2006, Pte. Ilmo. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, FD 2º, ECLI:ES:TS:2006:7451). *Prostitución*, disponible en <https://www.dej.rae.es>, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

⁸⁵⁰ *La profesión más antigua del mundo*. *Diario La Libertad*, realizado por Roberto Esper Rebaje en la libertad.como.co/wp/2017/01/la-profesión-más-antigua-del-mundo, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

función de las diferentes posiciones políticas adoptadas en cada uno de los países. Mientras unos consideran dicha práctica legal, otros la catalogan como ilegal.

En este sentido, como se plasma a continuación, entre los diferentes modelos jurídicos de abordaje de la prostitución se distinguen entre los que han conducido a la incriminación de conductas, es decir, el prohibicionismo y los que defienden el abolicionismo:

a).- Por un lado, *una política abolicionista*, en la que se aboga porque el fin de cualquier medida penal, laboral y social debe ser la prohibición del ejercicio de la prostitución. Consideran los partidarios de esta postura que la prostitución constituye una forma moderna de esclavitud del hombre sobre la mujer y que atentan contra su dignidad, por lo que defienden que nunca puede existir un consentimiento libre. Ello, desde el punto de vista penal se traduce en perseguir penalmente a los que las exploten o vivan de la prostitución ajena, es decir, los proxenetes. Imponen castigo o sanción al cliente que requiere los servicios.

En este sentido, países como Suecia y Francia se rigen por un sistema abolicionista duro. Consideran esta actividad como un mal social y, a diferencia de nuestra legislación, la prohíben en toda su extensión. Es un sistema que persigue y reprime no sólo a las personas que desempeñan la actividad que ejercen como profesión sino también a aquellos que la consumen, es decir a los clientes, bien sea por la vía penal o por la vía civil.

En concreto, en 1999 se aprobó en el país sueco, la Ley 1998-048 de “prohibición de compra de servicios sexuales”, castigando con multa o prisión de hasta 6 meses a quien solicitase servicios sexuales a cambio de precio. Sin embargo, esta sanción penal podía evitarse sometiéndose a programas educativos. El legislador sueco se postula a favor de erradicar el ejercicio de la prostitución atacando sus raíces, ya que la demanda precede a la oferta. Considera que, al prohibir la compra de servicios sexuales, se puede luchar contra la prostitución⁸⁵¹. De esta forma, junto a esta prohibición severa para el cliente, instauran medidas sociales para las personas que ejercen la prostitución, ya que entiende que “no es razonable castigar a la persona que vende un servicio sexual, pues en la mayoría de casos ésta persona constituye la parte más frágil que es explotada por aquellos que sólo quieren satisfacer sus imperativos sexuales”⁸⁵². Declara el compromiso de lucha contra la práctica de esta, considerada indigna para cualquier persona⁸⁵³. Con el objetivo de afianzar su postura, el gobierno sueco preparó un proyecto de ley, que fue presentado al Parlamento durante la primavera de 2004, incorporando las enmiendas propuestas al capítulo 6 del CP. Estas enmiendas vieron la luz el 1 de abril de 2005⁸⁵⁴. De acuerdo con los datos y como consecuencia de la

⁸⁵¹ *Ley sueca disminuyó prostitución y trata de mujeres y niñas*, disponible en <https://www.cimacnoticias.com.mx/node/57111>, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

⁸⁵² *Ley sueca disminuyó...*, *cit.*

⁸⁵³ JAREÑO REAL, A., “La Política criminal en relación con la prostitución: ¿Abolicionismo o legalización?” en SERRA CRISTOBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p.73.

⁸⁵⁴ Este delito actualmente sanciona a una persona que obtenga una relación sexual casual a cambio de dinero por la compra de un servicio sexual a una multa o hasta

aprobación de esta ley, las mujeres prostitutas disminuyeron de 2.500 en 1999 a menos de 1.500 en 2002. Es más, la presencia de mujeres extranjeras que ejercían la prostitución en la calle desapareció prácticamente y el número de prostituidores descendió entre 75 y 80%⁸⁵⁵. Como consecuencia de esta política prohibicionista, el gobierno sueco considera actualmente que “criminalizar la trata de personas con fines de explotación sexual, el proxenetismo y el pago de servicios sexuales y descriminalizar, a la vez, a las que son prostitutas, avanza los derechos humanos indivisibles de las mujeres y previene la trata de mujeres, niños/as con fines de explotación sexual, a la vez que funciona como una barrera al asentamiento de redes criminales en Suecia”⁸⁵⁶.

Francia, por su parte, también comparte esta postura abolicionista, instaurando programas culturales, sociales y educativos.

seis meses de prisión. Esto también es aplicable en el caso de que el pago del dinero sea prometido o realizado por una tercera persona. El delito incluye todo tipo de servicios sexuales, tanto si son comprados en la calle, como prostíbulos o en los llamados salones de masaje, desde los servicios de compañía hasta la compra de servicios sexuales, en circunstancias similares. Cualquier tentativa de compra de servicio sexual puede ser castigada. Si una tercera persona ha prometido entregar una compensación económica por la compra de un servicio sexual o la ha entregado, puede ser castigada como cómplice. *Ley sueca disminuyó...*, *cit.*

⁸⁵⁵ *La Ley sueca disminuyó...*, *cit.*

⁸⁵⁶ Tal ha sido la importancia del modelo sueco que, en 2014, el Parlamento Europeo recomendó el abordaje sueco afirmando que el pago de servicios sexuales debería considerarse una ofensa criminal. Tal afirmación se encuentra recogida en texto *El abordaje sueco de la prostitución: la paz de las mujeres*, disponible en <https://traductoraparaaboliciondelaprostitucion.weebly.com/blog/el-abordaje-sueco-de-la-prostitucion-l...>, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

b).-En el lado opuesto se encuentra la *política legalizadora*, partidaria de reglamentar la prostitución. Los países que acogen este tipo de políticas entienden que cuando dicha práctica es ejercida de forma libre debe respetarse como una opción laboral más, regulándose jurídicamente y sometiéndola, como cualquier actividad al control de impuestos. Los partidarios de esta postura defienden que sólo a través de dicha regulación se extrae a las personas que la ejercen del peligro de ser explotadas, de ser sometidas a la violencia y a la marginación a la que se ven constantemente sometidas, permitiendo a su vez un control sanitario sobre las trabajadoras. En este sentido Holanda y Alemania establecen este sistema reglamentista, de forma que aquellas que la ejercen son consideradas trabajadoras sexuales⁸⁵⁷.

Al margen de Europa, merece especial significación la política prohibicionista de EEUU. El ejercicio de la prostitución en este país está prohibido en todos los Estados, a excepción de once Condados del Estado de Nevada, condenando penalmente tanto la actitud de las trabajadoras sexuales (*misdemeanor*) como los de aquellas personas que se benefician de esta práctica (*felonies*). Sin embargo, ese proceso de demonización de las trabajadoras sexuales en este país, sobre las cuales se despliega un importante dispendio económico en el que intervienen gran número de agentes y que generan más detenciones de prostitutas que de los propios proxenetes, ha sido cuestionado por la literatura norteamericana que

⁸⁵⁷ Vid., GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", cit., p. 106.

aboga por considerarlas como posibles víctimas y no como delincuentes⁸⁵⁸.

Por lo que a nuestra legislación se refiere, se aboga por un sistema abolicionista, considerando la prostitución como un mal social, si bien nuestra legislación ni la legaliza ni la prohíbe, tipificándose como delito tan sólo el proxenetismo, entendido este como el beneficio que una tercera persona pueda obtener de la prostitución de otro. Por tanto, busca como finalidad la erradicación de la misma⁸⁵⁹.

En este sentido, CRISTÓBAL FÁBREGA, Fiscal delegado de extranjería de Jaén, diferencia cuatro grupos de personas:

-Personas que emigran de forma autónoma, costeándose ella mismas el precio del viaje.

-Las que emigran ayudadas por las personas que les financian la emigración y con quienes contraen una deuda que deberán pagar.

-Las que emigran, apoyadas por organizaciones, teniendo conocimiento de que van a ejercer la prostitución, para

⁸⁵⁸ Un dato esclarecedor se refleja en el hecho de que alrededor del 50 % de las mujeres en prisión en EEUU lo están por cargos relacionados con la prostitución. VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Políticas criminalizadoras de la prostitución en España. Efectos sobre las trabajadoras sexuales", disponible en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, Nº 15-06.

⁸⁵⁹ En este sentido GAVILÁN RUBIO en un estudio que realiza sobre los delitos relativos a la prostitución y a la trata con fines de explotación sexual establecía que, la evolución política del tratamiento jurídico de la prostitución en España, ha pasado desde la reglamentación decimonónica, del semiprohibicionismo franquista hasta llegar al sistema abolicionista. *Vid.*, GAVILÁN RUBIO, M., "Delitos relativos a...", *cit.*, p. 106.

conseguir la entrada en otro país. En este tipo de situaciones el engaño viene determinado por la cuantía de la deuda que reclaman.

-Las personas esclavizadas por las mafias, las cuales constituyen un porcentaje mínimo en el mercado del sexo (al menos en Europa)⁸⁶⁰.

Así pues, estas colectividades de personas mantiene como denominador común, el ejercicio de la prostitución, motivo por el cual, sobre la base de nuestra regulación, se hace necesario plantearse las siguientes cuestiones: ¿Debe legalizarse la prostitución?, ¿Legalizando la prostitución se evita que las prostitutas caigan en manos de las redes de proxenetas? O dicho de otro modo, ¿con la legalización de la prostitución se erradica en cierta medida la trata de seres humanos con fines de explotación sexual?

En contestación a las cuestiones planteadas, existen dos posturas totalmente contrapuestas para dar respuesta:

1º.- Por un lado, los partidarios de la legalización de la prostitución, es decir, aquellos que defienden que es ejercicio de la libertad individual. Se caracteriza por ser una postura liberal. Partiendo de la base de que existe consentimiento para ejercer esta práctica, postulan la legalidad de la misma en considerar que es un trabajo más. Sostienen que mediante su legalización, es la única

⁸⁶⁰ *El tráfico de personas con ánimo de explotación sexual*, realizado por Stern Briones, E., disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia..., fecha última consulta 6 de Mayo de 2019.

manera de mejorar su situación personal, con mayor control de su seguridad y salud, extrayéndolas de la situación de marginalidad en la que se encuentran. Afirman que si la prostitución provoca rechazo social es debido a los prejuicios morales y culturales implantados en nuestra sociedad⁸⁶¹.

En este sentido, las Libertarias (asociación por el reconocimiento de estos derechos), considera que la prostitución es un trabajo y como tal se les deben reconocer unos derechos. Entienden que la puesta en marcha de los programas de prevención de los delitos de coacción a la prostitución aumenta su estigmatización y represión. Ponen el acento en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen excesiva presión sobre este colectivo, lo que provoca una limitación en la capacidad de negociación entre la prostituta y el cliente⁸⁶².

2º.- Por otro lado, los defensores del abolicionismo propugnan erradicar la prostitución por considerarla contraria a la dignidad humana, aunque nunca castigando a quien la ejerce. Para lograrlo el Estado debe buscar políticas sociales que consigan este fin. Consideran que la postura legalizadora conduce necesariamente a un aumento de la oferta, favoreciendo de ese modo el tráfico ilegal de personas porque acrecienta la inmigración a países desarrollados desde otros en vías de desarrollo, devastados por guerras y otras circunstancias, perpetuando la desigualdad. De acuerdo con esta

⁸⁶¹ *Vid.*, JAREÑO REAL, A., "La política criminal en relación con la prostitución...", *cit.*, p. 76.

⁸⁶² *Vid.*, JAREÑO REAL, A., "La política criminal en relación con la prostitución...", *cit.*, p. 94.

postura, consideran que la legalización de este fenómeno, conduce a un enriquecimiento de las redes de criminales dedicadas al tráfico de personas, los proxenetas y promotores de la industria del sexo, la pornografía y el turismo sexual. Los abolicionistas enmarcan de esa manera sus objetivos en un contexto amplio buscando la igualdad social, la eliminación de la explotación y la discriminación de la mujer y la lucha contra el tráfico de personas. Entienden que la prostitución se alimenta con las desigualdades hombre-mujer, ricos-pobres y llegar a legalizarla no ayuda⁸⁶³.

Dentro de los defensores del abolicionismo se constituyó en 2002 y como consecuencia del debate de la Comisión sobre Prostitución en el Senado, una Plataforma de Organizaciones de Mujeres para la Abolición de la Prostitución. Esta plataforma integrada por diferentes asociaciones de mujeres y de intervención social consideraba que *“la prostitución representa en todos los casos y circunstancias una de las modalidades más antiguas en las que se manifiesta, asegura y perpetúa la desigualdad entre hombres y mujeres y que constituye una práctica de violencia extrema contra estas últimas. Esta Plataforma lanzó la campaña “reglamentar la prostitución es legitimar la violencia contra las mujeres”⁸⁶⁴.*

Sin embargo, pese a que ambas posturas discrepan en cuanto a si se puede ejercer la prostitución de forma voluntaria o no,

⁸⁶³ Vid., JAREÑO REAL, A., “La política criminal en relación con la prostitución...”, *cit.*, p. 76.

⁸⁶⁴ LOPEZ PRECIOSO, M., “Debate feminista: Teorías, prácticas y realidades” en Serra Cristóbal, R., (Coord) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 90-91.

coinciden en considerar esta práctica como una auténtica problemática de género⁸⁶⁵.

De acuerdo con estas tesis, cabe plantearse si es libre el ejercicio de la prostitución cuando existe coacción física o intimidación.

No hay duda de que la dedicación a la prostitución nunca beneficia a las mujeres prostituidas, es más las perjudica seriamente. Sufren daños físicos y psíquicos, incluso llegando a padecer trastornos durante toda su vida. Su esperanza de vida es corta, ya que las mismas se encuentran sometidas a un grave estrés. Se considera un estrato social fuertemente estigmatizado.

En mi opinión, esta práctica vulnera los derechos fundamentales de las mujeres que la ejercen, que adolecen del reconocimiento de estos y las llega a aislar de los sistemas de protección y rentas a las que se somete cualquier persona en el desarrollo de su trabajo habitual.

Sin embargo, como manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE, resulta sorprendente que mientras el abordaje normativo de la

⁸⁶⁵ En este sentido Precarias a la Deriva 2003 estableció que:

“Lo cierto es que hoy por hoy, el trabajo sexual constituye una estrategia para lograr ingresos superiores a los que se obtiene con otras actividades, que muchas mujeres lo eligen entre opciones casi siempre malas y limitadas, sobre todo en caso de las mujeres inmigrantes y que lo único que han logrado las propuestas prohibicionistas o redentoras es socavar la oportunidad de generar una posición de fuerza de las mujeres que realizan estos servicios, sometiéndolas a una presión extra y contribuyendo a su estigmatización y a la invisibilidad”. Vid., LOPEZ PRECIOSO, M., “Debate feminista: Teorías...”, cit., p. 96.

prostitución en nuestro país se encuentra en el más absoluto limbo jurídico, han sido las corporaciones municipales las que en los últimos años han adoptado normativas al respecto, abogando por un modelo prohibicionista. Un claro reflejo han sido las ordenanzas de convivencia cívicas en las que con objeto de evitar conductas que puedan perturbar la convivencia pacífica, han prohibido el ofrecimiento, la solicitud, la negociación y la aceptación de servicios sexuales en la vía pública, incluyendo la prohibición de las prácticas de relaciones sexuales⁸⁶⁶.

Al respecto, se debe hacer mención a la primera intervención producida en el Ayuntamiento de Bilbao en 1999 en unas Ordenanzas Municipales, haciendo especial hincapié en los requisitos de higiene y distancia entre locales, llegando incluso a establecer el cierre en caso de su incumplimiento. Esta transposición en normas administrativas policiales para lidiar con este sector, provocó un efecto llamada en otras Comunidades Autónomas. Es más, desde que Barcelona el 23 de diciembre de 2005 aprobara su Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público, multitud de municipios se han sumado a la iniciativa, sancionando administrativamente a trabajadoras sexuales y a clientes. Entre estas ciudades destacan Granada, Málaga, Bilbao, Albacete, Marbella, Sevilla, Badajoz o Lleida⁸⁶⁷.

Sin embargo, algunos de los municipios van más allá de prohibir la realización de ciertas actividades en espacios públicos y

⁸⁶⁶ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Políticas criminalizadoras de...", *cit.*, p. 4.

⁸⁶⁷ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Políticas criminalizadoras de...", *cit.*, p. 5.

dictan ordenanzas específicamente orientadas a la lucha contra la prostitución, como sucede en el caso de Sevilla. Esta ciudad, el 29 de abril de 2011⁸⁶⁸ aprobó una Ordenanza Municipal para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual, cuyo objetivo prioritario era proteger el espacio público como un lugar de convivencia, civismo e igualdad, evitando actividades de explotación sexual que divulgasen la imagen del ser humano, especialmente de la mujer, como mero objeto sexual que perturbaba la convivencia social. A tal fin establecía ciertas medidas con la finalidad de impedir en estos espacios públicos la explotación de las personas mediante la prostitución por entender que además de propagar una imagen de la mujer como mero juguete sexual, incidía de forma negativa en la convivencia pacífica de los ciudadanos, ya que consideraban que se ofrecía una pésima imagen, como no puede ser de otra manera. Asimismo, se potenciaron los controles a los locales donde presuntamente se producían situaciones de explotación y se establecieron medidas para evitar la publicidad sexista, relativa a la explotación sexual y/o prostitución. Reclamaban que la mujer en situación de prostitución había de ser catalogada como una víctima, considerando tanto al cliente como al proxeneta beneficiarios de la explotación sexual, sancionando la demanda de servicios sexuales, favorecimiento, promoción o facilitación de estas conductas y nunca el ofrecimiento por parte de la víctima. Opinaban que no se debía establecer igual tratamiento a la víctima y al explotador.

⁸⁶⁸ *Ordenanza para Luchar contra la Prostitución y la Trata con Fines de Explotación Sexual*, Ordenanzas Municipales del Municipio de Sevilla-Ayuntamiento, disponible en <https://www.sevilla.org/ayuntamiento/.../ordenanzas-del-municipio-de-sevilla>, fecha de última consulta el 7 de Mayo de 2019.

Existen autores como GARAY HERRERO que afirman que, dado que la prostitución no tiene la consideración de una actividad económica ilícita, nada impide que sean ellas mismas las que organicen su trabajo, con las condiciones, horarios, así como prestación económica, creando su empresa bajo la forma jurídica que más les convenga⁸⁶⁹.

En cambio autores como CARMONA CUENCA manifiestan que la prostitución es entendida como institución que posibilita la libre disposición del cuerpo de las mujeres prostitutas por parte de los clientes-prostituidores a cambio de precio constituyendo, en sí misma, una vulneración de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la integridad física y moral, e incluso a la intimidad personal, siendo contraria a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. La prostitución como ocupación habitual las deshumaniza convirtiéndolas en objetos para el placer sexual de otros. Las cosifica de tal modo que nunca puede establecerse como trabajo.

En este sentido entiende esta autora que la prostitución supone la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal de las mujeres prostitutas. Estas mujeres quedan privadas de un atributo esencial de su

⁸⁶⁹ En este sentido, la mencionada autora defiende la creación de cooperativas, formada por socias trabajadoras, correspondiendo a los estatutos de la cooperativa la opción de darles de alta en régimen general o en régimen especial de autónomos, tal y como manifiesta en GARAY HERRERO, S., "Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales" en Serra Cristóbal, R.(Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.130.

personalidad, como es su propia sexualidad que, convertida en un medio de vida, deja de ser la actividad libre y placentera que debería ser y que es para las personas no prostituidas. Como consecuencia de lo anterior estima que no se debe legalizar la prostitución, ya que se estaría legalizando la explotación sexual de las mujeres, debiendo acabar por tanto con la demanda de servicios sexuales⁸⁷⁰.

Al respecto, los tribunales españoles en materia laboral ya diferenciaban entre actividad de prostitución y alterne. En este sentido, algunos establecían que el alterne cuando reunía los requisitos de voluntariedad, dependencia y ajenidad⁸⁷¹, podía ser catalogado como contrato de trabajo, mientras que la opinión mayoritaria de la doctrina sustentaba que la prostitución en ningún caso puede ser objeto de contrato de trabajo⁸⁷². Ello tenía su fundamento en la imposibilidad de someter a subordinación el favor sexual, así como la naturaleza ilícita del contrato y ello porque quien

⁸⁷⁰ CARMONA CUENCA, E., "¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?" en Serra Cristóbal, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 67- 69.

⁸⁷¹ En este sentido la STSJ de Castilla y León de 17 de marzo de 2005 establecía que, junto a los indicios de sometimiento a un horario fijado por la empresa y retribución, añadía la existencia de un control por parte del empresario unido al hecho de que algunas trabajadoras residían en el propio establecimiento aunque fuera de forma esporádica.

⁸⁷² La STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 4651) definía el alterne como aquella actividad "por la que la alternadora procura, sirviéndose de sus propios atractivos físicos, captar clientes en el Club o establecimiento público de diversión, incitando al cliente a hacer consumiciones, con el consiguiente beneficio económico para el titular del Club, y por cuya actividad aquéllas percibe una retribución, cualesquiera sea la forma o clase de ésta".

ejercía tal actividad no se encontraba amparada por la tutela de las normas laborales⁸⁷³.

⁸⁷³ A tenor de las posturas contrapuestas en los tribunales laborales españoles a la hora de catalogar la prostitución como objeto de lícito o ilícito contrato de trabajo, los partidarios de su no inclusión defendían los siguientes argumentos:

1º.- La libertad sexual se encontraba por encima de la libertad y organización empresarial.

2º.- La prostitución suponía siempre un atentado contra la dignidad humana.

3º.- Tal actividad no podía ser considerada como un trabajo cualquiera, ya que con ese proceder se dignificaba y legitimaba la industria del sexo.

4º.- De igual forma, no podía ser catalogado como un trabajo por cuenta ajena ya que abriría un camino legal para la trata de mujeres o las redes legales de inmigración.

5º.-Se explotaba la situación de necesidad de las trabajadoras, estableciendo un plus de grave perjuicio para las mujeres extranjeras, las cuales en la mayoría de ocasiones carecían de arraigo y de permiso de trabajo.

6º.-La normativa internacional consideraba la prostitución como una actividad ilícita. La Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 vetaba este reconocimiento legal de la prostitución como objeto del contrato de trabajo.

7º.- De acuerdo con la normativa interna la explotación de la prostitución era en la actualidad un acto delictivo.

8º.- La protección a la trabajadora prostituida no debía quedar en manos del juez de los social.

En contraposición los argumentos esgrimidos a favor de la inclusión de la prostitución en el campo de la aplicación del Dº del Trabajo fueron los siguientes:

1º.- La prostitución era una actividad reguladora.

2º.- Dicha actividad solo resultaba objeto ilícito del contrato cuando resulte contraria a la libertad, es decir, cuando se ejercitase sin consentimiento, bien porque no tuviera capacidad para ello o porque no podía apreciarse vicio en el consentimiento.

3º.- Considerando por tanto lícito el objeto y la causa, debía respetarse la libertad de elección.

4º.- La necesidad de tutelar a quien prestaba el servicio frente a quien lo explota económicamente.

En definitiva, en el caso español, como se puede constatar el legislador coloca el ejercicio de la prostitución en un término alegal, motivo por el cual queda en manos de los tribunales su valoración subjetiva, determinando en cada supuesto si se trata de una actividad legal o ilegal.

En atención a lo expuesto, considero que en nuestro país debería establecerse una política abolicionista en la práctica de la prostitución, ya que uno de los motivos de que exista trata de seres humanos con fines de explotación sexual deviene por la presencia de una elevada demanda en el mercado del sexo en todos sus contextos. Por tanto, estoy en desacuerdo cuando se apela a que es necesario poner un mayor control sobre el ejercicio de la prostitución, porque cada vez se realiza de una forma más clandestina, en pisos o casa de citas o incluso en peluquerías como es el caso de las asiáticas, lejos de los incómodos controles a los que se somete a los clubs de alterne y abaratando los costes económicos de los empresarios que se dedican a estos menesteres⁸⁷⁴. La solución no está en trasladar a las prostitutas de

5º.- Atendiendo al artículo 9.2 de la CE, en cuanto a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran fueran reales y efectivas, entendían que la vía del reconocimiento legal, era la más adecuada para ello, ya que a su parecer restituían la consideración social de aquellas que la ejercen.

FITA ORTEGA, F., "El trabajo sexual en la doctrina judicial española", en SERRA CRISTÓBAL, R.(coord.) y VVAA, *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 211-226.

⁸⁷⁴ *Apoyando a las víctimas de trata. Las necesidades de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual desde la perspectiva de las entidades especializadas y profesionales involucradas. Propuesta para la sensibilización contra la trata (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género) 2015*, disponible en

las de zonas de espacios públicos, para lograr una concordia entre la sociedad, ni mucho menos en permitir el ejercicio en clubs de alterne o pisos clandestinos, o lugares poco transitables, ya que de esa manera se encuentran mucho más desprotegidas no sólo frente a sus tratantes y proxenetas sino frente a los propios clientes. Es un contrasentido extraerlas de las miradas de la población como establece la Ordenanza de Sevilla, para reclamar que la mujer que ejerce la prostitución debe ser considerada una víctima.

En conclusión, considero que debe prohibirse la prostitución introduciendo una ley semejante al “modelo nórdico”, involucrando la criminalización de quienes son responsables de la explotación de una gran mayoría de mujeres y niñas con objeto de prostituirlas (bien sean tratantes, captadores e individuos que pagan por servicios sexuales) y protegiendo a estas personas que son prostituidas como verdaderas víctimas, dándoles acceso a proyectos de salida totalmente financiados, apoyo y protección⁸⁷⁵.

De esta forma pese que la prostitución y la trata de seres humanos⁸⁷⁶ son figuras delictivas diferentes no sólo en el tipo

ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/index/assoc/msan0182.../msan0182.p df., fecha última consulta el 7 de Mayo de 2019.

⁸⁷⁵ Se constata a través del estudio del modelo sueco publicado por Gunilla S. Ekberg el 7 de enero de 2019, que, de acuerdo al Ponente Nacional sobre Trata de Personas, “existe una evidencia firme de que la legislación también funciona como barrera contra el establecimiento de tratantes y proxenetas en Suecia y desalienta el establecimiento de redes y grupos de crimen organizado”. *El abordaje sueco...*, cit.

⁸⁷⁶ Vid., SERRA CRISTÓBAL, R., “Introducción: la trata...”, cit., p. 20. En este sentido, el Diccionario de la lengua española de la Real Academia la define como *tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos*. En una segunda acepción, añade el término de “blancas” y lo define como *tráfico de mujeres que consiste en atraerlas a*

básico, (en el que la trata es un negocio ilegal en sí mismo a diferencia de la prostitución), sino también en el consentimiento (ya que en la trata ninguna persona puede consentir su propia explotación), mantienen ciertas similitudes ya que el legislador fija los mismos medios típicos, considerados los mecanismos esenciales para conseguir neutralizar la voluntad de la víctima y que se cumplan las expectativas del sujeto activo, es decir, tanto del tratante como la del proxeneta.

4.- Explotación como violencia de género

Desde finales de los años ochenta, varios grupos y asociaciones feministas de todo el mundo se han posicionado en un compromiso activo con los Derechos Humanos, marcando una nueva forma de entender un desarrollo que cuenta con las mujeres y que diferencia el género, entendido como forma de estrato social creado sobre la base de la desigualdad. De esta forma los

los centros de prostitución para especular con ellas. El Diccionario del español jurídico establece dos definiciones para conceptualizar la trata de seres humanos en función de si las víctimas son mayores de edad o menores. La primera y en atención a las personas mayores de edad se define como el traslado de personas de un país a otro en régimen de esclavitud y en contra de su voluntad, utilizando violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad, con la finalidad de explotarlas laboral o sexualmente, para cometer delitos o mendigar, o para extraer órganos o para celebrar matrimonio forzado. La segunda, respecto a los menores de edad, se define como el traslado de menores de edad de un país a otro con fines de explotación aun cuando no medie violencia, intimidación, engaño o abuso. *Trata de seres humanos* disponible en <https://www.dej.rae.es>, fecha última consulta 7 de Mayo de 2019.

movimientos de Derechos Humanos y Desarrollo incorporan perspectiva de género al análisis en el Desarrollo tradicional entendiendo que *“el desarrollo debe ser un derecho fundamental de personas y sociedades, que implica el disfrute del conjunto de Derechos Humanos y que no puede implantarse en una sociedad tan desigual”*, o dicho de otro modo, para que las personas puedan desarrollarse, primeramente se deben visibilizar las desigualdades y determinar quienes las sufren⁸⁷⁷.

El concepto de violencia de género, desde el ámbito internacional, tiene su aparición en los años noventa con motivo de la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer la denominada Cumbre de Beijing, celebrada en 1995. Bajo dicho concepto se englobó en ese histórico momento *“todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”*⁸⁷⁸. Lo trascendental de la definición es que se ampliaba a

⁸⁷⁷ GARCÍA CUESTA, S., “La trata en España: Una interpretación de los Derechos Humanos en perspectiva de género”, en *Dilemata*, Nº 10, año 4 (2012), pp. 45- 64.

⁸⁷⁸ La Declaración de Beijing fue, junto a la Plataforma de Acción a ella aneja, el documento más influyente de cuantos han sido aprobados en la ONU en cuanto a políticas internas para erradicar la violencia de género. Marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género. Esta declaración fue aprobada por 189 países. La Declaración y Plataforma de Acción establecieron una serie de objetivos estratégicos y medidas para el progreso de las mujeres y el logro de la igualdad de género en 12 esferas cruciales:

- la pobreza y la educación;
- la educación y capacitación de la mujer;
- la mujer y la salud;
- la violencia contra la mujer;
- la mujer y los conflictos armados;

todo tipo de violencia sobre la mujer fruto de la desigualdad. Se caracterizaba como “*una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo*”. Es decir, para que esta se produjese únicamente se exigía que se manifestase sobre la mujer, pudiendo ser sujeto activo-agresor cualquier hombre que ejerciera una relación de poder sobre la mujer⁸⁷⁹.

La principal característica de esta conferencia se centró en el cambio de orientación, al trasladar el centro de atención sobre la mujer, introduciendo la perspectiva de género. La consecuencia más inmediata en el curso de ese viraje conceptual fue la constatación de los derechos humanos de la mujer y que la igualdad de género era

-
- la mujer y la economía;
 - la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones;
 - los mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer;
 - los derechos humanos de la mujer;
 - la mujer y el medio ambiente;
 - la mujer y los medios de difusión;
 - la niña.

Esta conferencia se basó en acuerdos políticos alcanzados en tres conferencias mundiales sobre la mujer celebrada anteriormente y consolidó cinco decenios de avances jurídicos dirigidos a garantizar la igualdad de las mujeres y los hombres tanto en las leyes como en la práctica. *Conferencias mundiales sobre la mujer/ONU Mujeres-Sede* en <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-conferences-on-women>, fecha última consulta 8 de Mayo de 2019.

⁸⁷⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley Integral”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y CATALINA BENAVENTE, M^a. A. (Coord.), *Violencia de Género, justicia restaurativa y mediación*, ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 65-66.

una cuestión de interés universal. Ello fomentaba una implicación del funcionamiento de la sociedad en su totalidad y de su estructura de desigualdad, al identificar que estas disparidades se consideraban signos de desigualdad estructural latentes. Asimismo, además de reconocer que los derechos de la mujer constituían derechos humanos y de comprometerse para garantizar la plena aplicación de estos en las mujeres y niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, esta Declaración, incluyó entre sus objetivos el de prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas⁸⁸⁰.

El origen de esta Conferencia se encuentra en tres importantes Conferencias Mundiales sobre la mujer celebradas bajo los parámetros de la ONU, que marcaron sus objetivos: la celebrada en México en 1975, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985.

En cuanto a la primera, la celebrada en la ciudad de México Distrito Federal del 19 de junio al 2 de julio de 1975. Esta conferencia marcaría el inicio de un camino de esfuerzos a escala mundial para potenciar el adelanto de la mujer al abrir un diálogo de alcance mundial para promover sobre la igualdad de géneros. Los objetivos marcados en esta conferencia fueron tres:

⁸⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La violencia de género: aproximación fenomenológica conceptual y a los modelos de abordaje”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.) y VVAA, *Violencia de género y sistema judicial penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 45-46.

1º.- La igualdad plena de género y la eliminación de la discriminación por dicho motivo.

2º.- La integración y plena participación de la mujer en el desarrollo de las sociedades.

3º.- La contribución de la mujer al fortalecimiento de la paz mundial, adoptándose un plan de acción que identificó un mínimo de metas que debían de ser alcanzadas en 1980.

Con esta reunión, se pretendía un cambio de enfoque en la forma de tratar a la mujer, dejando de lado la percepción de tratarla como sujeto pasivo de apoyo y asistencia para pasar a considerarla con los mismos derechos y oportunidades que el hombre⁸⁸¹.

La 2ª Conferencia Mundial de la Mujer fue la celebrada en Copenhague entre los días 14 al 30 de julio de 1980. El objetivo de esta segunda conferencia fue evaluar los avances surgidos hacia el cumplimiento de los objetivos marcados en la primera conferencia mundial. Como consecuencia de las desigualdades surgidas, establecieron una unificación de tres ámbitos reducidos al acceso al empleo, educación y salud⁸⁸².

En último lugar se encuentra la llamada Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. Esta tuvo lugar en Nairobi entre los días 15 al 26 de junio de 1985. En esta se constató el nacimiento del feminismo a escala mundial. Fue el documento más influyente de cuantos han sido aprobados por la ONU. Su objetivo se concretaba en elaborar políticas internas para erradicar la violencia de género.

⁸⁸¹ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La violencia de género...", *cit.*, p. 44.

⁸⁸² *Ibidem.*

En esta conferencia se aprobó un mandato consistente en establecer unas medidas concretas para superar los obstáculos al logro de los objetivos del Decenio⁸⁸³. Los gobiernos participantes adoptaron las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro adelanto de la mujer, basada en las medidas que debían adoptarse para lograr la igualdad de género a nivel nacional y promover la participación de las mujeres en las iniciativas de paz y desarrollo⁸⁸⁴.

Al margen de estas conferencias, se hace necesario analizar por su importancia, la Plataforma de Acción que acompañó a la Declaración de Beijing⁸⁸⁵.

En dicha Plataforma se establecieron doce finalidades estratégicas con objeto de la elaboración de una serie de medidas todas ellas destinadas a proteger al sexo femenino. Estas fueron: la mujer y la salud, la violencia contra la mujer, la mujer y los conflictos armados, la mujer y la economía, la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones, mecanismos institucionales para el adelantamiento de la mujer, los derechos humanos de la mujer, la mujer y los medios de difusión, la mujer y el medio ambiente y finalmente la niña.

En relación con el segundo de estos objetivos, la violencia contra la mujer, se reconocía que la propia violencia ejercida contra

⁸⁸³ En este sentido, los objetivos marcados del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer fueron la igualdad, el desarrollo y la paz. *Programas y actividades del Sistema de las Naciones Unidas por tema*, disponible en <https://www.un.org-events-plan-action>, fecha última consulta el 8 de Mayo de 2019.

⁸⁸⁴ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La violencia de género...", *cit.*, p. 45.

⁸⁸⁵ *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La violencia de género...", *cit.*, p. 46.

la misma imposibilitaba el alcance de los objetivos generales del Decenio, aludidos con anterioridad.

En este sentido, la violencia se identificaba como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que conducían a la dominación del hombre sobre la mujer, la discriminación de esta última y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo.

Con el fin de evitar esta práctica, establecía una serie de medidas generales tendentes a prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer, aplicando sanciones de diferente naturaleza en las legislaciones nacionales, adoptando leyes pertinentes, revisándolas y analizándolas de forma periódica para asegurar la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y promoviendo e integrando de forma activa, políticas y programas en materia de violencia contra la mujer.

Paralelamente a estas medidas, fijó tres objetivos estratégicos en relación con la violencia de género arbitrando para ello la adopción de otras medidas. Los objetivos marcados fueron:

-El estudio de las causas y las consecuencias de la violencia contra la mujer.

-La eficacia de las medidas de prevención y la eliminación de la trata de mujeres.

-La prestación de asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La violencia de género...", *cit.*, p. 47.

Con el paso del tiempo y con el objetivo de analizar su impacto, estas medidas posteriormente fueron evaluadas en cuatro ocasiones:

a).- La 1ª de ellas 5 años después de la adopción de la Declaración, concretamente en el año 2000. La Asamblea General adoptó la decisión de celebrar su 23º período extraordinario de sesiones para llevar a cabo un examen y una evaluación quinquenales de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing, estudiando medidas e iniciativas futuras. Esta evaluación se denominó “*La mujer en el año 2000: igualdad entre géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI*”. Tuvo lugar en Nueva York⁸⁸⁷. El resultado de esta primera evaluación proyectó una declaración política y nuevas medidas a iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing (*Beijing + 5*).

b).- La 2ª, a los 10 años de la misma en 2005, conocida como *Beijing 10*, desarrollada en el marco del 49º período de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en la que se examinaron y evaluaron los diez años de vigencia de la Plataforma de Acción de Beijing. Como resultado de ello se aprobó por los delegados una declaración destacando la aplicación eficaz de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Fue considerada fundamental para la consecución de los objetivos de desarrollo internacionalmente convenidos⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ Vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La violencia de género...”, *cit.*, p. 48.

⁸⁸⁸ *Ibidem*.

c).- La 3ª tiene lugar en 2010. El examen de la evolución de los quince años de la Plataforma de Acción de Beijing se realizó durante el 54º período de sesiones de la Comisión. Los Estados Miembros aprobaron una declaración en la que recogían de forma positiva los progresos desarrollados para lograr la igualdad de género, comprometiéndose a establecer nuevas medidas para garantizar la aplicación integral y acelerada de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing⁸⁸⁹.

d).- La 4ª y última hasta la fecha, tiene lugar a mediados de 2013. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas solicitó a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer examinar y evaluar la aplicación de la Plataforma de Acción de 2015, en una sesión conocida como *Beijing + 20*. Para informar las deliberaciones, el Consejo animó también a los Estados Miembros de la ONU a llevar a cabo evaluaciones nacionales así como a las comisiones regionales para que establecieran exámenes regionales⁸⁹⁰.

Por lo que a nuestra legislación nacional se refiere, el legislador español dejó pasar una oportunidad magnífica con la aprobación de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género para establecer un concepto más amplio de violencia de género en el que se contemplasen las distintas situaciones de violencia del hombre sobre la mujer que eran fruto de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de unos con respecto a los otros,

⁸⁸⁹ *Vid., Conferencias mundiales sobre..., cit.*

⁸⁹⁰ *Ibidem.*

ya que la misma tal y como se definió, se limitaría sólo a regular la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer cuando fuera o hubiera sido su cónyuge o estuviera ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia. Por tanto, su consecuencia más inmediata fue la exclusión del ámbito de su protección a las prostitutas o aquellas mujeres objeto de la trata con fines de explotación sexual, colectivos que son objeto de delitos contra la libertad sexual⁸⁹¹.

Sin embargo, en el ámbito de las CCAA no sucedería lo mismo, llamando poderosamente la atención que las leyes autonómicas congregasen un catálogo de formas en las que se pueda manifestar la violencia de género, mientras que la LOVG no lo contempló. En este sentido se afirma que las Leyes autonómicas han sido más completas que la LOVG porque recogen conceptos de violencia de género, detallan las formas de violencia, establecen el daño tanto el actual como el potencial y amplían la conceptualización de la violencia no limitándola a la existencia de la relación de afectividad⁸⁹².

⁸⁹¹ En atención a la referida LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, esta no ofrecía un concepto en sí de los que ha de entenderse como violencia de género, tan sólo hace referencia en su art. 1.1. En el art. 3 especificaba que la violencia de género comprendía *“todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad”*.

⁸⁹² RIDAURA MARTÍNEZ, M^a J., “El sentido actual de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. y VVAA, *Estudio Integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 161. En atención a lo expuesto, en el marco de la legislación autonómica, las Leyes de

La violencia de género es compleja, pues incluye infinidad de situaciones externas a lo afectivo, en las que se muestra latente igual trasfondo de sometimiento de la mujer a los designios del hombre. Dicha afirmación reconocida internacionalmente viene motivada no sólo porque la violencia de género puede identificarse en el ámbito personal afectivo, sino porque traspasa sus fronteras a través de las más diferentes manifestaciones físicas, psíquicas y sexuales⁸⁹³.

Canarias y Cantabria fueron pioneras al establecer las formas de violencia incluyendo entre estas, el tráfico o utilización de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual. Con posterioridad alguna CCAA, entre las que se encuentran la Comunidad Valenciana han incluido de modo detallado las formas de violencia. A modo de ejemplo la Ley de la Mujer de Canarias, Ley núm. 16/2003 o la Ley Aragonesa, Ley 4/2007, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia, diferenciaron en función del ámbito y naturaleza de la relación del agresor con la víctima distintas modalidades de violencia contra la mujer. La Ley de Canarias distinguió en concreto tres situaciones:

a).- situación de violencia doméstica: son las que se operan por quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo, conyugal, de pareja, paternofamiliar o semejante con la víctima;

b).- situaciones de violencia laboral o docente: son las que operan por quienes sostienen con la víctima un vínculo laboral, docente o de prestación de servicios, bien sea prevaliéndose de una posición de dependencia o debilidad de la víctima frente a los mismos, bien sea en virtud de una situación de proximidad entre ellos;

c).- situaciones de violencia social: son las que se operan por quienes carecen, en relación con la víctima, de cualquiera de los vínculos que se relacionan en los dos apartados anteriores del presente artículo, y entre los que se encuentran, en todo caso, las personas amparadas en cualquier relación distinta a la indicada en el apartado a) por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su potencial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

⁸⁹³ MARTÍN SÁNCHEZ, M., “Violencia de género: violencia “unidireccional” hacia las mujeres”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.) y VVAA, *Estudio Integral de la violencia de*

En este sentido, uno de los factores más recientes en el aumento de la violencia machista ha sido la multiculturalidad, ya que incrementa las conductas de violencia machista en nuestra sociedad, donde los constantes flujos migratorios han provocado que la mujer extranjera haya tenido una fuerte presencia en nuestro país. Sin embargo, el mero hecho de que logre alcanzar el destino de poder emprender una nueva vida, en muchos casos no la ha eximido de que protagonice conflictos culturales, ya que muchas de ellas devienen de ciertas tradiciones arraigadas en sus países tales como los matrimonios forzosos o la mutilación genital femenina, prácticas vejatorias de sus propias culturas que las relega a una posición de gran vulnerabilidad frente al hombre.

En otros casos, pueden ser objeto de la mercantilización para fines de explotación sexual, es decir, la trata de mujeres y la prostitución forzada, siendo obligadas por mandato del hombre, sometidas por una cuestión económica a la que se une otros factores como la falta de formación y de otros recursos. En estos supuestos el empleo de violencia, intimidación o engaño, la superioridad y la dominación ejercida sobre la mujer así como la situación de vulnerabilidad de la misma, junto al hecho de que la mujer es la víctima de este tipo de explotación sexual, dejan patente que se trata de otra manifestación de la violencia de género⁸⁹⁴ y como tales tienen derecho a ser reconocidas de igual forma que lo son las víctimas reconocidas en la LO 1/2004.

género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p.86.

⁸⁹⁴ *Vid.*, MARTÍN SÁNCHEZ, M., "Violencia de género...", *cit.*, pp. 87-93.

Este tipo de práctica suele dirigirse mayoritariamente a personas vulnerables, mientras que los actores son sujetos que necesitan sentirse superiores.

En el caso de la violencia de género, las sociedades patriarcales otorgan al varón un estatus superior y la masculinidad se representa a través del dominio y el poder. En cambio, las mujeres ocupan una posición de mayor vulnerabilidad a consecuencia de las desigualdades y el peso de los roles de género⁸⁹⁵.

Sin embargo, esta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran sometidas las mujeres y las niñas frente a la captación para ser sometidas a esta grave forma de violencia contra la mujer, no es una situación nueva, puesto que la misma, ya había sido objeto de estudio en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer aprobada por Resolución de la Asamblea General de NNUU 48/104, de 20 de diciembre de 1993 en la que se definía textualmente la *violencia contra la mujer* como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*. Esta Declaración,

⁸⁹⁵ PÉREZ GRANDE, M^a D., “Prácticas de socialización y educación para la prevención de la violencia de género”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M., LEÓN ALONSO, M (Dir.) y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (Coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, ed. Comares, Granada, 2013, p. 207.

partiendo de su definición señaló que dicha violencia abarcaba a tres sectores:

1.- La violencia física, sexual y psicológica producida en la familia, incluyéndose no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación.

2.- La violencia física, sexual o psicológica ejecutada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

3.- La violencia física, sexual o psicológica tolerada por el Estado⁸⁹⁶.

En este sentido la Organización Mundial de la Salud definió la violencia sexual en el Informe mundial sobre la violencia y la salud (2005) como:

“todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”.

Por tanto, con la definición de violencia sexual, se englobaría gran variedad de actos ilícitos, que podían ir desde la coacción con utilización de grados de uso de la fuerza física, la

⁸⁹⁶ SANZ HERMIDA, A., “Víctimas de violencia de género: El reconocimiento y protección de sus derechos, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. / IGLESIAS CANLE, I.(coord.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.235.

agresión en los órganos sexuales y mutilación femenina, el acoso sexual, el matrimonio forzado, las inspecciones para comprobar la virginidad, la prostitución obligada y todos aquellos actos que afectaran en cierta manera a la integridad sexual de la mujer tanto en el ámbito doméstico como laboral⁸⁹⁷.

Se constata, por tanto, que la violencia sexual ejercida contra las mujeres ha sido uno de los delitos encubiertos producidos con mayor frecuencia en el mundo. Sin embargo, la mayor parte de los casos de violencia sexual no salen a la luz, quedando invisibilizados al no ser denunciados por las víctimas, de forma que los datos oficiales representan una mínima parte del problema de la violencia sexual⁸⁹⁸.

En aras de avanzar en la protección de estas víctimas y como consecuencia de un mandato recogido en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, nació la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Dicho Organismo se creó para combatir esta violencia contra la mujer. El objetivo propuesto era alcanzar una sociedad de igualdad entre hombres y mujeres, exigiendo a partir de ahí tanto una persecución activa y eficaz de los autores, los tratantes y de los beneficios obtenidos del negocio ilícito, como actuaciones dirigidas a la protección y recuperación de todas las víctimas. La citada

⁸⁹⁷ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M^a, CARRERA FERNÁNDEZ, M^a. V y RODRÍGUEZ CASTRO, Y., "La violencia sexual contra las mujeres: abordaje psicosocial" en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M./IGLESIAS CANLE, I.(coord.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 13.

⁸⁹⁸ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M^a, CARRERA FERNÁNDEZ, M^a. V y RODRÍGUEZ CASTRO, Y., "La violencia sexual contra...", *cit.*, pp. 14-15.

Delegación se gestó con el fin de realizar fórmulas de políticas públicas en relación con la violencia de género, si bien con posterioridad, se le atribuyeron competencias dirigidas a la prevención y lucha contra todas las formas de violencia contra la mujer⁸⁹⁹. De esta forma, por medio del RD 200/2012 de 23 de enero se le otorgó la coordinación de las actuaciones y cooperación en materia de lucha contra la trata con fines de explotación sexual.

En el mismo sentido destaca la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016) aprobada el 26 de julio de 2013, donde se recogió el compromiso de los poderes públicos para acabar con la violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, incorporando medidas dirigidas a avanzar en la lucha contra todas las formas de violencia contra la mujer.

Como se observa, el fundamento jurídico de la necesidad de proteger a la víctima de violencia de género lo encontramos en la salvaguarda de los derechos humanos, en la que las diferentes manifestaciones de la violencia de género constituyen un atentado grave contra los mismos, en la forma de combatir la desigualdad y la discriminación en que históricamente se ha encontrado el género femenino respecto del principio fundamental de igualdad y en la necesidad de prestar una atención a las víctimas especialmente vulnerables⁹⁰⁰.

⁸⁹⁹ Art. 3.e) del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modificó el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecía la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁹⁰⁰ *Vid.*, SANZ HERMIDA, A., “Víctimas de violencia de...”, *cit.*, p. 236.

En definitiva, pese a que existe un gran avance en igualdad en las últimas décadas en las sociedades occidentales, todavía queda camino por recorrer.

Para conseguir erradicar ese contexto de desigualdad y discriminación en las mujeres es necesario promover un cambio social y cultural, en el que por una parte las mujeres tengan igualdad de oportunidades respecto de los hombres en sus países, disminuyendo su vulnerabilidad y de otra, se reduzca la demanda de servicios sexuales que mantiene vivo el delito de trata de seres humanos en los países de destino⁹⁰¹.

Sobre la base de lo expuesto, se hace imprescindible modificar la presente Ley estatal para acomodarla a la realidad actual.

4.1.- La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual en España

Actualmente y como se avanzaba anteriormente, la principal forma de trata más demandada sigue siendo la trata de mujeres con fines de explotación sexual⁹⁰². Dicho dato se encuentra ratificado

⁹⁰¹ En la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos la demanda es uno de los aspectos clave para la prevención de la trata de seres humanos, destacando la necesidad de *“intensificar las tareas de prevención en función de las causas que hacen a las personas más vulnerables a la trata”*, debiendo *“comprender y reducir la demanda”*.

⁹⁰² El último informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre los progresos realizados contra la lucha de trata de seres humanos de 2016, afirmaba que durante

por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el análisis sobre la situación de la trata en el mundo, afirmando que en cuanto a las formas de explotación, la trata con fines de explotación sexual ha sido la más numerosa con un 53% de las víctimas identificadas entre el período de 2010-2012, donde dos de cada tres víctimas de la trata de seres humanos eran mujeres, entre 15% y 20% fueron niñas⁹⁰³.

En el ámbito de la UE, en ese mismo período, el EUROSTAT elaboró en 2014 un segundo informe estadístico en materia de trata de seres humanos en el que se identificaron a 30.146 como víctimas durante ese periodo en 28 Estados Miembros concluyendo que la mayor parte de las víctimas identificadas fueron objeto de explotación sexual, mayoritariamente de sexo femenino, siendo los países de procedencia principalmente Bulgaria, Rumania, Holanda, Polonia y Hungría de la UE y Nigeria, Brasil, China, Vietnam y Rusia, los de fuera de la Unión⁹⁰⁴.

En España, entre 2010 y 2015 las víctimas liberadas sobre trata ascendieron a 5.600, de las cuales 4.430 fueron mujeres utilizadas para la explotación sexual. El resto, víctimas de ambos sexos, fueron utilizadas para las demás conductas ilícitas de trata de

el período de 2013-2014 se contabilizaron 1044 víctimas de las cuales el 67% de las registradas eran de explotación sexual.

⁹⁰³ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

⁹⁰⁴ En opinión de la EUROPOL, la trata de seres humanos en aquel momento era la segunda fuente de ingresos tras el tráfico de drogas, cifrando en aproximadamente 32.000 millones de euros anuales los beneficios obtenidos por tal actividad ilícita. *Ibidem.*

seres humanos (matrimonios forzados, explotación laboral, tráfico de órganos o cualquier otra forma)⁹⁰⁵.

De todos estos datos, se constata que los colectivos más vulnerables al fenómeno de la trata de personas son las mujeres y los niños, motivo por el cual Europa desarrolla mayores esfuerzos para combatir la trata sexual de mujeres y niñas⁹⁰⁶.

PEREZ CEPEDA señala que *“en el S. XXI la esclavitud no es una monstruosidad del pasado de la cual nos hayamos definitivamente liberado, se trata de un negocio que en el mundo está más en auge que nunca”*⁹⁰⁷.

De acuerdo con el Informe de Ponencia sobre la prostitución de España (154/9), aprobado en sesión de 13 de marzo de 2017 se pone de manifiesto que *“la prostitución en nuestro país, desde el punto de vista de la demanda, se caracteriza porque mayoritariamente los compradores de prostitución son varones y la oferta es de mujeres extranjeras muchas de ellas en situación irregular (...)”*, asimismo se indicaba que *“la prostitución tiene un fuerte componente diferencial de género porque los demandantes son mayoritariamente varones, un total de 99,7% y las personas en situación de prostitución son mayoritariamente mujeres con graves problemas económicos”*⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Vid., *Plan Integral de...*, cit.

⁹⁰⁶ Vid., SERRA CRISTOBAL, R., “La trata de...”, cit., pp. 273-274.

⁹⁰⁷ Cita tomada por SERRA CRISTOBAL, R. *Ibidem*.

⁹⁰⁸ *Informe de la Ponencia sobre la Prostitución en nuestro país (154/9)*, realizado por Lourdes Muñoz, disponible en <http://www.lourdesmuñozsantamaria.cat/IMG>

Dado que la trata con fines de explotación sexual viene relacionada con situaciones de las víctimas sometidas a la prostitución es de suma importancia la obtención de información concreta de esta práctica.

Dicha identificación suele detectarse a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el marco de sus investigaciones, aunque también puede derivar como consecuencia de inspecciones de trabajo, en el momento de entrada en el país o bien por el acceso a servicio sanitario, social, educativo.

Pero dado que la prostitución constituye el principal destino de las víctimas con fines de explotación sexual, se debe prestar especial atención a la inspección de los lugares donde se ejerce dicha actividad⁹⁰⁹.

Al margen de la detección por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, otra fuente de información de

/pdf/INFORME_PONENCIA_PROSTITUCION.pdf, fecha última consulta el 9 de Mayo de 2019.

⁹⁰⁹ En 2014, el CITCO elaboró un informe reflejando la realización de 2962 inspecciones. Durante esas inspecciones se detectó un total de 13.983 personas en riesgo de encontrarse en situación de trata de seres humanos y/o explotación sexual. La nacionalidad más numerosa de mujeres en riesgo en situación regular, serían las rumanas, seguidas de las españolas, dominicanas, brasileñas, colombianas y paraguayas, todas ellas detectadas en “clubes de alterne con plaza”. En relación con la edad estarían oscilando entre los 23 a 32 años, aunque también se detectó a 6 menores de edad provenientes de Bulgaria (1), España (2), Paraguay (1) y Rumania (2). Respecto del número de víctimas detectadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en 2014 se cifran en 900 víctimas, de las que 153 eran de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y 747 víctimas de explotación sexual, entre ellas 17 menores de edad. *Vid., Plan Integral de..., cit.*

especial interés a la hora de catalogar a mujeres en situación de trata con fines de explotación sexual se encuentra en las entidades beneficiadas por subvenciones públicas destinadas a la financiación de proyectos de atención a mujeres víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y sus hijos e hijas, cuya convocatoria se efectúa anualmente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁹¹⁰.

5.- Las formas de lucha contra la trata

Tras lo expuesto, es un hecho constatado que la sola aplicación del derecho penal no es suficiente para que se consiga erradicar el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual⁹¹¹.

A tal fin se debe establecer una cooperación entre todos los agentes intervinientes para poder combatirla, los cuales, junto con la modificación del panorama legislativo español deben poner en

⁹¹⁰ A tenor de lo facilitado por este tipo de organizaciones, en 2014 se observaron ciertos signos de explotación sexual de trata en 10.091 mujeres (3419 de trata con fines de explotación sexual y 7482 de explotación sexual), cifra bastante similar a la de 2013, donde atendieron a 10.062 de las cuales 3978 presentaban indicios de trata con fines de explotación sexual y 6084 de explotación sexual. Las edades oscilaban en un 80% entre 18 a 25 años y de 26 a 35, de las que un 1% eran menores de edad (31 víctimas en 2014 y 54 en 2013).Respecto a las nacionalidades de las víctimas, Rumania, es el país con mayor número, al igual que en 2013, seguida de Nigeria (27%), República Dominicana (5%), Brasil (5%), Bulgaria (4%) y Paraguay (4%). *Vid., Plan Integral de..., cit.*

⁹¹¹ *Ibidem.*

marcha diferentes actuaciones dirigidas a la consecución de tal objetivo. En este sentido el Convenio de Varsovia estableció en su momento, como objetivo principal, la mejora de la protección de las víctimas y la garantía de su acceso a recursos y servicios especializados.

Así, se ofrecen varios modelos para combatir la trata, entre los que destacan los siguientes:

1.- Modelos *con perspectiva penal*. Estos tipos de modelos se caracterizan por ofrecer la protección debida a la víctima, condicionados a que la/s víctima/s colabore/n en las pesquisas policiales o judiciales con la finalidad de la obtención de pruebas para el enjuiciamiento de los tratantes. Esta ayuda engloba no sólo su protección personal o a sus allegados, sino medidas orientadas a cubrir sus necesidades de subsistencia, regularización administrativa, obtener formación, educación o desarrollar un trabajo, evitando su procesamiento por algún delito que hubiera podido cometer durante su cautiverio.

También es conocido como *período de reflexión*, cuyo objetivo es conseguir que la víctima llegue a adoptar estas medidas, estimándose para ello un período de reflexión de treinta días como mínimo según el Consejo de Europa⁹¹².

⁹¹² El Convenio de Varsovia, 2005 en su art. 13 establecía un período de recuperación y reflexión:

“1. Las partes deberán prever en su legislación interna un período de restablecimiento y de reflexión de al menos 30 días cuando existan motivos razonables para creer que una determinada persona es una víctima. Este plazo deberá ser suficiente para que la persona en cuestión pueda restablecer y escapar a

Este modelo a priori puede tener un efecto positivo en la víctima, sin embargo, una vez cumplido el período establecido, quedará sin ningún tipo de protección la víctima.

2.- Modelos *con perspectiva en los derechos humanos*. Este modelo no se supedita a ningún tipo de colaboración. Se le ofrece a la víctima todo tipo de asistencia médica, psicológica, de subsistencia inmediata, alojamiento e incluso puesto de trabajo a fin de recuperar su control de vida. Es un modelo carente de protección para las propias víctimas, ya que ni otorga garantías en el procesamiento de los responsables ni de protección a familiares de la víctima en el país de origen, lo que conlleva desamparo emocional.

3.- Modelos *mixtos*. Como su nombre indica, incluye la protección de la víctima de forma amplia, lo más integral posible y sin condiciones, así como la posibilidad de practicar las diligencias de investigación penal que permitan dirigir el procedimiento penal

la influencia de los traficantes y/o pueda tomar, con conocimiento de causa, una decisión en lo relativo a su cooperación con las autoridades competentes. Durante este plazo no podrá adoptarse ninguna medida de extrañamiento a su respecto. Esta disposición se adopta sin perjuicio de las acciones que lleven a cabo las autoridades competentes en cada una de las fases del procedimiento nacional aplicable, en particular durante la investigación y las acciones judiciales respecto de los hechos delictivos. Durante este plazo, las Partes autorizarán la estancia de la persona en cuestión en su territorio".

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405, fecha última consulta el 10 de Mayo de 2019.

contra los tratantes⁹¹³. En este modelo se protege la identidad y vida privada de las víctimas. Se les ofrecen unas condiciones de vida dignas en orden a su subsistencia, una vivienda adecuada y segura, asistencia médica y psicológica, no sólo de urgencia, traductores e intérpretes, asesoramiento jurídico que engloba el derecho relativo a la permanencia y/o regreso a su país de origen con una repatriación segura, evitando el temor a su deportación con excepción de responsabilidad administrativa, siendo posible gestionar un asilo en un tercer Estado, la regularización de cara a acceder al mercado de trabajo, la formación profesional y la enseñanza, desarrollándose en un escenario de consenso máximo así como de flexibilidad posible por parte de las autoridades intervinientes⁹¹⁴.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad es el responsable de financiar los programas para la asistencia y protección de víctimas de trata y de explotación sexual, incluida la atención a víctimas de explotación sexual infantil, realizados por Organizaciones no Gubernamentales y entidades sin ánimo de lucro.

De igual forma, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha incorporado en sus Programas cofinanciados por el Fondo europeo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) como preferencia para su desarrollo, programas dirigidos a la acogida integral de las víctimas de trata de seres humanos, la sensibilización, la creación

⁹¹³ Es el criterio aconsejado por el Convenio europeo contra la Trata de seres humanos firmado por Varsovia el 16 de mayo de 2005.

⁹¹⁴ Estos derechos se encontraban reconocidos en el art. 12 del Convenio de Varsovia.

de redes de apoyo así como otras actuaciones dirigidas a la erradicación de la trata de seres humanos tanto con fines de explotación sexual como laboral⁹¹⁵.

Para ello desde la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género se realizan seguimientos de los recursos existentes para la atención a víctimas de trata con fines de explotación sexual en el que cuentan con una Guía de Recursos actualizada cada seis meses⁹¹⁶.

Sin embargo, independientemente del objetivo propuesto y prioritario de implementar más a fondo la protección a las víctimas, las políticas de lucha contra la trata con fines de explotación sexual son las que persiguen con la máxima eficacia tanto el delito como la condena de los tratantes. A tal fin utilizan medidas legislativas y procedimentales dirigidas a su consecución. Entre estas, cobra especial importancia la obtención fiable y veraz de información estadística. Solo a partir de esta información se establecen las estrategias adecuadas y eficaces, superando ciertos obstáculos que dificultan la erradicación de este fenómeno.

⁹¹⁵ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

⁹¹⁶ *Guía de Recursos contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual,* disponible en <https://www.mssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/trataMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>, fecha última consulta el 10 de Mayo de 2019. En esta guía se establece la definición de trata de personas, detallando quién puede ser víctima, cómo pueden ser captadas, cómo percatarse de que alguien lo esté siendo, qué derechos tiene una víctima de trata, a quién se puede recurrir para informar de la situación y cuáles son los profesionales que pueden ayudar a estas víctimas.

En el marco de las actuaciones policiales llevadas a cabo, en el informe del CITCO de 2014, al que se ha hecho referencia, se elaboraron 270 atestados policiales (75 de trata con fines de explotación sexual y 195 de explotación sexual), ejecutaron 9 operaciones contra organizaciones criminales y 36 contra grupos criminales vinculados a la trata de seres humanos y contra 7 organizaciones criminales y 11 grupos criminales relacionados con la explotación sexual. De las 561 personas detenidas en el marco de dichas operaciones, 201 personas eran de trata de seres humanos y 360 por explotación sexual, siendo las principales nacionalidades la rumana, seguida de la española y de la nigeriana.

En materia de extranjería, durante ese mismo año, la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado abrió 154 Diligencias de Seguimiento especial de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, archivando 2. En cuanto a detenciones o imputaciones se practicaron un total de 698 personas, 482 europeas (141 mujeres y 341 hombres), 64 asiáticas (43 mujeres y 21 hombres), 82 africanas (37 mujeres y 45 hombres) y 70 americanos (48 mujeres y 22 hombres). En las diligencias tramitadas ante juzgados se reseñaron 1.548 víctimas de trata de seres humanos, catalogándose 509 como potencialmente víctimas, 727 en situación de riesgo y 192 como víctimas de trata de seres humanos al concurrir los indicadores suficientes en fase inicial. Finalmente durante este año se dictaron 8 sentencias condenatorias por delitos de trata de seres humanos con fines de explotación

sexual. La nacionalidad de los condenados mayoritariamente provenía de Nigeria, Rumania y España⁹¹⁷.

Estas cifras constatan en definitiva que por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España ha habido un esfuerzo vertiginoso en la lucha contra esta lacra. Sin embargo, destaca la desproporción existente entre las diligencias tramitadas en los juzgados y el número de sentencias condenatorias.

6.- GRETA: Avances y recomendaciones en la lucha contra la trata de seres humanos en España

Como es sabido, el Convenio del Consejo de Europa exigió a todos los Estados la adopción de un marco integral en el que se englobase la prevención, la protección de las víctimas, la investigación y persecución de los tratantes.

Este Convenio forma parte integral de la legislación nacional desde el momento de su ratificación por parte de nuestro país⁹¹⁸.

⁹¹⁷ *Vid., Plan Integral de..., cit.*

⁹¹⁸ Fue ratificado por España el 23 de febrero de 2009, se publicó en el BOE el 10 de septiembre del mismo año, tras entrar en vigor el 1 de septiembre de 2009, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-1440.pdf>, fecha última consulta el 10 de Mayo de 2019.

Este Acuerdo desarrolló un mecanismo de seguimiento basado en dos ejes fundamentales.

-Por un lado, el Grupo de Expertos en la Acción contra la Trata de Seres Humanos, *GRETA*, encargados de evaluar de una forma periódica el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Convenio por los Estados Parte.

-Por otro lado, *los representantes del Comité de Ministros de los Estados Partes del Consejo y los representantes de los Estados Parte no miembros del Consejo de Europa*, encargados de adoptar recomendaciones a un Estado parte, a partir de los informes del GRETA.

De esta manera, el GRETA destaca la obligación de los Estados de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos, incluido el cumplimiento por parte de los actores no estatales.

El incumplimiento de estas obligaciones por parte de cualquier Estado representa una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

6.1.- Primer informe de 2012

Con motivo de la evaluación periódica a la que viene obligada el GRETA a los diferentes países que se vincularon en su momento al Convenio y por lo que a España se refiere, tras la visita

de evaluación que se llevó a cabo entre el 15 al 19 de octubre de 2012 en nuestro país por parte de la delegación de este grupo de expertos, redactaron un informe de evaluación en relación con el cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

El objetivo de este informe era analizar la situación de España, el grado de cumplimiento del Convenio así como plasmar recomendaciones para aplicar métodos para su desarrollo y dar solución a ciertos problemas identificados.

A tal efecto, se llevaron a cabo diversas reuniones con representantes de los diferentes Ministerios competentes en esta materia, diversas instituciones tales como Fiscalía, el CGPJ, el Defensor del Pueblo así como representantes de Comunidades Autónomas y organizaciones no gubernamentales, incluyendo en estas ONG, casas de acogida, miembros de la sociedad civil y organizaciones internacionales expertas en la materia.

Por su parte, el Comité de las Partes, tras las recomendaciones del informe de GRETA, efectuó recomendaciones a su vez a España, con relación al cumplimiento del Convenio.

Atendiendo al informe de evaluación este grupo de expertos⁹¹⁹, hizo hincapié en que se debía extender a cualquier fin de explotación, incluyendo la explotación laboral.

⁹¹⁹ En este informe se encuentran recogidas las medidas que según GRETA debían incluirse en cuanto a la protección de las víctimas. *Informe de evaluación del "Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos" (GRETA)*, en relación al cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de

Para ello estableció la necesidad de fomentar actividades de sensibilización así como desincentivar la demanda de servicios de las víctimas desde cualquier tipo de explotación.

En cuanto a la protección para las víctimas determinó que se debían incluir las siguientes medidas:

a).- *Una correcta identificación.* El GRETA recomendaba la participación activa y formal de los actores que tenían un papel determinante en el proceso. Entendía que, por el modo de proceder en las investigaciones, las ONG ejercían un papel limitado⁹²⁰.

Esa identificación ya se encontraba regulada en los artículos 59 bis y 141 b) de la Ley de Extranjería⁹²¹, en los que se incluían normas para la identificación de las potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos.

Esto tenía especial relevancia ya que a su juicio, esa falta de identificación en las fronteras y centros de internamiento de extranjeros en situación irregular así como la falta de acceso a los

seres humanos por parte de España, Estrasburgo, 27 de septiembre de 2013, disponible en <https://es.slideshare.net/.../informe-evaluacion-consejo-de-europa-greta-sobre-espana> de 19 de octubre de 2015, última consulta el 11 de Mayo de 2019.

⁹²⁰ En este sentido, su actuación se limitaba a informar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sobre los posibles casos de trata, ofreciendo asesoramiento jurídico y aportando información para la posible identificación.

⁹²¹ En concreto el precepto 59 bis de la Ley de Extranjería establecía que “*las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el art. 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005*”.

procedimientos de asilo, provocaban en ocasiones expulsiones de las propias víctimas de la trata.

Así pues, la identificación formal se realizaba exclusivamente por policías especializados en el ámbito, la UCRIF, unidad de policía judicial y algunas fuerzas policiales autonómicas. Para tal fin se basaban en tres elementos: evaluación de los indicadores, entrevista e información de terceros.

Tras esta entrevista de identificación, los agentes competentes ofrecían a la víctima información escrita acerca de sus derechos, entre ellos la asistencia legal gratuita si careciere de medios y la posibilidad de contactar con una organización con experiencia para recibir el apoyo necesario, utilizando intérpretes si fuera necesario. A tal efecto utilizaban dos vías para informar en función de si las víctimas eran nacionales de terceros países con estatus de residencia irregular (entre los que se incluía información sobre su derecho de restablecimiento y reflexión y la obtención de un permiso de trabajo en el que se cumplimentaba un formulario que debía ir firmado por la víctima, el funcionario y el intérprete) o si pertenecían a terceros países con estatus legal y si eran ciudadanos europeos.

La concesión del estatus de víctima corría a cargo de la policía. Era notificada de forma oral, careciendo de recurso alguno.

Por este motivo, las propias ONG se mostraban reacias a que se les otorgase de forma exclusiva a los agentes de policía la labor de investigación. Consideraban que tanto los interrogatorios a

los que sometían a las víctimas como la prueba documental que les solicitaban podían desmotivarlas además de sentirse presionadas.

En este punto el GRETA instó a las autoridades españolas a revisar el procedimiento de identificación de las víctimas de trata de seres humanos con objeto de que futuras víctimas sean tratadas como personas expuestas a violaciones de derechos humanos, haciendo especial hincapié en las fronteras. A tal efecto solicitaba que las diferentes agencias tuvieran capacitación y canales de comunicación entre ellas con objeto de que ninguna de las víctimas quedara sin identificar y sin establecer limitación temporal para dicho reconocimiento. Asimismo que se notificara por escrito a las personas interesadas los resultados de dicha identificación. Consideró que las ONG especializadas podían contribuir de forma muy positiva en el proceso de identificación de las víctimas.

b).- El derecho a una asistencia. El enfoque relativo a los derechos humanos incluía la persecución efectiva de los tratantes, poniendo énfasis en el derecho de la víctima a obtener una reparación efectiva⁹²².

El GRETA valoró de forma positiva el elenco de servicios de asistencia a disposición de mujeres víctimas de la trata con fines de explotación sexual. Sin embargo, insistía en que dicha ayuda debía hacerse extensible a otras víctimas de la trata en cualquiera de sus modalidades, sin distinción de sexo ni de edad.

⁹²² En este sentido el art 15 del Convenio estableció que las víctimas debían tener acceso a la información relevante de los procedimientos judiciales y administrativos, en un idioma comprensible para ella.

En este sentido, debían de aplicarse medidas legislativas o de otra índole necesarias para prestar asistencia a las víctimas en su recuperación física, psicológica y social. El problema se encontraba en los recursos de los que disponía cada CCAA, responsables directas del servicio de apoyo a estas víctimas⁹²³.

En cuanto al acceso a los servicios de salud, el GRETA mostraba preocupación a raíz de la modificación en la que se limitaba el acceso al sistema de salud gratuito por parte de inmigrantes en situación irregular carentes de documentación, ya que provocaba situaciones discriminatorias.

En cuanto al asesoramiento jurídico, el GRETA alabó el proyecto del Colegio de Abogados de Sevilla de formar a abogados/as en la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Sin embargo consideraba que debía extenderse a los otros supuestos de trata.

Instó a las autoridades españolas autonómicas y centrales a garantizar que todas las víctimas de trata de seres humanos recibieran la asistencia y apoyo adecuados, desde que son identificadas hasta su total recuperación, solicitando que se adoptasen unos patrones mínimos en cuanto a la asistencia de todas ellas, independientemente de su sexo, nacionalidad, edad y tipo de explotación, asignando fondos para poder cubrir estos patrones. Entre estas medidas destacaban el alojamiento temporal seguro y apropiado para todas las víctimas de trata de seres

⁹²³ La mayoría de las CCAA ofrecían dicha asistencia únicamente a víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, entre las que destacaban Madrid, Cataluña y Galicia.

humanos, el acceso a servicios de salud para todas ellas en España, el acceso al mercado laboral para las que residieran de forma legal en España, con formación ocupacional y educación y medidas de asistencia para las víctimas extranjeras indocumentadas proporcionándoles documentos de identidad temporal.

El Plan Integral de Acción de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual planteaba la creación de un fondo con los activos de los /as tratantes que habían sido confiscados para ofrecer asistencia a las víctimas y fortalecer la acción policial, sin embargo, dicho fondo finalmente no acabó de llevarse a término. En mi opinión hubiera sido positivo dicha creación.

Tras las diferentes reformas en nuestra legislación penal, el GRETA celebra que las primeras sentencias en aplicación del artículo 177 bis del CP incluyan medidas de indemnización para las víctimas de trata. En este sentido, solicitó a las autoridades españolas la modificación de la Ley 35/ 1995 sobre ayuda y asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. El objetivo era que todas las víctimas de trata de seres humanos sin distinción tuvieran acceso a indemnizaciones por parte del Estado. Ello requería cierta coordinación entre las autoridades competentes para que investigasen y requisasen los bienes a los tratantes para de esa forma compensar a las víctimas.

En definitiva, todos los profesionales encargados de la prestación de asistencia y medidas de protección debían recibir una formalización especializada con objeto de saber aplicar en cada caso las necesidades de las víctimas.

c).- *La reparación.* Según establecía en aquel momento nuestra legislación, se ofrecía un período de restablecimiento y reflexión de al menos 30 días.

Sin embargo, el GRETA recomendó que se revisasen las normas que establecían el período de restablecimiento y reflexión con el objetivo de que todas las víctimas sin excepción fueran informadas de forma fehaciente de la posibilidad de beneficiarse de este período, sin establecer condición alguna de colaboración con las autoridades.

Las autoridades españolas, por su parte, comunicaron al GRETA que no se estaba ofreciendo este periodo a las víctimas de trata nacionales de la UE porque, a su entender, consideraban que lo relevante para ellas era regularizar su situación administrativa cuando procedían de terceros países y se encontraban en situación irregular⁹²⁴.

Una realidad palpable era la poca concesión de permisos de residencia. A juicio del GRETA, los criterios establecidos por las autoridades españolas para conceder estos permisos carecían de

⁹²⁴ GRETA afirmaba que, según la información facilitada por las autoridades españolas, en 2010 se concedieron 21 períodos de restablecimiento y reflexión, aumentándose en 2011 hasta 63; sin embargo, el informe del Defensor del Pueblo español sobre trata de seres humanos, según información de la Secretaría de Seguridad del Estado, determinó que 219 períodos de restablecimiento y reflexión fueron ofrecidos por las autoridades de inmigración en 2010, de los cuales fueron rechazados 171 concediéndose 21 y 6 rechazados por las autoridades competentes, en 2011 se les ofreció 763, de los cuales fueron rechazados 680, concediéndose 98, en 2012 se concedieron 61 y en 2013 entre los meses de enero a abril se concedieron 32.

claridad. Al respecto recomendaba que se le ofreciera a la víctima una adecuada información utilizando un idioma comprensible para ella. El objetivo era que tuvieran acceso a la indemnización y que se garantizase que los autores del delito abonasen las indemnizaciones a las que hubieran sido condenados, mejorando la identificación, embargo y decomiso de los activos procedentes del delito.

Las solicitudes para este período de restablecimiento y reflexión debían estar acompañadas del informe completo de la policía de la propia víctima así como información adicional que considerasen relevante. A tal fin, las autoridades tenían que establecer un criterio claro a la hora de determinar la duración de este período en atención a la situación personal y necesidad de recuperación de la víctima y aclarar la problemática del bajo número de solicitudes⁹²⁵. En situaciones excepcionales se podía ampliar el periodo de 30 días.

El problema en nuestra legislación española se encontraba en que se condicionaban la concesión de los permisos a la exención de responsabilidades por su estancia irregular. El GRETA no lo vio con buenos ojos.

Las ONG por su parte mostraban preocupación por los requisitos y criterios aplicados a la hora de evaluar si la colaboración de la víctima con las autoridades justificaba el permiso de residencia.

⁹²⁵ Al respecto el art. 14 del Convenio ofrecía dos posibilidades a la hora de conceder estos permisos, estableciendo dos tipos, bien por motivos de situación personal y/o bien por su colaboración con las autoridades competentes para los fines de la investigación o de las acciones penales. La legislación española utiliza los dos.

En cuanto al derecho de asilo, el GRETA estableció que no existía información acerca de si alguna víctima de trata había obtenido esta protección. El informe de trata de seres humanos realizado por la Defensora del Pueblo exponía que las víctimas eran “excluidas rutinariamente” por la oficina de asilo. Al respecto las autoridades españolas indicaban que los procedimientos de asilo y de refugiado no eran aplicables a estas víctimas. En este sentido, el GRETA estableció que las víctimas o posibles víctimas de trata de seres humanos fueran incluidas en la definición de refugiado contenida en el artículo 1 A) del Convenio sobre el Estatuto de los refugiados de 1951, recibiendo por tanto protección internacional de refugiada, amparándose en *“miedo fundado de persecución”*⁹²⁶. Las

⁹²⁶ En este sentido el mencionado art. 1 A) determinaba que el término de “refugiado”, se aplicará a toda persona:

- 1) *Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio d 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933, y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.*

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

- 2) *Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país y no pueda. O causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.*

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los

ONG denunciaban que las autoridades competentes en materia de asilo consideraban que, dado que la persecución del delito ha tenido lugar en España, dichas víctimas no podían beneficiarse de la protección otorgada a los refugiados.

Respecto de la repatriación y retorno de las víctimas⁹²⁷, el GRETA a pesar de que acogió con agrado la inclusión de las víctimas de trata de seres humanos como parte del grupo de nacionales de terceros países vulnerables con acceso a un retorno voluntario asistido, instaba a las autoridades españolas a garantizar que las víctimas y posibles víctimas de trata no fueran repatriadas a la fuerza por encontrarse en situación de estancia irregular, debiendo poner a disposición de estas el programa de retorno voluntario asistido y ofrecerles información acerca de programas existentes, protegiéndolas de una revictimización. En el caso de niños siempre debía protegerse el principio del interés superior del niño/a. El GRETA consideraba que nuestras autoridades debían desarrollar una cooperación con países de origen de las propias víctimas para asegurar una evaluación adecuada, un retorno efectivo y una reintegración efectiva.

países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea”.

⁹²⁷ Art. 16 del Convenio instó a los Estados Partes a que establecieran programas de repatriación cuyo objetivo era evitar la revictimización e involucrar instituciones nacionales e internacionales relevantes y ONG así como a que hicieran esfuerzos para favorecer la reintegración de las víctimas en la sociedad del Estado de retorno.

d).- *La protección.* El GRETA subrayó la necesidad de proteger a las víctimas de manera efectiva durante todo el proceso penal, tanto de adultos como de niños, acogiéndose con buen criterio a la cláusula modificada en el artículo 177 bis CP en la que se incluía la cláusula de exención de responsabilidad penal para estas víctimas de trata⁹²⁸, quedando excluidas de las penas correspondientes a las infracciones penales que hubieran cometido en la situación de explotación sufrida. Ello también se reflejaba en la Circular 5/2001 sobre el Ministerio Fiscal o en el Protocolo Marco.

Se reclamaba por este grupo de expertos, que nuestras autoridades eliminasen la referencia a la colaboración de las víctimas de trata de seres humanos con las autoridades para estar exentas de la responsabilidad derivada de su estancia irregular en España⁹²⁹. En este sentido, el Convenio de Europa por su parte estableció que, la investigación o persecución de los delitos de trata de seres humanos no debía depender de la declaración de las víctimas. Al respecto, las ONG manifiestan que la cláusula de no imponer sanciones no se aplicaba de manera efectiva.

⁹²⁸ Se encontraba también regulado en el art. 26 del Convenio del Consejo de Europa. Esta medida ya se encontraba prevista en el art. 59 LODLEE a través de la cual, se incentivaba a colaborar con las autoridades a los partícipes en los delitos sobre todo de terrorismo y delincuencia organizada como instrumento para desarticular el grupo organizado del que formaban parte a cambio de excluirlos del procedimiento sancionador. Al respecto, en opinión de GARCÍA RIVAS, esta posibilidad de exclusión a aquel que colaboraba en la desarticulación podía facilitar la destrucción de bandas organizadas dedicadas al tráfico de personas. GARCÍA RIVAS, N., "Artículo 59. Colaboración contra redes organizadas" en ESPLUGUES MOTA, C (Dir.) y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 1276.

Las asociaciones y las ONG debían ser capaces de asistir y apoyar a las víctimas durante los procedimientos penales. Por su parte, los funcionarios del Ministerio Fiscal tenían obligación de ejercitar *ex officio* todas las acciones penales que considerasen procedentes en casos de trata. También se consideraba fundamental la implicación de los médicos forenses. Defendían que un examen forense en una fase temprana podía ser de interés para la víctima en una fase posterior cuando se solicitase una indemnización.

La dificultad se encontraba cuando los procedimientos penales por estos delitos se basaban única y exclusivamente en las denuncias formuladas por las propias víctimas directamente o por medio de ONG, ya que en la mayoría de ocasiones por presiones o miedos llegaban a desaparecer antes de que se celebrase el juicio. En este supuesto, los fiscales solicitaban el testimonio de la posible víctima como prueba pre-constituida.

El GRETA reclama estar informado de la adopción del próximo plan de derechos humanos, como consecuencia del cambio de orientación sustancial que se ha producido más centrado en la víctima⁹³⁰.

⁹³⁰ El enfoque de derechos humanos en lo relativo a la acción contra la trata de seres humanos implica responsabilidad y claridad por parte del Estado mediante: la adopción de una política nacional y de planes de acción contra la trata de seres humanos, la coordinación de esfuerzos entre todos los actores relevantes, la formación continua de los profesionales pertinentes, la investigación y recopilación de la información así como asignación de fondos apropiados para el desarrollo de estas prácticas.

Con motivo de que el legislador cuando tipificó por primera vez por la LO 5/2010 el delito de trata de seres humanos no incluyó los medios de *“rapto”* y *“la oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”*, el GRETA consideró que debía incluirse. Este, junto a otros motivos, provocó su inclusión.

En España, la trata de seres humanos se ha considerado como un delito que concierne principalmente a nacionales de terceros países. Actualmente y a tenor de la definición del Protocolo de Palermo y del Convenio del Consejo de Europa, como ya se ha expuesto, se criminaliza este delito de forma separada a la migración irregular, a pesar de que la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado sigue vinculando el tráfico ilícito de migrantes con la trata, amén de que las únicas disposiciones legalmente vinculantes sobre identificación de víctimas de este delito y su asistencia se encuentran contenidas en la Ley y Reglamento de Extranjería, aplicadas solo a los nacionales de terceros países.

Esto, antes de la firma del Protocolo Marco sobre la Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos en 2011 provocó que estas víctimas españolas o de países europeos quedaran fuera. Ante esto, el GRETA mostró preocupación por las posibles implicaciones negativas de este enfoque sobre estas víctimas y consideró necesario adoptar un enfoque global con el fin de abordar el problema de trata en España independientemente que fuera un país de destino, de tránsito o de origen.

Por otra parte, el GRETA destacó la importancia de acuerdos formales no sólo con las ONG sino también con otros

miembros de sociedad civil con el objetivo de coordinar el desarrollo y aplicación de las políticas para combatir la trata de personas. Para combatir este fenómeno en el ámbito nacional e internacional instó a nuestro país a adoptar una serie de medidas basadas en un enfoque integral. En este sentido solicitó que se incluyeran a todas las víctimas de trata de seres humanos en el marco legal y de políticas públicas, que nuestro país fuera tratado como un país de tránsito, que se reforzaran las medidas de prevención y protección en cuanto a los menores por su vulnerabilidad y establecer una cooperación y coordinación entre todas las autoridades estatales y regionales, entre todas las autoridades competentes y la sociedad civil. El GRETA consideraba de suma importancia que, al margen del Plan de Acción para combatir la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual, se efectuase por parte de las autoridades una evaluación con el fin de plasmar futuras políticas públicas y medidas de lucha. Para ello invita a la designación de un relator nacional⁹³¹ u

⁹³¹ En fecha 3 de abril de 2014, se designó formalmente un Director de Gabinete de la Secretaría de Estado de Seguridad, como Ponente Nacional sobre la Trata de Seres Humanos. La Oficina del Relator Nacional se componía de 3 miembros. Entre sus funciones se incluyeron: la supervisión, seguimiento y control de las actividades contra el tráfico de todas las instituciones del Estado; la evaluación de las tendencias en Trata de Seres Humanos; la mediación de resultados de las acciones; recogida y análisis de la información; identificación e intercambio de buenas prácticas y el desarrollo de los indicadores comunes para facilitar la comparación y la consistencia de la información. Cada 3 meses convocaba reuniones de los actores estatales involucrados en la lucha contra la Trata de Seres Humanos. Se invitó a los actores de la sociedad civil. Desde 2014 hasta junio de 2017 se efectuaron 12 reuniones. Cada 6 meses se remitía un cuestionario a las partes interesadas en relación con las tendencias de la trata de personas, la asistencia proporcionada a las víctimas, las actividades de prevención y evaluación.

otro mecanismo para realizar un seguimiento de las actividades contra la trata de seres humanos.

Este grupo de expertos recomendó al personal una adecuada formación en asuntos de asilo, sobre todo en fronteras, ya que le preocupaba seriamente la falta de capacidad y formación en aplicación de las leyes demandadas por las ONG y la Defensora del Pueblo⁹³². Igualmente debían poner refuerzo en la especialización en trata de niños/as, no sólo en relación con las unidades especializadas en lucha contra la trata sino en las especializadas en menores para que pudieran cubrirse sus necesidades específicas, sobre todo en los casos de menores no acompañados. De esta forma debían vigilar la aplicación de nuevas circulares para registrar a niños/niñas indocumentados/as que llegasen a España y comprobar el vínculo que tienen con la persona que lo/la acompaña, la concesión de visados y autorizaciones para los /las trabajadores domésticos/as en las casas de los diplomáticos/as y adoptar medidas suplementarias ofreciendo información por escrito de los/as nacionales extranjeros/as que buscaban trabajo en España, en un idioma que pudieran entender. De esta forma eran alertarlos de los riesgos de la trata con fines de explotación laboral, informados de sus derechos y sobre dónde acudir en caso de verse necesitados de ayuda o asesoramiento.

De igual forma se hacía necesario un conocimiento por parte de los operadores jurídicos en temas relacionados con este delito,

⁹³² La Fiscalía de Sala coordinadora de menores publicó la opinión 2/2012 en la que se establecieron unas medidas para proceder en casos de menores extranjeros acompañados de adultos y cuyos vínculos parentales no fueron comprobados.

así como de todos los profesionales implicados en la materia, desde las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nivel regional y nacional, inspectores de trabajo, trabajadores sociales, oficiales de protección de la infancia, funcionarios encargados de emitir visados, funcionarios de asilo, jueces y fiscales. El objetivo era diseñar programas futuros que mejorasen las habilidades y conocimiento de tales profesionales.

En materia de cooperación internacional el GRETA recomendó que las autoridades españolas revisaran las actividades de cooperación internacional hasta la fecha para centrar sus acciones futuras aumentando la repercusión de los escasos recursos económicos ya que entendía que dicha cooperación se había centrado exclusivamente en la trata con fines de explotación sexual.

Entre las medidas de sensibilización y disminución de la demanda destacó la campaña de sensibilización lanzada por la Policía Nacional en 2013⁹³³.

Finalmente, el GRETA alentó a las autoridades a que continuasen los esfuerzos para reducir la demanda de los servicios de las víctimas de trata con fines de explotación sexual. A tal fin destacó la labor de algunas CCAA como Barcelona, Sevilla, Bilbao,

⁹³³ En ella se ofrecía un número de teléfono gratuito las 24 horas y una dirección de correo electrónico para informar confidencialmente de casos de TSH con fines de explotación sexual y una página web específica de TSH. *Vid., Informe de evaluación..., cit.*

Málaga, Granada y Alicante, las cuales en 2004 emitieron ordenanzas estableciendo multas a prostitutas y/o clientes. Otras CCAA se encuentran en proceso de creación. En concreto destacó la Comunidad Autónoma de Cataluña por la aprobación de una ley regional para multar a prostitutas y sus clientes que trabajaban en carreteras. Sin embargo, a juicio de las ONG esta ley provocaba que estas víctimas al encontrarse lejos de zonas habitadas quedasen en una situación de mayor vulnerabilidad y que la detección de estos casos y servicios de asistencia se volviesen más complicados. Por este motivo se ha exigido la necesidad de diferenciar la trata de seres humanos con fines de explotación sexual de la prostitución.

Igualmente, con motivo de que en nuestro derecho penal sustantivo, este delito tipificado en el artículo 177 bis del CP incluye disposiciones sobre el embargo y confiscación de los activos y ganancias del delito (art. 127 del CP), a tenor de la DM Consejo de la UE 2005/212 sobre confiscación de ganancias, instrumentos o propiedades del delito, el GRETA señaló la importancia de realizar una correcta identificación, proceder al embargo y confiscación de bienes lo más pronto posible.

6.2.- Segundo informe 2018

La segunda ronda de evaluación de la Convención arrancarían el 15 de mayo de 2014. En este examen el GRETA decidió analizar el impacto de las medidas legislativas, políticas y medidas prácticas en la prevención de la trata, la protección de las

víctimas y procesamiento de los tratantes. Abogaron por un enfoque en los derechos humanos.

Para esta evaluación el GRETA confeccionó un nuevo formulario que fue enviado a los Estados parte que se sometieron a la primera ronda⁹³⁴.

Esta ronda para España se puso en marcha el 8 de junio de 2016. Para ello utilizó idéntico procedimiento que en el anterior informe al que se ha hecho referencia, enviando un cuestionario a las autoridades españolas con fecha máxima para su contestación el 8 de noviembre de 2016.

El borrador del informe elaborado por el GRETA fue aprobado entre el 24 y el 30 de noviembre de 2017 y se presentó a las autoridades españolas para que efectuasen comentarios el 7 de diciembre de 2017. Dichos comentarios fueron tenidos en cuenta por este grupo de expertos al adoptar el informe final entre el 23 y el 31 de marzo de 2018. El informe abarca hasta el 22 de marzo del 2018. Las conclusiones plasman los progresos desde el primer informe,

⁹³⁴ Para la confección de los informes, el GRETA efectúa un diálogo confidencial con las autoridades nacionales, en las que se permitía en el plazo de 2 meses al Estado parte los comentarios sobre el GRETA. El informe final que adoptó esta Convención en sesión plenaria, se notificó a la parte interesada, a la que se le permitió cualquier comentario final. Transcurrido el plazo de un mes, el GRETA elaboró un informe junto con las observaciones finales eventuales efectuadas por las autoridades nacionales, haciéndose públicos y enviándose al Comité de las Partes de la Convención.

los temas que requieren urgencia y otras áreas donde necesita acción adicional⁹³⁵.

6.2.1.- Principales indicadores de la aplicación de la Convención por parte de España

Los datos configurados entre los períodos 2013-2016 no reflejaron la magnitud del problema real en España. El GRETA estimaba esta falta de identificación de casos en la ausencia de un enfoque integral para detectar y combatir la trata de personas en todas sus formas y en la identificación formal como víctima de trata de personas, ya que a su parecer, seguía siendo una labor exclusiva de las agencias de aplicación de la ley, vinculada a la investigación criminal, no incluyendo en estos parámetros las presuntas víctimas detectadas por ONG, sindicatos, trabajadores en caso de asilo, trabajadores sociales o profesionales de la salud, detenidas como inmigrantes irregulares⁹³⁶.

Como consecuencia de las recomendaciones efectuadas por el GRETA se produjeron avances no sólo desde el punto de vista legal sino también en el marco institucional.

⁹³⁵ Las conclusiones se encuentran extraídas del *Informe sobre la aplicación del Consejo de Europa. Acción contra la trata de seres humanos por España. Segunda ronda de evaluación*, disponible en <https://www.proyectoesepranza.org/ii-informe-de-greta-sobre-la-lucha-contralatrata-e...>, fecha última consulta el 11 de Mayo de 2019.

⁹³⁶ En este sentido, en 2016, ACNUR estimó 8160 personas llegadas a España por mar, lo que representaba un aumento del 65% en comparación con el año anterior. En 2017 solo durante los tres primeros meses se detectaron 4313 personas.

1º) Desde el punto de vista legal destacan las siguientes:

a).- La adición en el artículo 177 bis del actual, como ya se ha analizado anteriormente, de dos formas más de explotación, los matrimonios forzados y la explotación para cometer actividades delictivas, así como la ampliación de la lista de medios para incluir “la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. Asimismo, se elimina del precepto 318 bis párrafo 2 CP que regula el delito de tráfico ilícito de inmigrantes como circunstancia agravante los medios utilizados en el delito de trata de seres humanos y se introduce la clasificación de matrimonio forzado como un nuevo delito del artículo 172 bis CP. Finalmente se producen modificaciones a otras disposiciones de nuestro texto punitivo para fortalecer el procesamiento y castigo de los traficantes.

b).- La LO 4/2015 de 17 de abril sobre el Estatuto de la Víctima, que ofrecía un catálogo de derechos procesales y prestó especial atención a las víctimas vulnerables tales como las víctimas de la trata y los niños.

c).- La LO 8/2015 de 22 de julio de 2015 y la Ley 26/2015 de 28 de julio para la modificación del sistema de protección de niños y adolescentes.

d).- El artículo 59 bis de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por la que se modificó la duración mínima del período de recuperación y reflexión de 30 a 90 días.

e).- El RD 3/2013 de 22 de febrero sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita a las víctimas de trata así como otros grupos de víctimas.

f).- La LO 4/2015 de 30 de marzo relativa a la Protección de los Ciudadanos de Seguridad, incluyendo dos medidas, la imposición de sanciones por ofrecer servicios sexuales en zonas comunes y la repatriación de los extranjeros detectados al intentar cruzar de forma ilegal las fronteras de Ceuta y Melilla.

g).- El Pacto de Estado aprobado en diciembre de 2017, contra la violencia de género, incluyendo la elaboración de una Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos, así como la modificación de la LO 19/1994 de Protección de Testigos con el fin de mejorar la protección de las víctimas, testigos de la trata.

2º) Desde el punto de vista institucional:

a).- La Secretaría de Estado de Seguridad emitió la Instrucción 6/16 de 15 de junio, con objeto de reforzar la cooperación con las ONG y otros miembros de la sociedad civil en la lucha contra la trata de personas, como resultado de la inclusión de la figura del Relator Nacional. Esta instrucción introdujo la función de “interlocutor social” por parte de la Policía Nacional y la Guardia Civil. Esta figura fue designada en el espacio nacional y regional. Su función era facilitar la coordinación de sus actividades de tráfico con los otros organismos e instituciones competentes⁹³⁷.

⁹³⁷ Instrucción 6/16, de la Secretaria de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la Trata de Seres

b).- El Foro Social de Lucha contra la Trata de Seres Humanos, tras la modificación del nuevo Reglamento interno el 7 de mayo de 2015, varió su composición, organización y funciones⁹³⁸.

c).- Al margen del Protocolo Marco para la protección de las víctimas de la Trata de Seres Humanos, que ya existía en el momento de la primera evaluación del GRETA, se toman medidas para desarrollar otros protocolos de colaboración tales como:

-Protocolo Marco sobre ciertas acciones relacionadas con los menores extranjeros no acompañados de 22 de julio de 2014 en el que intervinieron los Ministros de Justicia, Empleo y Seguridad Social e Igualdad, la Fiscalía, la Secretaría de Estado de Seguridad

Humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas, disponible en www.adoratrius.cat/.../I-SES-6-2016.sobre-actuaciones-FCS-en-lucha-contra-TSH.pdf, fecha última consulta el 15 de Mayo de 2019.

⁹³⁸ En cuanto a su composición, actualmente se compone de 11 representantes de la Administración central del Estado, 4 representantes de las CCAA y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, la Federación española de municipios y Provincias, el Relator Nacional y ONG para ayudar a las víctimas de la trata con fines de explotación sexual, entre los cuales se encuentra la Red española contra la Trata. En enero de 2016, dos organizaciones no gubernamentales adicionales especializadas en la asistencia a víctimas de la trata vienen participando como miembros de pleno derecho del Foro Social, tras solicitarlo.

En cuanto a las funciones a desarrollar se encuentra el seguimiento del 2º plan de acción para combatir la TSH de las mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Se establece un grupo de trabajo compuesto de representantes de la Red española contra la Trata de Seres Humanos y otras ONG, el Ministerio de Interior, la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, la Federación Española de municipios y parlamentarios con el objetivo de analizar el impacto de las medidas legales sobre la protección de la seguridad pública en la identificación de la víctima de la trata con fines de explotación sexual. En este sentido se informó al GRETA de que en 2016 el Foro sólo se reunió una sola vez. En 2017 se efectúan dos reuniones.

del Ministerio del Interior y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y relacionadas con la protección de los niños extranjeros potenciales víctimas de la trata⁹³⁹.

-Un Protocolo para la identificación y acción en casos potenciales de la trata con fines de explotación sexual aprobado por la Secretaria General de Migración y Emigración del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dirigido al personal y las ONG que trabajaban por migrantes.

-Protocolo Marco aprobado por el Pleno de los Niños “Observatorio “ el 1 de diciembre de 2017, para la identificación y asistencia a los niños víctima de la Trata de Seres Humanos, dirigido por la Dirección General de la Familia y de Protección de la Infancia⁹⁴⁰.

-Apéndice del Protocolo de Acción Sanitaria en el Sistema Nacional de Salud contra la violencia de género y la trata con fines de explotación sexual de fecha 3 de diciembre de 2015⁹⁴¹.

⁹³⁹ *Dictamen 5/14 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente el territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización*, disponible en <https://www.fiscal.es/.../DICTAMEN%205-2014%20sobre%20protección%20de%20...>, fecha última consulta el 18 de Mayo de 2019.

⁹⁴⁰ *Actuaciones para la detección y atención a las víctimas de Trata de Seres Humanos (TSH) menores de edad*, disponible en www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/.../Anexo_Protocolo_Marco_Menores_V, fecha última consulta 18 de Mayo de 2019.

⁹⁴¹ *Actuación sanitaria frente a la trata con fines de explotación sexual*, disponible en www.violenciageneroigualdad.mpr.gob.es/.../DGVG-ANEXO_TRATA_PROTOCOL, fecha última consulta 18 de Mayo de 2019.

-Protocolos regionales en diferentes Comunidades Autónomas. En concreto Valencia lo aprobó el 19 de mayo de 2017.

En este sentido, el GRETA invita a las autoridades españolas para fortalecer más la coordinación de la acción nacional contra la Trata de Seres Humanos para todas las formas de explotación así como delimitar de forma más clara las funciones de coordinación de las distintas entidades.

Este grupo de expertos considera que las autoridades españolas deben examinar la posibilidad de establecer un Relator Nacional independiente o designar otro mecanismo como entidad de organización independiente, con el objetivo de garantizar mejor control de las actividades de lucha contra la trata de las instituciones de Estado y hacer recomendaciones específicas.

6.2.2.- El Plan de Acción Nacional

En esta segunda visita del GRETA para la evaluación, en España se estaba aplicando el segundo Plan de Acción Nacional de Trata de Seres Humanos a mujeres y niñas de explotación sexual (2015-2018) aprobada por el Consejo de Ministros el 18 de septiembre de 2015 y presentado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el 23 de Septiembre de 2015.

El GRETA establece que las autoridades españolas deben presentar una evaluación independiente de los planes nacionales de acción. Esto debe utilizarse como instrumento para catalogar el

impacto de las actividades y para planificar políticas y medidas para combatir el tráfico futuro.

Valora positivamente el Plan de Acción Nacional para combatir la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, así como la estrategia de Madrid. Sin embargo, vuelve a subrayar la necesidad de extender esa forma de lucha a otras formas de explotación, haciendo hincapié en la explotación laboral y lucha de trata contra los niños.

Insta a las autoridades españolas a adoptar con carácter prioritario un Plan Nacional de Acción integral incluyendo las siguientes medidas:

- Incrementar las medidas para combatir la trata de seres humanos para fines de explotación laboral y mejorar la identificación y asistencia a las víctimas de la trata con la participación de la sociedad civil, los sindicatos, las inspecciones de trabajo y el sector privado.

- Intensificar las medidas para todas las víctimas de la trata en todas las formas de explotación.

- Establecer prioridad a la identificación de las víctimas de la trata entre los solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular.

6.2.3.- Formación de profesionales

Pese al reconocimiento del GRETA en el esfuerzo mostrado en los últimos años por las autoridades españolas en cuanto a la formación en la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, considera que deben continuar y fortalecerse en concreto por lo que respecta a inspectores de trabajo, guardia de fronteras, personal médico y los profesionales que trabajan con niños, con un enfoque integral.

Da la bienvenida a la formación y especialización de los agentes del orden y los fiscales para tratar asuntos de la trata así como la participación activa en la cooperación internacional, funcionamiento y participación de los equipos conjuntos de investigación. Sin embargo, se debe garantizar que estos delitos sean investigados y procesados y para ello considera necesario continuar mejorando el conocimiento de los investigadores, jueces y fiscales sobre el problema de la trata, el impacto de la explotación de las víctimas y la necesidad de respetar los derechos humanos, procesar los casos de trata con fines de explotación laboral y revisar la legislación y el procedimiento de la investigación/enjuiciamiento con el fin de identificar y abordar las brechas.

6.2.4.- Recopilación de datos e investigación

En 2015 en España se creó una base de datos de información sobre detección de presuntas víctimas de trata y las medidas adoptadas. En el último trimestre de 2017 el CGPJ comenzó a recoger datos de los tribunales de forma directa.

El GRETA reconoce las medidas adoptadas para mejorar la recopilación de datos, sin embargo, insta a las autoridades españolas a finalizar el desarrollo de un sistema estadístico global en cuanto a las medidas a establecer para proteger y promover los derechos de las víctimas de trata, en la investigación, persecución y enjuiciamiento en los casos de trata de seres humanos.

Acoge con satisfacción los esfuerzos en la investigación, aunque considera que deben seguir apoyando la investigación sobre temas relacionados con este delito como base de pruebas para adoptar futuras medidas políticas.

6.2.5.- Medidas a adoptar por las autoridades españolas establecidas por el GRETA

Siguiendo el esquema efectuado en el primer informe de evaluación, el GRETA estima que las autoridades españolas deben adoptar las siguientes medidas:

a).- *Una correcta identificación.* Este grupo de expertos celebra la aprobación de la Instrucción 6/2016 de la Dirección General de la Policía por la que se emitió la Instrucción 5/2016 de julio en la que se informaba a la policía para que designase a los interlocutores sociales a todos los niveles territoriales y configurara una dirección de correo electrónico para la transmisión de información relevante para la identificación de las víctimas. Tras estas instrucciones, las ONG se encuentran participando de forma temprana en el procedimiento de identificación de las víctimas y pueden proporcionar informes a la policía sobre casos detectados.

En este sentido, al margen de las medidas adoptadas en el primer informe y que reivindican en esta segunda evaluación, consistentes en continuar con el fortalecimiento de la participación de varios organismos, en la identificación de las víctimas de trata, con el reconocimiento formal del papel de las ONG especializadas en el proceso de toma de decisiones que llevan a esa identificación y la disponibilidad y calidad de los intérpretes, se añaden las siguientes:

-No vincular la identificación formal de las víctimas de la trata con que se presenten suficientes pruebas para el inicio del proceso penal.

-Aumentar esfuerzos para poder identificar de forma proactiva las víctimas de la trata con fines de explotación laboral. En este sentido deben reforzar la capacidad y la capacitación de los inspectores de trabajo y la participación de los sindicatos.

-Mayor atención a la detección proactiva de las víctimas de la trata entre los solicitantes de asilo y las personas en detención de inmigración, así como inmigrantes que llegan a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, estableciendo tiempo suficiente para recabar la información necesaria, teniendo presente la experiencia traumática. En este sentido se debe proporcionar formación en la identificación de víctimas de trata y de sus derechos a los funcionarios de asilo y personal que trabaja en los centros en que estas personas se colocan.

-Asegurar una actuación diligente por parte de los mediadores culturales durante el proceso de investigación.

b).- *El derecho de asistencia.* El GRETA, como consecuencia de la aprobación de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Crimen⁹⁴² y de que ciertas ONG⁹⁴³ reciben ayudas a través de la Agencia Nacional de Impuestos desarrollando una línea de Trata de Seres Humanos, celebra el aumento de los recursos para los programas de asistencia y reintegración de mujeres víctimas de explotación sexual, así como la mejora del acceso a la atención médica para las víctimas de la trata. Sin embargo, continúa

⁹⁴² En dicho estatuto se estableció un catálogo con el objetivo de que tanto las víctimas como sus familiares recibieran asistencia legal y respuesta social. A partir de 2016 habían 44 centros repartidos en 420 lugares que prestan asistencia a estas víctimas en el territorio en 14 comunidades. Actualmente existen 548 plazas disponibles para víctimas de explotación sexual en 104 lugares. Vid., *Informe sobre la...*, *cit.*

⁹⁴³ Estas ayudas se encuentran orientadas a la prevención de delitos relacionados con todas las formas de violencia contra la mujer y en la que ofrecen servicios para lanzar proyectos de lucha contra la trata. Entre ellas se encuentran APRAMP, DIACONIA, PROYECTO ESPERANZA y CRUZ BLANCA.

demandando asistencia para hombres y mujeres de otras formas de explotación ya que son escasas todavía.

En cuanto a la asistencia de la víctima durante la etapa de investigación, el juicio y posterior ejecución, se debe garantizar que las disposiciones vigentes sobre protección se apliquen de manera efectiva. Incluye medidas tales como que las salas de los tribunales ofrezcan instalaciones adecuadas y su personal esté cualificado, establecer las competencias de los diferentes organismos en la protección de las víctimas y testigos para evitar confusiones y lagunas, dotar a las oficinas de asistencia a las víctimas de recursos para llevar a cabo las diferentes funciones y obtener financiación presupuestaria para cubrir los costes de protección de las víctimas/testigos de la trata para colaborar con las autoridades, incluidas su reubicación por razones de seguridad.

El GRETA insta a nuestras autoridades a continuar e intensificar sus esfuerzos para proporcionar asistencia a todas las víctimas de trata algunas de las cuales ya se solicitaban en el primer informe, tales como facilitar la reintegración de todas las víctimas de la trata en sociedad, proporcionándoles la formación profesional y el acceso al mercado de trabajo sin distinción (a diferencia del anterior informe donde el acceso al mercado laboral se restringía a las víctimas de trata que residieran legalmente en España), así como asegurar que en la práctica todas las víctimas tengan una asistencia adecuada (el anterior lo limitaba al acceso de salud y al alojamiento temporal seguro y apropiado) . Las nuevas medidas en este sentido se reducen a la obtención de financiación a largo plazo para proyectos de asistencia a las víctimas, de tal modo que se

garanticen calidad en los servicios y continuidad de la asistencia, que se les ofrezca a las antiguas víctimas un puesto profesional como mediadoras culturales, que se remitan a estas víctimas de la trata a España bajo el Reglamento de Dublín III⁹⁴⁴ y que se ponga especial atención en la identificación y asistencia de los niños víctimas de la trata, sobre la base de la cooperación y derivación de mecanismos especializados que se ofrecen en los sistemas de protección infantil independientemente de su nacionalidad, es decir, si la reunificación del niño/a con su familia en su país de origen presenta riesgos, el menor permanecerá en España. También debe darse una solución a largo plazo de los menores no acompañados y a la falta de recursos específicos para los niños víctimas de la trata, tales como alojamiento y asistencia⁹⁴⁵. Consideran un obstáculo que los datos oficiales sobre niñas sometidas a prostitución no reflejen la

⁹⁴⁴ Es una ley internacional que tiene como objetivo determinar qué estado miembro de la UE se hace cargo de cada solicitud de asilo. Esta solicitud es realizada por una persona en suelo europeo, evitando, al mismo tiempo, que un mismo individuo solicite a la vez, asilo en varios países de la UE. Este último se aprobó por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE en 2013. *¿ Qué es el Convenio de Dublín?*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/AUTO?uri=CELEX:32013R0604>, fecha última consulta el 18 de Mayo de 2019.

⁹⁴⁵ La modificación del sistema de protección de los niños y adolescentes a través de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de 28 de julio incluyó un artículo respecto del interés superior del niño y una disposición nueva relativa a la protección de los niños contra todas las formas de violencia incluida la trata de personas. En ellas se establecía que los niños extranjeros debían tener las mismas oportunidades para acceder a los servicios de salud, educación y servicios de cualquier índole que los menores españoles.

magnitud del problema⁹⁴⁶. Esto es una consecuencia directa de que son difíciles de identificar por el control al que están sometidas.

En particular en atención a los menores incorpora una serie de medidas para potenciar su protección. Entre ellas la de mantener una asistencia a largo plazo para su integración, un enfoque proactivo y de acercamiento para identificar a los niños víctimas de trata de personas, especialmente de los menores no acompañados por parte de los agentes intervinientes, mayor capacitación a los profesionales y una guía para identificar a menores víctimas de trata en sus diferentes formas, la creación de refugios con personal cualificado para asistirlos adecuadamente ante cualquier forma de explotación así como adoptar medidas respecto de los problemas que plantean los menores no acompañados.

c).- La *reparación*. El GRETA celebra la ampliación de la duración mínima del período de recuperación y reflexión de 30 a 90 días tras la recomendación efectuada en su primer informe. Insta una vez más a nuestro país a revisar las reglas y aplicación del período de recuperación y reflexión con el fin de garantizar ciertas medidas. Estas comprenden la información sistemática de la posibilidad de recuperación y reflexión de todas las víctimas extranjeras, incluyendo las nacionales de la UE, la concesión de un

⁹⁴⁶ UNICEF publicó en 2017 de acuerdo con los datos de Fiscalía de Extranjería que en nuestro país en 2013 fueron víctimas de trata 35 niñas (34 niñas de explotación sexual de Rumanía, Nigeria, China, Paraguay y España y una niña sometida a mendicidad forzada), en 2014, 29, de las cuales 21 niñas lo fueron de explotación sexual y 8 niños sometidos a mendicidad forzada y en 2015, 48 sobretodo explotación sexual y 3 casos de matrimonio forzado. A partir de 2016 los casos de tráfico de niños con fines de matrimonio forzado van en aumento.

período de recuperación y reflexión para todas las posibles víctimas de la trata, independientemente de que dicha solicitud se realice por la víctima o no, que las víctimas de trata puedan obtener un permiso de residencia renovable por su situación personal o para cooperar con las autoridades, sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener asilo, en aras a las dificultades con las que se encuentran estas personas en la obtención de sus documentos originarios y revisar el Protocolo marco con el objetivo de incluir un mecanismo que garantice una coordinación entre el proceso de asilo y el procedimiento para la identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata⁹⁴⁷.

A pesar de que, con el nuevo Estatuto de la Víctima, desde 2015 se reconoció el derecho a una indemnización a las víctimas, entre ellas a las víctimas de trata sin necesidad de haber sufrido daños físicos o mentales graves, independientemente de la reclamación de la indemnización a los autores en el proceso penal, el GRETA sigue reclamando que las autoridades españolas adopten medidas adicionales a fin de facilitar y garantizar el acceso a las víctimas de trata para que ejerzan su derecho a una indemnización.

Respecto de la repatriación y retorno de las víctimas, el GRETA considera que las autoridades españolas deben seguir

⁹⁴⁷ En este sentido se promovió por parte del CITCO la creación de un grupo de trabajo que implica a la policía, fiscales, jueces y la Red de ONG Española contra la trata para complementar el RD 557/2011 con el objetivo de establecer una instrucción conjunta sobre la concesión de permisos en España. Pese a que este trabajo fue interrumpido en 2016, en 2017 se ha retomado en el marco de un grupo de trabajo conjunto integrado por miembros de la Secretaria General de Inmigración y Emigración y el Comisionado General de Extranjería y Fronteras de Policía Nacional.

tomando medidas para garantizar el retorno de las víctimas de la trata garantizando sus derechos, seguridad y dignidad, incluido el derecho a la no devolución. En el caso de menores se debe seguir respetando el principio del interés superior del niño. A tal fin deben seguir cooperando con los países de origen de las víctimas con el fin de garantizar la valoración de riesgos y seguridad y el retorno seguro, así como su efectiva reintegración en la declaración⁹⁴⁸.

d).- La *protección y prevención*. El GRETA insta a las autoridades a adoptar y reforzar las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas, culturales o de otra índole para desalentar la demanda de los servicios de las personas tratadas sobre todas las formas de explotación en colaboración con la sociedad civil, los sindicatos y los medios de comunicación. Considera necesario seguir implementando programas educativos en las escuelas, afianzando la igualdad de género y el respeto a la dignidad y la integridad del ser humano y las consecuencias de la discriminación basada en el género.

En cuanto a la prevención, este grupo de expertos considera que España debe aumentar esfuerzos para aplicar medidas de sensibilización con el objetivo de que aumente la conciencia general no sólo para la explotación sexual sino también para el resto de formas de explotación. Estas medidas deben incluirse en el sistema educativo, mediante un enfoque transversal, proporcionando información de los riesgos de ser raptado a través de redes de

⁹⁴⁸ Al respecto el número de víctimas de trata repatriados a otros países en 2013 fueron 29, en 2014, 12, en 2015, 24, en 2016 fueron 45 y en los cinco primeros meses de 2017 disminuyeron a 15.

internet o por otros medios. En este sentido, considera que las autoridades españolas deben redoblar sus esfuerzos para desalentar la demanda de servicios de personas tratadas. De esta forma invita a adoptar medidas legislativas para tipificar como delito el uso de los servicios con el conocimiento de que la persona es una víctima de la trata de personas, independientemente de la forma de explotación.

En cuanto a las medidas para prevenir la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, a pesar de los esfuerzos de las autoridades españolas en el enjuiciamiento de la explotación laboral, el GRETA señala limitada la capacidad de los inspectores de trabajo debido a los problemas en el control efectivo de las zonas rurales remotas y el hecho de que no puedan entrar en zonas privadas sin orden judicial y obliga a España al cumplimiento de las obligaciones positivas en virtud del artículo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos con el objetivo de que se pongan en marcha medidas adecuadas a las empresas y otras actividades económicas para asegurar que no utilizan mano de obra barata.

En cuanto a las medidas adoptadas por España para dar a conocer los riesgos de la trata en niños, este grupo de expertos las acoge con satisfacción. Sin embargo, insta a las autoridades españolas a garantizar que menores no acompañados y separados se beneficien de los acuerdos iniciales de cuidado eficaces, bien sea alojamiento, acceso a la educación y salud e intensificar esfuerzos para prevenir la trata en niños mediante la sensibilización de la sociedad, la capacitación de maestros, personal docente y profesionales del bienestar infantil, medidas para prevenir la trata

con fines de extracción de órganos y la integración de la prevención de la trata en la formación en materia de seguridad.

Por otro lado, el GRETA anima a España a ratificar el Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos que entró en vigor el 1 de marzo de 2018, así como reforzar las medidas de formación y sensibilización dirigidas a los profesionales de la salud en materia de trasplantes de órganos y supervisar el funcionamiento de clínicas privadas de trasplantes.

Respecto de las medidas en las fronteras, este Grupo de Expertos considera que las autoridades españolas deben continuar esforzándose para detectar y prevenir la trata de seres humanos a través de medios de control de fronteras, sobre todo en lo que afecta al aumento de la migración, estableciendo a tal efecto la capacitación de todas las autoridades competentes para detectar indicadores de trata entre las personas que llegan a España, el aseguramiento del Protocolo para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que trabajan en las fronteras, incluyendo indicadores que permitan identificarlas y prestarles la asistencia necesaria. Estima que para ello, las ONG deben tener un papel formal en el proceso de evaluación de las necesidades de los recién llegados y la detección de las víctimas y que se ofrezca información a los extranjeros que llegan de forma irregular o en busca de asilo, en un idioma que entiendan, explicándoles los riesgos de la trata, sus derechos y donde acudir en caso de asesoramiento.

Respecto de la responsabilidad de las empresas, el GRETA establece que se deben seguir tomando medidas para garantizar

que la responsabilidad de las personas jurídicas se implemente de forma efectiva.

Asimismo considera que se debe mantener en examen la aplicación de la exención de castigo para las víctimas de la trata (art. 177 bis, párrafo 11 CP), así como la posible derogación de sanciones administrativas impuestas a las víctimas de trata y la disponibilidad para la compensación o reembolso de las multas pagadas por las víctimas de trata.

En última instancia el GRETA celebra las cooperaciones de nuestras autoridades en el ámbito internacional, invitándoles a continuar especialmente con nuevas formas de cooperación tanto con los actores gubernamentales y no gubernamentales en los principales países de origen de las víctimas de tráfico. En relación con la cooperación de la sociedad civil, considera que se deben seguir construyendo alianzas estratégicas con las ONG y los sindicatos particularmente mediante la participación en la planificación, supervisión y evaluación de la acción contra la trata, el proceso de identificación de las víctimas y la prestación de la asistencia a las víctimas de la trata, así como garantizar la financiación a largo plazo para las actividades de lucha contra la trata de las ONG.

7.- Plan Estatal en materia de violencia de género

El Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2016, acordó un texto transaccional sobre medidas en materia de violencia de género⁹⁴⁹.

Este texto derivó de las propuestas planteadas a debate del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso con objeto de mejorar y actualizar la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (núm. de expediente 162/000135) y de las del Grupo Parlamentario Socialista relativa a promover un Pacto Social, Político e Institucional en el que fueran partícipes todos los partidos políticos, poderes del Estado y sociedad civil en un compromiso firme en pro de una política sostenida para eliminar la violencia de género (núm. de expediente 162/00004).

En dicho acuerdo se fijaron los siguientes objetivos⁹⁵⁰:

1.- Promocionar la creación de un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género por el Gobierno, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias. El objetivo era recuperar el consenso por el que se aprobó la LO 1/2004, de 28 de diciembre de

⁹⁴⁹ Proposición no de ley aprobada por el Pleno (números de expediente 162/000004 y 162/000135).

⁹⁵⁰ BOE núm. 199 de 3 de agosto de 2017.

Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y seguir impulsando políticas de erradicación de la violencia sobre la mujer. A tal fin se exigió compromiso por parte de todos los partidos políticos, los poderes del Estado y la sociedad civil.

2.- Que se otorgase una dotación presupuestaria suficiente, especialmente para los recursos destinados a la prevención y asistencia social de víctimas de violencia de género y de sus hijos/as dependientes de las Comunidades Autónomas, los servicios de proximidad de los Ayuntamientos y Centros de la Mujer para el desarrollo y cumplimiento tanto de la LO 1/2004 como de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia.

3.- Reforzar el funcionamiento de las Unidades de Coordinación y de Violencia sobre la Mujer dependientes de las Delegaciones del Gobierno de las Comunidades Autónomas y de las Subdelegaciones del Gobierno y Direcciones Insulares con el objetivo de establecer un seguimiento personalizado de las víctimas en territorio nacional.

4.- Puesta en marcha de los Juzgados Especializados en Violencia de Género, del Acompañamiento Judicial Personalizado, informando a las víctimas sobre todo el procedimiento.

5.- Estudiar la viabilidad de poner en funcionamiento protocolos de intervención en colaboración con las Comunidades Autónomas para aquellas mujeres que hubieran retirado la denuncia por violencia de género y aquellas que no hubieran presentado denuncia por estos hechos pero que contaran con un certificado de

servicios sociales o documento similar con el objetivo de que recibieran una asistencia integral.

6.- Activar permanentemente el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género en el ámbito de las instituciones educativas y medios de comunicación.

7.- Incorporar formación específica en igualdad y prevención de la violencia de género en el marco del futuro Pacto por la Educación en colaboración con las Comunidades Autónomas.

8.- Poner en funcionamiento un Plan Integral para prevenir, proteger y reparar el daño a menores víctimas de violencia de género. Estos menores deberán ser atendidos en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, reconociéndoseles todos sus derechos.

9.- Garantizar una formación especializada de los profesionales que intervengan en los juzgados especializados de violencia sobre la mujer. Es decir, magistrados, abogados, procuradores, fiscales, letrados y empleados públicos de la administración de justicia, forenses y equipos psicosociales.

10.- Ampliar las disposiciones preventivas, procesales y protectoras de la Ley 2004 así como del resto del ordenamiento jurídico con el fin de englobar todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo figuras como el “sexting”, los nuevos tipos de acosos, hostigamientos, acecho o “stalking”⁹⁵¹ y ampliar las

⁹⁵¹ Se exige en la Recomendación General nº 19 de la CEDAW y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), ratificado por España, implementando las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

disposiciones sobre la trata de personas que tiene especial incidencia en mujeres y niñas, la mutilación genital femenina y sobre los crímenes de honor⁹⁵².

11.- Incrementar las actuaciones de sensibilización para intensificar el compromiso conjunto por una sociedad libre de violencia contra las mujeres, apoyando a las víctimas y rechazando a quienes provocan el maltrato.

12.- Luchar activamente contra el tráfico y la trata de personas así como contra la prostitución entendidas como explotación, esclavitud, violación de derechos humanos y cosificación de la mujer, identificando en cada caso a los

elaboradas por el grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica.

⁹⁵² En concreto, las modificaciones de forma textual a incluir en la LOMPIVG, fueron las siguientes:

-Un nuevo título que visibilizara otras formas de violencia sobre la mujer por razón de género, más allá de los malos tratos en el seno de la pareja o expareja, recogiendo preceptos relativos a la sensibilización, formación de agentes, educación, protocolos y planes de colaboración y recogida y difusión de datos, entre otros.

-Un nuevo título que hiciera referencia a la exigencia y términos de recogida de datos y promoción de su difusión, realización de estudios, impulso de investigaciones y realización de encuestas basadas en la población con el fin de estudiar las causas y efectos, evaluar la incidencia y percepción social y conocer las medidas para la erradicación de la violencia sobre la mujer así como la eficacia de las mismas.

-Un precepto específico, dentro del Título I de la LO 1/2004, relativo a las medidas de sensibilización, prevención y detección que mostrara la colaboración de la sociedad civil en las acciones de concienciación pública, orientadas a la prevención y detección temprana, así como a la creación de una conciencia social de rechazo a la violencia de género.

responsables de espacios de impunidad como el empleo de incentivos y propaganda (por ejemplo, la publicidad del negocio de la prostitución en los medios de comunicación escrita).

13.- Comprometerse políticamente a la no concesión de indultos en cualquier delito vinculado a la violencia de género.

14.- Modificar el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para suprimir la dispensa de la obligación de declarar contra su cónyuge o pareja de las víctimas de violencia de género y la atenuante de confesión para este tipo de delitos. Preceptividad de la asistencia letrada antes de la interposición de la denuncia.

15.- Comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las denuncias presentadas por comparecencia en el Juzgado, de modo que constase en el sistema de seguimiento en los casos de violencia de género (VioGén) y se pudiera valorar el riesgo de la víctima⁹⁵³.

⁹⁵³ BOE núm. 199 de fecha 3 de agosto de 2019 (Comisiones, Subcomisiones y ponencias 154/000002), pp. 3-190. Se encuentra disponible en *Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie D: General*, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CCONG/BOCG/BOCG-12-D199.PDF, fecha última consulta el 20 de Mayo de 2019. El 13 de marzo del actual, entró en funcionamiento la Instrucción 4/2019 de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema VioGén). Con este documento se pretende que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en casos exclusivamente de violencia de género efectúen una valoración policial del riesgo de la mujer víctima, su intensidad y las circunstancias del nivel de riesgo de un nuevo episodio de violencia que pueda sufrir la misma. El objetivo de dicho protocolo es adoptar medidas policiales de

Con el objetivo de articular dicho Pacto se crea una Subcomisión.

7.1.- La Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual

El Pleno del Congreso de los Diputados en el seno de la Comisión de la Igualdad creó el pasado 21 de diciembre de 2016 una Subcomisión para el análisis y estudios de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

Esta Subcomisión estaba compuesta por tres representantes del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, dos del Grupo Parlamentario Socialista, dos del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y un representante de cada uno de los restantes Grupos Parlamentarios.

El período máximo establecido para la aprobación de dicho informe se fijó para cuatro meses desde su constitución debiendo posteriormente remitirse al Gobierno.

protección y asistencia. *Instrucción 4/2019 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema Viogén)*, disponible en <http://fiusi.es/instrucción-numero-4-2019-de-la-ses-sistema-viogen>, fecha última consulta el 20 de Mayo de 2019.

El objetivo marcado para esta Subcomisión era la elaboración de un informe en el que se analizaran las dificultades que obstaculizaban la eliminación de las diferentes formas de violencia de género, conteniendo un conjunto de propuestas o medidas de actuación incluyendo reformas para dar cumplimiento a este fin y recomendaciones por parte de los organismos internacionales, ONU y Convenio de Estambul. En concreto, se le encomendó cinco objetivos en aras de profundizar en el problema de la trata de seres humanos:

1.-Analizar la situación de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

2.-Estudiar los problemas planteados en todo el territorio nacional para la lucha efectiva.

3.-Analizar el cumplimiento de las medidas contempladas en el anterior Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual y que comprende los años 2009-2012.

4.-Proponer mejoras que eran necesarias en el plano asistencial para garantizar la protección de las víctimas de la trata, así como medidas para erradicar este fenómeno a nivel nacional.

5.-Ofrecer un informe y dictamen y dar traslado al Gobierno con el fin de mejorar las políticas dirigidas a la lucha contra la trata así como asistir y proteger a las víctimas⁹⁵⁴.

Finalmente el informe de la Subcomisión fue aprobado el 24 de julio de 2017, para dar paso a la presentación de votos

⁹⁵⁴ Vid., *Plan Integral de...*, cit.

particulares hasta el 27 de julio de 2017. Se celebraron un total de 43 sesiones.

De las comparecencias celebradas entre el 15 de febrero y el 1 de junio de 2017 y en lo que afecta al objeto de la presente investigación, lo relevante en las ponencias de los diferentes intervinientes recogían lo siguiente:

-Por un lado se encuentran los/las ponentes que proponían la ampliación del concepto de violencia de género de la LO 1/2004 de 28 de diciembre que se encontraba restringida a la violencia de pareja. Defendían que era necesario contemplar otros tipos de violencia contra las mujeres de acuerdo con el Convenio de Estambul, entre las que se encontraban la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y agresiones sexuales. Trataban de eliminar todas las formas de discriminación hacia el sexo femenino. Se pretendía un tratamiento integral del problema, con el fin de que cualquier tipo de violencia ejercida sobre la mujer, por el hecho de serlo, recibiera un tratamiento especializado e integral⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ Entre las defensoras de esta postura se encontraban D^a Ángeles Carmona Vergara (Presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ), D^a Flor de Torres Porras (Fiscal Delegada de Andalucía de Violencia a la Mujer y contra la Discriminación Sexual y de Género), D^a Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), D^a Teresa Sansegundo Manuel (Profesora de Derecho Civil en la UNED), D^a Asunción Ventura Franch (Vicepresidenta de la Fundación ISONOMÍA), D^a Carla Millán Peñaranda (Responsable de Derechos e Igualdad de Oportunidades del Consejo de la Juventud en España), D^a Mercedes Caso Señal (Magistrada Decana de los Juzgados de Barcelona), D^a Begoña Marugán Pintos (Miembro de la Plataforma 7-N contra las violencias machistas), D^a M^a Ángeles Brunel Aranda (Adjunta de la Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO). *Vid., Boletín Oficial del..., cit.*

Dentro de este grupo, se incluían los que su vez abogaban por una ampliación del artículo 87 ter de la LOPJ que regulaba las competencias de los Juzgados de Violencia, con objeto de que se incluyese la violencia sexual⁹⁵⁶. Y los que proponían elaborar una LO integral contra la Trata de Seres Humanos similar a la LO 1/2004⁹⁵⁷, respaldando la propuesta de ampliar el concepto de violencia de género.

⁹⁵⁶ Entre las ponentes destacaron D^a Blanca Hernández Oliver (Ex Delegada del Gobierno para la Violencia de Género, Letrada de las Cortes Generales y experta en temas de violencia contra la mujer) que proponía mejorar la regulación de la explotación sexual de las mujeres y mejorar la Ley de Protección de testigos en el delito de Trata, D^a Pilar Martín Nájera (Fiscal de la Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer), que defendía la ampliación del concepto de violencia de género a otras violencias, afirmando que la Fiscalía pretendía conseguir que la protección especializada e integral de la LO 1/2004 se extendiera a otros tipos de violencia contra la mujer. A tal efecto, pretendían añadir al art. 1 la frase “...o cualquier otra violencia que se ejerza sobre la mujer por el simple hecho de ser mujer, o que afecte desproporcionadamente a la misma” (incluyendo en el último párrafo la trata de seres humanos). De igual forma, D^a Paloma Marín López (ex Secretaria Técnica del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ), propuso extender a todas las víctimas de violencia contra las mujeres las mismas medidas de protección reforzada, ayudas y recursos previstas para las consideradas víctimas de la LO 1/2004. *Vid., Boletín Oficial del..., cit.*

⁹⁵⁷ Respaldaron esta propuesta nombres como D^a Gloria Vázquez Portas (Presidenta de la Asociación Ve-La luz), estableciendo que se impulsara una LO 1/2004 sobre violencia machistas que incluyese la figura del feminicidio e incorporase la LO 1/2004 como uno de los capítulos completando su título de la siguiente forma: “LO 1/2004 de Trata, de Explotación y de los diferentes tipos de Violencia hacia las Mujeres”, D^a María Gavilán (Juez y Profesora universitaria de Derecho Penal), D^a Verónica Barroso Testillano (Responsable de Política Interior y relaciones Institucionales de Amnistía Internacional) y D^a María José Ordoñez Carbajal (Delegada del Gobierno para la Violencia de Género). *Ibidem.*

En el lado opuesto, se situaban los/las ponentes que no compartían la posible ampliación del ámbito del artículo 1 de la LO 1/2004 para incluir los delitos de trata de mujeres por considerar que significaría desmembrarlo de los otros tipos de trata de seres humanos, lo que resultaría contraproducente. Es decir, consideraban que el tratamiento de otras formas de violencia de género debía hacerse por mecanismos normativos distintos⁹⁵⁸.

⁹⁵⁸ En este sentido Joaquín Sánchez-Covisa Villa (Fiscal de la Sala Coordinador de Extranjería), consideró que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y de delitos conexos, especialmente la prostitución era una de las manifestaciones más graves por lo que planteó una serie de consideraciones con el objetivo de que no se ampliara en ese sentido el art. 1 de la LO 1/2004:

1º.- El Convenio de Estambul no comprendía los delitos de trata de seres humanos porque la persecución de este tipo de delitos debía hacerse a través de los tipos penales previstos en el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Varsovia 16 de mayo de 2005), referido por el propio Convenio de Estambul en su preámbulo. Existían dos órganos de control diferenciados: GREVIO para el Convenio de Estambul y GRETA para el de Varsovia;

2º.- El Convenio de Estambul en ningún caso hizo referencia a que las conductas que regulaban fueran atribuidas a diferentes juzgados o se tratara de forma concreta por un cauce procesal.

Justificaba su postura en considerar que el delito de trata de seres humanos se había construido al margen de cuál era la finalidad de explotación pretendida por su autor y porque este delito mantenía ciertas especialidades de investigación y obtención de pruebas que nada tienen que ver con los delitos que recogía el art. 1 de la referida Ley, ya que precisaba de investigaciones proactivas y en su defecto desarticulación puesto que nos encontramos ante el crimen organizado. Prueba de las especialidades era que las víctimas en este tipo de delitos ostentaban características propias que no se correspondían con las víctimas de violencia de género en el ámbito de la pareja. La persecución del delito de trata al ser complejo debía pasar por la coordinación de equipos de investigación de diferentes países, ya que en la mayoría de ocasiones el éxito de desarticular una red de criminales proxenetes pasaba por una cooperación con otros estados. Consideraba que para combatir la trata de seres

En definitiva, se constata que a lo largo de las comparecencias de la Subcomisión se evidenciaba la necesidad de avanzar en una respuesta integral y a la vez trasnacional en la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, con compromisos de cooperación con los países de origen, pasando a ser una meta prioritaria en el marco de la lucha contra la violencia hacia las mujeres.

Para lograr el acuerdo era necesario que todas las Comunidades Autónomas dispusieran de recursos para las víctimas que sufrían esta violencia sexual⁹⁵⁹ y avanzar en un marco normativo que garantizase los derechos de las mismas.

A esto debe añadirse la necesidad de concienciar a la sociedad así como de prevenirla. Al respecto era necesario que la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género apoyase y promoviese la realización de estudios, en los que se detallase el alcance y tipos de violencia sexual y se desarrollase un sistema

humanos con fines de explotación sexual era preciso penalizar o sancionar administrativamente el proxenetismo.

En igual línea se posicionó D^a Yolanda Besteiro de la Fuente (Presidenta de la Fundación Mujeres Progresistas, partidaria de que tampoco se realizase esa ampliación del concepto de violencia de género reclamada por la mayoría de los intervinientes) y D. Jose Luis Olivera Serrano (Director del CITCO), destacando en su intervención que la lucha contra la trata de seres humanos era un problema de magnitud que exigía una gran cooperación internacional. *Vid., Boletín Oficial del..., cit.*

⁹⁵⁹ En este sentido manifestar que 9 de las 16 Comunidades Autónomas disponen de ellos actualmente. *Vid., Boletín Oficial de..., cit.*

integral de atención a la violencia sexual en todo el territorio español.

Este fue el fundamento por el que este Pacto de Estado se presentó como un compromiso de toda la sociedad en el que se requería un máximo de implicación de todos los agentes así como una coordinación.

En cuanto a los votos particulares de cada uno de los Grupos Parlamentarios que forman parte de esta Subcomisión existieron disparidad de opiniones. En este sentido a continuación se exponen de forma esquemática la opinión que ofreció cada uno de estos grupos:

1º.-El Grupo Parlamentario Ciudadanos valoró de forma muy positiva el consenso alcanzado.

2º.-El Grupo Parlamentario Socialista consideró necesario la colaboración y cooperación de todas las Administraciones públicas para que se pusieran al servicio de las víctimas todos los medios para que recibieran una asistencia personalizada. Para ello propuso una serie de medidas que se reducen a las siguientes:

a).- Desde el punto penal y con el fin de erradicar la prostitución y favorecer la dignidad de las mujeres, garantizar alternativas, eliminar las redes y mafias y proteger a las víctimas, consideraron necesario reintroducir en el Código Penal la figura de la tercería locativa en los términos del Convenio de Naciones Unidas, permitiendo disipar la industria del sexo, introduciendo la figura de penalización de todo tipo de proxenetismo lucrativo medie o no consentimiento de la víctima y sancionando la demanda de la compra-venta de la prostitución.

b).- Desde el punto de vista presupuestario, elaborar en el marco de los Presupuestos Generales del Estado de 2018 una ficha de seguimiento presupuestario para cada departamento ministerial, identificando las partidas y concretando el gasto tanto en materia de políticas de igualdad para cada departamento ministerial, como en prevención y atención a la violencia contra las mujeres en todas sus formas.

c).- Finalmente, desde el punto de vista institucional, reforzar los organismos de igualdad en toda la estructura institucional para combatir el sexismo.

3º.-El Grupo Parlamentario Mixto de Compromís. Fueron reacios en cuanto a afirmar que el Estado español era un ejemplo de lucha contra “cualquier forma de violencia” contra las mujeres. Alegaron que en su momento la ley fue pionera pero dejaba fuera de su ámbito el resto de violencias machistas⁹⁶⁰.

⁹⁶⁰ Por tal motivo propusieron las siguientes medidas:

a).-Implantar un sistema de corregulación que pusiera en marcha un Código de Publicidad no Sexista con prohibición por medio de medidas legales de publicidad del negocio de la prostitución.

b).-Pretendían un reconocimiento nuevo de las competencias de las Administraciones Locales a fin de mejorar la atención directa de las víctimas. En este sentido, el Gobierno Valenciano ha aprobado el “*Pacte valencià contra la Violència de Gènere i Masclista*”, al que se hace referencia más adelante.

c).- Crear una Ley que definiera y otorgara marco legal a todas las tipologías de violencia machista, reconociendo los derechos de las víctimas de este tipo de violencia machista de igual forma que para las víctimas del terrorismo.

d).- Elaborar una ley proteccionista que recogiera derechos y necesidades de las mujeres en situación de prostitución, con el fin de eliminar el proxenetismo, la tercería locativa y el consumo, en el que se reconociera la prostitución como una tipología en si misma de violencia machista entendiendo que detrás de la misma existía machismo, abuso de poder, cosificación de la mujer, violación, violencia

4º.- El Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea⁹⁶¹. Consideró que el Informe de la Subcomisión carecía de la necesaria visión integral de violencia contra las mujeres, exento de estructura, excluyendo de forma explícita los ámbitos en los que esta violencia tenía lugar, bien sea en el seno familiar, laboral, de pareja, mediático, social o institucional y en el que no se detallaban expresiones de materialización de esta violencia machista tales como mutilación genital, prostitución, vientres de alquiler, matrimonios forzados o acoso sexual. Propuso el cambio de ciertas expresiones concretas en diferentes artículos. A su entender carecía de un enfoque adecuado y de garantías económicas así como de dotación presupuestaria⁹⁶².

económica, acoso sexual y todo un abanico de manifestaciones de violencia machista.

e).- Las entidades feministas debían tener un espacio para aportar informes. Extraído del *Boletín Oficial del...*, *cit.*

⁹⁶² En atención a lo expuesto propusieron las siguientes medidas:

a).- Incorporar más políticas de Igualdad como estrategia estructural en la eliminación de las violencias machistas. Consideraron necesario superar el marco de la LO 1/2004 y crear un nuevo marco legislativo para la lucha contra las Violencias Machistas con objeto de incluir todas las formas de violencia contra las mujeres. Consideraban que este acuerdo perpetúa problemas por la falta de legislación integral de lucha contra la trata y por la tipificación de todas las formas de trata como delito. Postulaban que las víctimas de la trata ni se encontraban protegidas ni tenían acceso a sus derechos porque carecíamos de una ley integral contra la trata y no se había transpuesto la Directiva Europea 2011/36/UE relativa a la Prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos. Criticaron que España siguiera teniendo un enfoque prioritario en la persecución de las redes criminales dejando en segunda posición a las víctimas, condenando que, si bien era cierto que la Ley de extranjería española incluyó de oficio la protección de estas víctimas aunque las mismas no desearan

7.2.- El Plan Integral de Acción

La vigencia de este Plan abarcó los períodos comprendidos entre 2015-2018⁹⁶³.

La Delegación de Gobierno para la Violencia de Género como órgano responsable de la coordinación del presente Plan

denunciar y/o ser testigos en el proceso criminal contra sus tratantes, esta no se estaba aplicando.

b).- Entendieron que era necesaria la ampliación del concepto de violencia de género a todas las formas de violencia machista recogidas en el Convenio de Estambul. Consideraron que debían tener cabida las asociaciones feministas.

c).- Abogaron por un pacto feminista que hiciera de la lucha contra las violencias machistas una cuestión de estado.

d).- Propusieron ampliar las disposiciones de la LO 1/2004 en materia de prevención, enjuiciamiento, sanción y protección para incluir todas las formas de violencia contra la mujer de acuerdo con lo exigido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y con el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul).

e).- Medidas en materia sexual. Consideraron que para atacar más eficazmente la trata con fines de explotación sexual era necesario incluir un enfoque integral de derechos humanos en el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual 2015-2018, plasmado en indicadores verificables durante la realización de informes de seguimiento y evaluaciones finales y modificar el reparto de presupuesto entre las que se encontraba como prioritaria el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual 2015-2018. El objetivo era que se asignase el 50 % de la dotación a la prevención, detección, identificación, protección y asistencia a las víctimas.

f).- Por último consideraron necesario crear un Observatorio Independiente dotado de recursos públicos y formado por personas expertas en feminismo e integrantes de las asociaciones feministas. Este emitiría como mínimo un informe anual. Extraído del *Boletín Oficial del...*, cit.

⁹⁶³ Vid., *Plan Integral de...*, cit.

Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual⁹⁶⁴, debía mantener una estrecha colaboración con las administraciones e instituciones implicadas en su ejecución, concretamente a través de la Conferencia Sectorial de Igualdad y Foro Social contra la Trata con fines de explotación sexual.

Por su parte, la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la mujer (2013-2016)⁹⁶⁵, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, incorporó medidas dirigidas a avanzar en la lucha contra todas las formas de violencia contra la mujer, con especial relevancia en la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

En la elaboración del presente Plan intervinieron diferentes instituciones y organizaciones estrechamente unidas en la lucha contra la trata con fines de explotación sexual, con el objetivo de abordar todos los aspectos relativos a esta materia con un enfoque integral y desde la cooperación.

⁹⁶⁴ Ello deviene como consecuencia de la aprobación del RD 200/2012, de 23 de enero, en el que se desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y por el que se modificó el RD 1887/2011, de 30 de diciembre. En él se estableció la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, en el que se atribuía a dicha Delegación en su art. 3, la propuesta de la política de Gobierno contra las distintas formas de violencia de género así como coordinación y asesoramiento en todas las medidas que se llevasen a cabo en la materia.

⁹⁶⁵ *Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer*, disponible en <http://bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=20&subs=173&cod=2043&pag e=>, fecha última consulta el 24 de Mayo de 2019.

De acuerdo con esta colaboración, se planteó un sistema de seguimiento y evaluación del Plan sobre la base de dos órganos:

-De un lado, la Conferencia Sectorial de Igualdad⁹⁶⁶. Era el órgano de encuentro, deliberación y cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de políticas de igualdad, incluida la asistencia a las víctimas de explotación sexual.

-De otro, el Foro Social contra la trata con fines de explotación sexual⁹⁶⁷, cuya finalidad era asegurar la cooperación

⁹⁶⁶ El reglamento de organización y funcionamiento de la conferencia sectorial de Igualdad del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, aprobado en la reunión del Pleno de 21 de enero de 2009 y modificado en su reunión de 16 de marzo de 2011, estableció en su art .1 del Tít. I, tanto su naturaleza como fines, plasmando textualmente que: “ *La Conferencia Sectorial de Igualdad, constituida de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es el órgano de encuentro, deliberación y cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de políticas de igualdad, que tiene como finalidad primordial conseguir la máxima coherencia y eficacia en la determinación y aplicación de las diversas políticas que, en materia de igualdad de trato y oportunidades entre las personas, especialmente entre mujeres y hombres, educación en igualdad, la prevención de la violencia de género y atención a sus víctimas, la lucha contra la discriminación basada en cualquier condición personal o social y la asistencia a sus víctimas, así como el fomento de la participación social y política de las mujeres, definan la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, mediante el intercambio de puntos de vista y el examen en común de los problemas que puedan plantearse y de las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos.*”

⁹⁶⁷ En su Reglamento de 2015 se definió como un órgano de participación, información y asesoramiento, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

permanente entre las instituciones y organizaciones implicadas en la lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual para garantizar una actuación desde un enfoque multidisciplinar y centrado en la víctima. En este Foro intervendrían los departamentos ministeriales que mantuvieran responsabilidades en la ejecución de este Plan y la representación de la administración autonómica, la Federación Española de Municipios y Provincias y las organizaciones con experiencia en la asistencia y protección a las víctimas.

El mencionado informe de seguimiento tendrá un periodo anual. Recogerá información sobre las actuaciones realizadas en cada una de las prioridades que a continuación se especifican, valorando los logros y carencias. El objetivo era plantear soluciones a estas prioridades para seguir avanzando. Finalmente se someterá a la opinión del Foro Social contra la Trata con fines de explotación sexual. Aprobado el informe, se elevaría al Consejo de Ministros para que tomen conocimiento del mismo y se remitiría a la Comisión de Igualdad del Congreso a fin de que informase acerca de los avances en la materia.

Al finalizar el período del Plan y utilizando una metodología participativa, se realizará una evaluación final plasmando el trabajo realizado durante los 4 años de vigencia del mismo.

En este sentido, la base de este Plan de Acción se asienta sobre siete pilares fundamentales:

a).- El elemento fundamental del Plan es la protección de los derechos humanos. La trata de seres humanos era considerada una grave violación de los mismos. Para erradicar este fenómeno se requirieron actuaciones conjuntas dirigidas a garantizar la protección de los derechos de las víctimas, ofreciendo actuaciones que apoyasen su asistencia y recuperación. A tal fin debían poner en marcha protocolos específicos para abordar las situaciones de mayor vulnerabilidad.

b).- Un enfoque de género. Partiendo de la base de que la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual constituía una forma de violencia contra la mujer, generada por la posición de desigualdad de estas frente a los hombres, debían realizarse labores de prevención y sensibilización dirigidas a provocar un cambio del modelo social y cultural, disminuyendo de esa forma la demanda de servicios que nutren este fenómeno.

c).- Primacía del interés superior del menor. Debían valorarse sus necesidades específicas tales como la edad o su situación, requiriendo en cada caso y de forma individualizada la adopción de medidas de asistencia, apoyo y protección adecuadas, evitando de esa forma una situación de vulnerabilidad de las niñas frente a la trata con fines de explotación sexual. En caso de duda la norma general se presumía la minoría de edad.

d).- Mejora del conocimiento de las situaciones de la trata con fines de explotación sexual a través de obtención de información a partir de distintas fuentes acerca de las situaciones de trata. Esto ofrecería como resultado estrategias adecuadas para combatirla.

e).- Las víctimas debían catalogarse como las protagonistas del proceso y entorno a ellas desarrollarse la programación y planificación de las políticas públicas para luchar contra la misma.

f).- Se establecía como una de las prioridades de la acción contra la trata la investigación y enjuiciamiento de estos delitos. Esto permitiría grandes avances en la persecución de este delito. Sin embargo, debido a que el número de condenas en Europa seguía siendo bajo⁹⁶⁸, se planteó la necesidad de reforzar la persecución de este delito también en este Plan de actuación, encaminadas a mejorar la investigación patrimonial, así como incautación de bienes con el decomiso de estos y las ganancias obtenidas de la trata.

g).- Enfoque integral, cooperación y participación, diseñando una política integral y multidisciplinar, requiriendo la participación de todos los actores que intervienen en estas situaciones.

En cuanto a la estructura que se planteó en este Plan de Acción se marcaron 10 objetivos y 135 medidas, distribuidas en 5 prioridades⁹⁶⁹:

⁹⁶⁸ Se solicitaba en la Estrategia de la UE contra la trata de seres humanos (2012-2016).

⁹⁶⁹ La estructura del Plan de Acción mantuvo idéntica estructura que la fijada en la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), que constituyó el instrumento de la Comisión Europea elaborado para dar cumplimiento a las previsiones recogidas en la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril.

Prioridad 1.- Refuerzo de la prevención y la detección de la trata⁹⁷⁰.

Como prioridad de este Plan, debían ofrecerse mecanismos dirigidos a favorecer la prevención de la trata tanto de mujeres como de niñas con fines de explotación sexual con el objetivo de evitar situaciones de trata y con ello disminución del número de víctimas.

Consideraban que eran parte importante en la escena los medios de comunicación para que eliminasen estereotipos y de contenido sexista, e incorporasen contenidos relacionados con la trata para que la opinión pública tomara conciencia de los peligros que encierran este tipo de prácticas.

⁹⁷⁰ Establecía 3 claros objetivos específicos:

1.-Visibilizar la realidad de la trata y promover mensaje claro y contundente a la sociedad de tolerancia cero a la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

2.- Aumentar la información y formación sobre la trata con fines de explotación sexual entre profesionales de entidades públicas y privadas.

3.- Reforzar los mecanismos de detección de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

Prioridad 2.- Identificación, protección y asistencia a las víctimas de la trata de seres humanos⁹⁷¹.

Como se ha expuesto, en todo este proceso era fundamental la correcta comunicación entre todos los actores que intervienen de manera activa, haciendo especial hincapié en la colaboración con organizaciones especializadas en la asistencia integral de las víctimas con el objetivo de ofrecerles los recursos y derechos adecuados, proponiendo, además del refuerzo de mecanismos de asistencia y protección, de reformas legislativas y de la puesta en marcha del Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de trata de seres humanos, una revisión de procedimientos y puesta en marcha de protocolos para atender situaciones concretas y a colectivos en situación de especial vulnerabilidad.

⁹⁷¹ En esta prioridad 2 estableció tres objetivos específicos:

1.-Reforzar los mecanismos de identificación, asistencia y protección a víctimas de trata.

2.- Reforzar los servicios de información y atención a las víctimas de trata con fines de explotación sexual.

3.- Medidas dirigidas a la atención de situaciones de mayor vulnerabilidad.

Prioridad 3.- Análisis y mejora del conocimiento para una respuesta eficaz frente a la trata con fines de explotación sexual⁹⁷².

Se propusieron medidas dirigidas a profundizar diferentes aspectos de la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Entre ellas, la realización de estudios e investigaciones de diversos elementos de la trata, una mejora en la información estadística, la adopción de medidas de seguimiento de actuaciones y políticas enfocadas en la materia, recogida de datos estadísticos y de coordinación de las diferentes fuentes de datos en aras de evitar su duplicidad.

Prioridad 4.- Persecución más activa de los tratantes⁹⁷³.

En el presente Plan se integraron medidas para garantizar una continuidad de aspectos esenciales para el éxito de estas operaciones. Destacaron entre ellas, la especialización de

⁹⁷² Estableció como único objetivo específico favorecer la mejora del conocimiento de las situaciones de trata de mujeres con fines de explotación sexual a través de la investigación de esta realidad.

⁹⁷³ Se establecieron en concreto 2 objetivos específicos:

1.- Reforzar la investigación de los casos de trata con fines de explotación sexual.

2.- Reforzar los instrumentos para el enjuiciamiento de la trata de seres humanos.

profesionales, mejora de la comunicación y coordinación en procesos de investigación y persecución penal del delito, avances respecto de la investigación patrimonial privándoles de los beneficios económicos obtenidos con esta práctica y refuerzo en los mecanismos de prueba en procesos penales.

***Prioridad 5.- Coordinación y cooperación entre instituciones y participación de la sociedad civil*⁹⁷⁴.**

La coordinación y la cooperación interinstitucional era un aspecto transversal al resto de las otras prioridades. Dicha incorporación y actuación de los actores intervinientes debía evitar la duplicidad de esfuerzos y garantizar la coherencia y la operatividad posible. Este esfuerzo vino reforzado con medidas dirigidas a la implantación de mecanismos de comunicación e intercambio de información y de nuevos espacios de colaboración en diferentes niveles territoriales, destacando en ámbito internacional y local.

En el momento actual todavía se desconocen los resultados de este último informe (2015-2018)⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ Como único objetivo específico estableció el impulso de la coordinación y participación en materia de trata con fines de explotación sexual.

⁹⁷⁵ En este sentido, en las conclusiones de la evaluación del Plan anterior comprendido entre 2009-2012, se señalaron diferentes aspectos que fueron abordados plenamente en el Plan Integral actual con objeto de cumplir con el trabajo encomendado por los diferentes organismos intervinientes tales como, una mejora en procesos de colaboración y comunicación entre las instituciones públicas y privadas,

8.- Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima: ¿Es necesaria la aprobación de una Ley integral de trata de seres humanos?

A continuación se analiza la presente Ley actualmente en vigor, en relación con los criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos con el fin de plantearse la necesidad o no de la aprobación de una Ley Integral sobre las víctimas de la trata con fines de explotación sexual demandada por cierto sector de la doctrina.

El BOE de 28 de abril publicó la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito⁹⁷⁶.

En cumplimiento de la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (que entró en vigor el 15 de noviembre de 2012), por el que se establecieron normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituyó la DM 2001/220/JAI, se determinó un plazo general para que todos los Estados miembros adaptasen sus legislaciones antes del 16 de noviembre de 2015.

avances en el desarrollo de una intervención de carácter integral y también en la protección de las víctimas y persecución del delito; aumento de información así como datos relativos a la trata de seres humanos; y una sensibilización en la sociedad civil, favoreciendo de ese modo la prevención y detección temprana de situaciones de trata e intentando desincentivar la demanda.

⁹⁷⁶ BOE núm. 101 de 28 de Abril de 2015.

El 8 de agosto de 2014 el Gobierno dio el visto bueno al Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito y tras su tramitación parlamentaria se publicó en el BOE el 28 de abril de 2015⁹⁷⁷.

De forma generalizada el Proyecto siguió la estela marcada por la Directiva 2012/29/UE, (y de otras tales como la Directiva 2011/36/UE contra la trata de seres humanos y la pornografía infantil) pese a que en la EM se proclamase “*más ambicioso*” al prever medidas y derechos para abordar la situación “*de las víctimas de delitos relacionados con el tráfico, delitos con multitud de afectados y otros colectivos*” que no se contemplaban en la Directiva de referencia.

En definitiva, el Estatuto de la víctima era una cuestión ineludible, ya que a pesar de los esfuerzos el proceso penal no cubría las necesidades demandadas. Los profesionales, a su vez, se quejaban de la falta de medios, de la descoordinación y del uso sobreexplotado de la vía penal, lo que provocaba lentitud en los procesos judicializados. Las víctimas se sentían engañadas con el sistema, haciendo de su participación casi una obligación, sin que se tomase en cuenta el daño psicológico que puede provocar. El autor del hecho delictivo observaba que la respuesta llegaba lenta y la rehabilitación ya no era necesaria.

Como se analiza a continuación, con esta Ley se pretendió elaborar un Estatuto Jurídico de la víctima que englobase en un solo

⁹⁷⁷ *Anteproyecto del estatuto de la víctima-Fiscal.es*, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFTS/descarga/Marta%20Valcarce.pdf?iddile=e68e5358-0e2..., fecha última consulta 30 de Mayo de 2019.

texto un catálogo de derechos de las víctimas del delito y ofreciera una respuesta jurídica y social lo más amplia posible. Con el objetivo de garantizar ciertos derechos de las propias víctimas así como su participación en todo el proceso penal se han producido ciertas modificaciones en la LECRIM.

8.1.- Los derechos de las víctimas en el ámbito penal

El mencionado Estatuto se estructura en un Título Preliminar, Disposiciones generales (artículos 1 a 3) y cuatro Capítulos que se subdividen en: Derechos básicos (artículos 4 a 10), participación de la víctima en el proceso penal (artículos 11 a 18), protección de las víctimas, víctimas con necesidad de especial protección (artículos 19 a 26) y disposiciones comunes (artículos 27 a 35). Estos a su vez, se encuentran divididos en cuatro capítulos dedicados a: I) OAV; II) Formación, III) Cooperación y buenas prácticas y IV) Obligación de reembolso. Cuenta con dos disposiciones adicionales, disposición transitoria, disposición derogatoria y hasta ocho disposiciones finales.

La presente Ley debe evaluarse anualmente por el Ministerio de Justicia.

Las disposiciones contenidas en la misma son aplicables a las víctimas del delito a partir de la fecha de su entrada en vigor, sin retrotraer aquellos trámites que se hayan cumplido.

8.1.1.- El Título Preliminar

Este Título Preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, comprende servicios de apoyo y justicia reparadora y las actuaciones en el proceso penal en todas sus fases, con independencia del resultado que de ellas se deriven.

a).- El ámbito de la ley

La presente norma es aplicable a las víctimas de los delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de su minoría o mayoría de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal (artículo 1 LEVD)⁹⁷⁸.

De esta forma, la aplicación de este precepto amplía de forma desmesurada el elenco de clasificación de víctimas como tal, debiéndose haber limitado sólo a las víctimas de los procesos seguidos en España.

⁹⁷⁸ Hasta la fecha venía restringido a hechos cometidos en territorio español. En este sentido se regulaba en el art. 1 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y art. 6.1 Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las Víctimas del Terrorismo.

Se debe tener presente para su aplicación a la LO 1/2014 de 13 de marzo (que modifica la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial relativa a la justicia universal y las competencias de los tribunales españoles respecto de hechos cometidos en el extranjero perseguibles en España⁹⁷⁹).

En materia de trata de personas la competencia para la instrucción de estos delitos cometidos en territorio español corresponde únicamente al Juzgado de Instrucción, a excepción de que se cometa el mismo fuera del territorio nacional en los supuestos contemplados en el artículo 23, apartado 4 d) y m) de la LOPJ, en el que serán competentes los Juzgados Centrales de Instrucción.

b)- El concepto de víctima

El problema fundamental se centra en el reconocimiento de víctima como tal.

A tal efecto, la LEVD⁹⁸⁰ diferencia entre víctimas directas y las víctimas indirectas.

⁹⁷⁹ LUACES GUTIÉRREZ, AL., “Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la participación en la ejecución penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, Nº 15 (enero 2016), p. 143.

⁹⁸⁰ Se recoge esa diferenciación en su art. 2 de la LEVD.

Reconoce como víctima directa a toda persona física que sufre un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito, excluyendo a las personas “jurídicas”.

En el concepto de víctimas indirectas, se encuadran a los familiares no responsables del delito en casos de muerte o desaparición de una persona⁹⁸¹.

Se excluyen a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Por otra parte, recogía de forma general un catálogo de los derechos reconocidos a todas las víctimas a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión de este proceso. De esta forma la víctima se encuentra en todo momento protegida⁹⁸².

⁹⁸¹ Se incluyen a los siguientes:

a).- El cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima conviva con ellos.

b).- A la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición ha estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima conviva con ella.

c).- A sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encuentran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encuentran bajo acogimiento familiar.

d).- En defecto de todos los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia entre ellos, del que ostenta la representación legal de la víctima.

⁹⁸² Estos derechos aparecen recogidos en su art. 3 LEVD: *Derechos de las víctimas*.
“1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato

8.1.2.- Los derechos básicos (Título I)

Este Título recoge una serie de derechos extraprocesales, con independencia de que se muestre parte en el proceso penal o haya decidido o no ejercer algún tipo de acción, incluso anteriormente a iniciarse el proceso⁹⁸³.

Estos derechos básicos se agrupan según la presente Ley del siguiente modo:

a).- Derecho a entender y ser entendido (artículo 4 LEVD; artículo 3 de la Directiva 2012/29/UE)

Las víctimas de trata deben ser informadas y asesoradas de los derechos que les asisten comprendiendo el contenido de la

respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

2. El ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como por lo dispuesto en la legislación especial y en las normas procesales que resulten de aplicación”.

⁹⁸³ Se encuentra recogido en el Preámbulo de la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima.

información emitida⁹⁸⁴. Este derecho como establece la LEVD, garantiza la comunicación. Para ello debe procurarse las comunicaciones a la víctima en un lenguaje claro, sencillo y accesible, teniendo en cuenta sus características personales y las necesidades de aquellas personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad (en estas últimas las comunicaciones se efectúan por medio de representante o persona que le asista) y que se les ofrezca la asistencia necesaria desde el primer contacto que mantenga con autoridades o con las OAV para hacerse entender y que puedan estar acompañadas desde el primer momento de una persona de su elección y durante la práctica de cualquier diligencia⁹⁸⁵.

b).- Derecho de la víctima a obtener información (artículos 5 y 7 LEVD; artículo 4 de la Directiva 2012/29/UE)

Comprende dos escenarios posibles:

⁹⁸⁴ *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, disponible en www.migrarconderechos.es/bibliografía/Guía_actuación_judicial_trata_serres_humanos, fecha última consulta el 30 de Mayo de 2019.

⁹⁸⁵ Esta es una medida novedosa con el objetivo de que la víctima se encuentre protegida. De esa forma se reduce el impacto emocional negativo de la experiencia. *Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima...-Fiscal.es*, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Coscolla%20Feixa%20M.%20..., fecha última consulta el 30 de Mayo de 2019.

b.1).- El derecho a la información en el primer contacto con las autoridades (artículo 5 LEVD).

En este sentido, el ofrecimiento de acciones se efectúa a través de los impresos habilitados, en el que se contienen la información de los derechos que les asisten. Estos se cumplimentan en ese momento o se entregan a la víctima para que posteriormente se informe más detenidamente. Es el Letrado de la Administración el encargado de la instrucción de derechos. Generalmente este trámite lo efectuará en su despacho, en presencia de letrado, si es requerido por la víctima, con intérprete en su caso y personal especializado que asista a la víctima, si se considera necesario y la misma se muestra conforme, de forma que se cree un clima de seguridad para la misma. Esta información se concreta en:

- 1º.-Medidas de asistencia y apoyo disponibles, tales como asistencias médicas, psicológicas o materiales y procedimiento para obtenerlas (en el supuesto de que sea necesario se les debe facilitar información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento seguro y alternativo).
- 2º.-Derecho a denunciar y derecho a facilitar elementos de prueba necesarios a los encargados de la investigación.
- 3º.-Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica, y en su caso, las condiciones en las que se acceda a su obtención gratuita.
- 4º.-Información sobre solicitud de medidas de protección, y en su caso, procedimiento para hacerlo.
- 5º.-Indemnizaciones a las que se puede tener derecho, y en su caso, procedimiento para reclamarlas.
- 6º.-Servicios de interpretación y traducción disponibles.
- 7º.-Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.

- 8º.-Procedimiento para ejercer sus derechos las víctimas que residan fuera de España.
- 9º.-Recursos para interponer contra resoluciones lesivas.
- 10º.-Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y procedimiento para comunicar con ella.
- 11º.-Servicios de justicia restaurativa disponibles.
- 12º.-Supuestos en los que se puede obtener el reembolso de gastos y en su caso, procedimiento para reclamarlos.
- 13º.-Derecho a ser notificado de las resoluciones del artículo 7 LEVD, relativo al derecho a recibir información en la causa penal que se esté tramitando. A tal efecto, para la notificación de comunicaciones por parte de la autoridad, la víctima facilitará en su solicitud una dirección de correo electrónico, en su defecto, una dirección postal o domicilio.

El CGJP, en su informe al anteproyecto de ley establecía que, considerando que la información a las víctimas es esencial, sería positivo que se incluyera la necesidad de que esta se realice por personas con experiencia en el manejo de las víctimas y con habilidades, que cuenten con formación completa y actualizada, bien sea en la policía, en el Juzgado, o en las oficinas de asistencia de las víctimas.

b.2).- El derecho a recibir información sobre la causa penal. Esta información se reconoce sin distinción alguna. (Artículo 7 LEVD; artículo 6 de la Directiva 2012/29/UE). En este escenario se ofrecen dos posibles supuestos:

1º.- La víctima se persona formalmente en el procedimiento, es decir, lo que se conoce como acusación particular. Esta tiene conocimiento directo del curso del proceso al serle notificada las resoluciones a su representación procesal. La asistencia letrada

juega un papel fundamental en la investigación de los delitos de trata y en atención a la víctima ya que en ocasiones, puede contribuir a detectar indicios de un caso de trata en servicios de guardia o en materia de extranjería. Si se diera tal situación, el letrado de forma inmediata debe ponerlo en conocimiento de las Fuerzas de Seguridad, debiendo estos derivarla a los organismos o entidades especializadas, para que una persona especialista se ponga en contacto con la misma. Desde ese momento, el letrado debe estar en contacto permanente con estas entidades especializadas y con la víctima con objeto de que informe a la autoridad competente del curso del procedimiento, avances y situación procesal⁹⁸⁶. Resulta fundamental este previo asesoramiento, con una posición activa por parte de este profesional, en el que se le exige que informe a la víctima de la posibilidad de acogerse al período de reflexión previsto en la LOEX con el objetivo de que se solicite tanto a las autoridades policiales como al Juez de Instrucción para que sea declarada testigo protegido. A partir de dicho reconocimiento se cuidará de que todos los datos personales que la puedan identificar sean eliminados del procedimiento principal y llevados a una pieza separada, incluidos los recogidos en los sistemas de grabaciones audiovisuales, poniendo especial cuidado en que la imagen de la misma no sea visible. En el supuesto que dicha imagen lo sea, se llevará a la pieza separada. En el supuesto de que la víctima sea una persona extranjera irregular, el letrado solicitará, previa conformidad de esta, que se le otorgue el período de restablecimiento y reflexión, así

⁹⁸⁶ *Vid., Guía de criterios..., cit.*

como la suspensión de la tramitación del posible expediente sancionador que se haya incoado y las prórrogas necesarias hasta que la víctima decida sobre su colaboración o no con las autoridades competentes.

2º.- La víctima que no se persona como acusación particular siempre que lo hayan solicitado previamente (apartado m) del artículo 5.1). En este supuesto, además de ser informada de la fecha, hora y lugar del juicio, en el que se incluye el contenido de la acusación dirigida contra el infractor, también se le deben notificar una serie de resoluciones⁹⁸⁷.

Cuando lo solicite se le informará de la situación en que se encuentre el procedimiento, salvo que pudiera perjudicar el normal desarrollo de la causa.

⁹⁸⁷ En concreto este art. 5 de la LEVD establece que se le notifiquen:

1º.- La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal. 2º.- La sentencia que ponga fin al procedimiento. 3º.- Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor así como la posible fuga. 4º.- Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o modifiquen las ya adoptadas, si tuvieron por objeto garantizar la seguridad de la víctima. 5º.- Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. 6º.- Las resoluciones a que se refiere el artículo 13 referidas a la fase de ejecución de las penas. Estas son remitidas por correo electrónico o a la dirección que hubiera facilitado por correo ordinario. En aquellos casos en que las víctimas residan fuera de la UE, si no dispusiere de correo electrónico o postal, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

El problema que presenta el cumplimiento del contenido del artículo 5 LEVD, es la saturación de algunos Juzgados de Instrucción⁹⁸⁸.

En definitiva, las víctimas tienen derecho a ser informadas en todo momento de las medidas de asistencia y protección de sus derechos. Motivo por el cual la información deberá ser lo más clara posible, adecuada y oportuna, siendo de suma importancia que esta se facilite en el momento se produzca el primer contacto con las autoridades pertinentes y en un idioma que comprendan, lo que puede aliviar ciertas tensiones⁹⁸⁹.

c).- Derecho de la víctima como denunciante (artículo 6 LEVD; artículo 5 de la Directiva 2012/29/UE)

La LEVD regula de forma específica el derecho de las víctimas como denunciantes. En el caso de que denuncie, la víctima tiene derecho a la obtención de una copia certificada de la denuncia y la asistencia, si fuera necesaria con traducción escrita de la copia de la denuncia presentada sin coste alguno.

⁹⁸⁸ Vid., LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “Los derechos en...”, *cit.*, pp. 153-156.

⁹⁸⁹ Vid., *Guía de criterios...*, *cit.*

d).- Derecho a garantizar el período de reflexión tras el daño provocado (artículo 8 LEVD; no existe transposición de ningún artículo de la Directiva 2012/29/UE)

En este sentido, para los supuestos de grandes catástrofes u otros sucesos en los que existan un elevado número de víctimas, la LEVD establece como garantía para preservar el respeto de los derechos de las mismas, la prohibición a los letrados y procuradores de dirigir ofertas de servicios profesionales pasados cuarenta y cinco días, tanto si son víctimas directas como indirectas⁹⁹⁰.

En el delito de trata de seres humanos, este derecho se aplica una vez se califica como víctima. Es un mecanismo para protegerla de las mafias, de forma que ella pueda tomar la decisión de prestar o no colaboración con las autoridades en la persecución de sus tratantes. El período máximo para esta reflexión se limita a 90 días para que puedan ser informadas y decidir. Durante este período se les ofrece el apoyo necesario y se regulariza la estancia. Este derecho es extensible a los hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentran en España en el momento de la identificación. Extraordinariamente se les ofrece a aquellas personas vinculadas que se encuentren en España en situación de desprotección. Una vez finalizado el plazo se estudia el caso por si es necesaria una ampliación del mismo⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Dicho incumplimiento conlleva una infracción disciplinaria muy grave sin perjuicio de otras responsabilidades. *Vid., Guía de criterios..., cit.*

⁹⁹¹ *Vid., Aspectos prácticos del..., cit.*

e).- Derecho a la interpretación y traducción (artículo 9 LEVD; artículo 7 de la Directiva 2012/29/UE)

El artículo 9 LEVD aborda la traducción e interpretación en los supuestos en que la víctima no hable o no entienda el castellano o lengua cooficial o que presente limitaciones auditivas o de expresión oral. En este sentido tienen derecho a la asistencia gratuita por un intérprete durante la declaración en fase de investigación efectuada ante el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía o cuando intervengan como testigo en el juicio o cualquier vista oral⁹⁹².

La Ley prevé que la asistencia del intérprete se efectúe por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Juez acuerde la presencia de este a fin de salvaguardar los derechos de la víctima. Es necesario que el intérprete se sujete a criterios claros de deontología, debiendo conocer con exactitud el

⁹⁹² En concreto tiene derecho a la traducción gratuita de las siguientes resoluciones: La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal; la sentencia que ponga fin al procedimiento; las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo; las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando su fin es asegurar la protección de la víctima; las resoluciones o declaraciones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima; las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que recoge el artículo 13 y las resoluciones de sobreseimiento.

dialecto de la víctima⁹⁹³. La traducción escrita puede sustituirse por traducción oral en la lengua que comprenda.

Ante la decisión de no facilitar interpretación o traducción de las actuaciones policiales, estas podrán ser recurridas ante el Juez de Instrucción. En cambio si esta denegación es ante la autoridad judicial, cabe recurso de apelación⁹⁹⁴.

En los delitos de trata, tal y como se establece en la presente ley, las víctimas tienen derecho a la asistencia lingüística gratuita así como traducción escrita, por lo que en todo momento deben estar informadas sobre el modo y condiciones de acceso a su derecho de interpretación y traducción. Ello incluye todas las actuaciones del procedimiento⁹⁹⁵.

f).-Derecho de acceso a los servicios de apoyo y de asistencia (artículos 8 y 10 LEVD)

Estos servicios ofertados por las Administraciones Públicas y por las OAV, serán prestados siempre de forma gratuita y mediando privacidad de la víctima. Se puede hacer extensible al resto de familiares en el supuesto de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad. El artículo 8 LEVD entiende como familiares a las personas unidas a la víctima en matrimonio o en

⁹⁹³ Vid., *Guía de criterios...*, cit.

⁹⁹⁴ Vid., *Aspectos prácticos del...*, cit.

⁹⁹⁵ Vid., *Guía de criterios...*, cit.

relación análoga de afectividad y a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

En atención a estos preceptos se les reconoce los siguientes derechos:

- 1º.- Derecho a los servicios de Asistencia y Apoyo facilitados por las Administraciones Públicas.
- 2º.- El juez de instrucción o los funcionarios que mantengan contacto con las víctimas deberán derivarlas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas cuando por la gravedad del delito resulte necesario o en aquellos casos en que la propia víctima lo solicite⁹⁹⁶. En este sentido se limita la extensión a los familiares sólo cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas vienen reguladas en el art. 28 LEVD, así como en los arts. 19 a 32 del RD 1109/2015. Se encuentran diseñadas para prestar una asistencia integral a las víctimas, bien sea con asesoramiento, apoyo emocional, información, etc. La asistencia se efectuará de manera individualizada considerando las necesidades específicas de las víctimas en concreto.

⁹⁹⁷ El art. 17 de la Ley 29/2011 establece el resarcimiento por fallecimiento. En tal caso, se reconoce expresamente dicha indemnización para los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica". En este sentido lo correcto hubiera sido su reconocimiento como víctimas indirectas como refiere la Resolución 1714 del Consejo de Europa de 2010.

Art. 17 L29/2011 Resarcimiento por fallecimiento

(...)

"2. Los titulares de este derecho, de conformidad con el art. 4, apartado 2, serán por orden de preferencia, las siguientes personas:

a).- El cónyuge de persona fallecida, si no estuvieren legalmente separados, o la persona que hubiere venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad al menos los dos años inmediatamente anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieren tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida.

- 3º.- En materia de violencia de género y doméstica se prevén medidas especiales de Asistencia y Protección.

Todo lo plasmado extrapolado a las víctimas de trata de seres humanos equivale a un derecho de asistencia integral, que englobe todos los ámbitos necesarios, bien sean médicos, psicológicos, sociales, legales, culturales, etc., en el que se hace necesario asistir a la víctima en su restablecimiento físico, psicológico y social, permitir un acceso a la tutela judicial efectiva y evitar una victimización secundaria. A tal fin se exigen buenas prácticas a los agentes intervinientes, motivo por el cual se les exige la formación necesaria y la cooperación para trabajar con entidades especializadas en esta lucha con objeto de proteger a la víctima con un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género⁹⁹⁸.

8.1.3.- La participación de las víctimas en el proceso penal (Título III)

Se regulan exclusivamente los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal.

a).-Ejercer la acción penal y comparecer para presentar medios de prueba (artículo 11 LEVD)

b).- En caso de inexistencia de los anteriores, serán destinatarios, por orden sucesivo y excluyente, los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos de la persona fallecida, acogimiento familiar permanente de la persona fallecida, cuando dependieran económicamente de ella”.

⁹⁹⁸ Vid., Guía de criterios..., cit.

Los nuevos artículos 109⁹⁹⁹, 110¹⁰⁰⁰ y 761¹⁰⁰¹ de la LECRIM reconocen el derecho de la víctima para actuar como acusación

⁹⁹⁹ Art. 109 LECRIM: “En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas.

Si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista.

Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, la cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir aquel derecho al ofendido asistente.

En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del CP, el Secretario judicial asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad”.

¹⁰⁰⁰ Art. 110 LECRIM: “Los perjudicados por un delito o falta que no hubiere renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante”.

Art. modificado por la Disposición Final 1,3 de la LEVD.

¹⁰⁰¹ Art. 761 LECRIM: “1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II, expresando la acción que se ejercite.

2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado anterior, el Secretario judicial instruirá al ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente pueden corresponderle”.

particular. En este sentido el artículo 110 de la LECRIM fija como término preclusivo para su personación el de la calificación del delito, no permitiendo su retroacción ni reiteración de actuaciones ya practicadas.

Sin embargo, dado que la doctrina jurisprudencial entiende que las previsiones de este artículo se han dejado sin efecto por el contenido del artículo 785.3¹⁰⁰² del mismo cuerpo legal, que también resulta modificado por la Ley 4/2015, y la víctima, aunque no se muestre parte en el procedimiento debe ser notificada de la fecha, lugar y hora de celebración de juicio, consideran que no hay inconveniente para su personación en el juicio oral siempre que la misma vaya acompañada de letrado, efectuándose en ese preciso momento una personación “apud acta”, ejerciendo todos los derechos que le asisten. Consideran que esta interpretación debería de haberse incluido en el artículo 109 bis LECRIM¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² Art. 785.3 LECRIM: “3. Cuando la víctima lo haya solicitado, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el Secretario judicial deberá informarle, por escrito y sin retrasos innecesarios, de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor”.

¹⁰⁰³ Art. 109 bis CP: “1. Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.

En el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte conviviera con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral

En este sentido, la víctima cuando ejerza la acusación particular, puede ejercer la acción penal y la civil a título personal pudiéndose efectuarse de forma conjunta o con especial reserva de la acción civil para un posterior juicio civil. También se prevé que en el proceso penal pueda estar representada a través de asociaciones de víctimas y por personas jurídicas legitimadas por la ley para defender sus derechos, previa autorización de estas¹⁰⁰⁴. Por el contrario, el Ministerio Fiscal debe ejercerlas siempre de forma

dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

2. El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidas por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

3. La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizada por la víctima del delito.

Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible”.

¹⁰⁰⁴ En este sentido se modifica el artículo 281 LECRIM introduciendo un párrafo tercero relativo a la exención de fianzas de las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimadas para defender los derechos de las víctimas siempre que esta les haya autorizado expresamente para actuar en el proceso.

conjunta. El perjudicado solo puede ejercer la acción civil, como actor civil.

b).- Comunicación y revisión del sobreseimiento a instancia de la víctima (artículo 12 LEVD¹⁰⁰⁵)

Se modifican los artículos 636 y 779-1.1ª de la LECRIM con el objetivo de garantizar la posibilidad de recurrir la resolución dictada por el Juez en la que se acuerda el sobreseimiento sin que sea necesario que se haya personado antes en el proceso.

El auto de sobreseimiento solo puede recurrirse en casación. Para ello se fija el período de 20 días a partir de la correspondiente notificación de la misma a la dirección de correo

¹⁰⁰⁵ Art. 12 LEVD: *Comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima.*

“1. La resolución de sobreseimiento será comunicada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento.

En los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, se comunicará, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las personas que se refiere el apartado b) del artículo 2. En estos supuestos, el Juez o Tribunal podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieran practicado para su localización.

2. La víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso”.

facilitada por la víctima, o en su defecto a la dirección de postal facilitada al efecto cuando residan en España.

En caso de muerte o desaparición ocasionado por un delito, el auto de sobreseimiento será comunicado de igual forma a las personas a que se refiere el apartado 1 del artículo 109 bis CP, de cuya identidad y dirección de correo electrónico o postal se tuviera conocimiento¹⁰⁰⁶.

De manera excepcional, se notificará a los ciudadanos residentes fuera de la UE, si no dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal efectuándose a través de la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

c).- Participación de la víctima en la ejecución

El artículo 13 LEVD apartado 1º permite que la víctima que lo solicite, conforme a la letra m) del artículo 5.1, le sean notificadas las resoluciones con la potestad de recurrirlas aunque no se hayan personado como parte en la causa. Estas resoluciones se limitan a tres autos dictados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria:

¹⁰⁰⁶ En estos casos, el Juez o Tribunal de forma motivada puede prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieran practicado para su localización.

- 1º.- La posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de su condena solo cuando los delitos sean homicidio, aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia o intimidación, delitos de terrorismo o de trata de seres humanos (en relación con el artículo 36.2 CP).
- 2º.- Cuando a los condenados se les apliquen, como consecuencia de la acumulación jurídica de penas del artículo 76 (actualmente 78 CP) beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo para la libertad condicional atendiendo al límite de cumplimiento de condena y no a la suma de las penas impuestas y siempre que la víctima lo fuera por alguno de los delitos mencionados en el párrafo anterior, de un delito de terrorismo, o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3º.- El auto de concesión de la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a los que se refiere el párrafo II del artículo 36.2 CP, o cuando se trate de alguno de los delitos enumerados en el párrafo uno siempre que se hubiera impuesto una pena de libertad de más de cinco años¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁷ En este sentido, se debería haber establecido, a criterio del Consejo Fiscal, la posibilidad de intervención de la víctima en otros supuestos tales como la clasificación o progresión de grado. Se considera más importante dicha clasificación que la notificación de la libertad condicional, por lo que entienden que se debería de haber articulado un sistema por el cual la administración penitenciaria notificara la resolución de tercer grado a la víctima para que pudiera impugnarla. La mayoría de los vocales del CGPJ opinaron que debe permitirse la participación en el proceso de ejecución a la víctima siempre con personación de abogado y procurador y solo respecto de los pronunciamientos de la sentencia que les afecten. GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE de 25 de octubre y su transposición al ordenamiento jurídico español", disponible en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 51-52.

La víctima, con independencia de que se encuentre personada o no en la causa, puede solicitar reglas de conducta para el preso condicional a fin de asegurar su protección, cuando se le hubiera condenado por hechos de los que pueda derivarse una situación de peligro para la víctima.

De igual forma el Juez o Tribunal puede facilitar información que resulte relevante para resolver la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el comiso que hubiera sido acordado.

Tras la modificación de algunos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal, la víctima puede intervenir en el proceso de ejecución cuando se encuentre debidamente personada como acusación particular, asistida por procurador y letrado¹⁰⁰⁸.

El orden de prelación de las diferentes obligaciones pecuniarias del condenado se regulan a tenor de la Disposición final

¹⁰⁰⁸ En este sentido se valora acertadamente que el anteproyecto de la Ley 4/2015 haya modificado su postura inicial, ya que era necesaria una defensa técnica a la víctima. De esa manera se garantiza el derecho de defensa del condenado, la tutela judicial efectiva de la víctima y se evita una victimización secundaria de la propia víctima, ya que sus pretensiones deben de estar bien articuladas. En concreto fueron siete vocales del CGPJ los que en el momento de informar sobre el anteproyecto, emitieron voto separado estableciendo que el derecho de la víctima a participar en el proceso no debe alcanzar nunca a la fase de ejecución y más especialmente al cumplimiento de las penas privativas de libertad, ya que estas por imperativo del artículo 25.2 CE deben estar orientadas en su ejecución a la reeducación y a la inserción social, entendiendo que podría comprometer el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena que el condenado se encuentre cumpliendo. *Vid.*, GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., "El nuevo estatuto...", *cit.*, p.52.

segunda en la que se modifica el artículo 126.2 CP de la siguiente manera: en primer orden se cubrirán las costas causadas a la víctima en supuestos del artículo 14 LEVD y en segunda posición la indemnización al Estado¹⁰⁰⁹.

El problema de notificar las resoluciones del artículo 13 LEVD es la dilación que puede causar del procedimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, amén de significar una sobrecarga de los órganos judiciales. Por este motivo se limita solo a casos de delitos más graves.

El plazo establecido por la Ley para recurrir los autos dictados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria durante la fase de ejecución del proceso penal no es homogéneo al establecido para recurrir el auto de sobreseimiento, limitándose a tres días a partir de la notificación, a diferencia de los veinte días que se establece en el sobreseimiento.

d).- Derecho de reembolso (Artículo 14 LEVD; artículo 14 de la Directiva 2012/29/UE)

A tenor del 126 CP apartados 2 y 3 entre el Estado y la acusación particular de la víctima, la ley prevé alterar el orden

¹⁰⁰⁹ La disposición final segunda modifica el art. 166.2 CP para armonizar el art. 14 LEVD con el objetivo de reconocer la preferencia a las costas del acusador privado en relación con la indemnización del Estado, cuando el delito hubiera sido de los que sólo se puede perseguir a instancia de parte o en los casos previstos en el art. 14 LEVD.

prelación cuando venga impuesto en la sentencia de condena su pago, o bien se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación, o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima.

En este sentido, se reclama que en el artículo 5 del Estatuto, se hubiera informado a la víctima desde el primer momento, en la resolución que se condene al pago.

Del mismo modo, el legislador, debería haber incluido las costas devengadas en los recursos contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria del artículo 13 expresamente.

Este derecho no se debe confundir con la obligación de reembolso regulado en el artículo 35 del mismo texto legal, con el que se pretende evitar abusos de cualquier víctima que ha sido beneficiaria de subvenciones o ayudas y del pago de los gastos causados a la Administración en los que finalmente es condenada por denuncia falsa o simulación de delito estando obligada en estos casos a la devolución de las cantidades percibidas.

e).- *Servicios de justicia restaurativa* (Artículo 15 LEVD; Trasposición del artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE)

En los delitos de trata, la víctima tiene derecho a una reparación integral por parte de las autoridades, en la que se incluya

una indemnización por los daños ocasionados por parte de los tratantes. El mero hecho de no constituirse parte en la causa no es óbice para que pierda este derecho de compensación, ya que igualmente se les debe instruir sobre el derecho de obtener indemnización de acuerdo con el perjuicio causado, extrapolándose dicho derecho a su cónyuge o parientes más cercanos en caso de fallecimiento de la víctima. La acción puede ser ejercitada por asociaciones de víctimas o persona jurídica legitimada para tal ejercicio, siempre previa autorización de estas¹⁰¹⁰.

Como novedad y tras la última reforma operada en nuestro texto punitivo, el legislador incorpora la mediación penal para adultos¹⁰¹¹. Es un procedimiento de solución del conflicto entre la víctima y el infractor, libre y voluntariamente aceptado por ambos, en el que el tercero interviene para facilitar que se alcance un acuerdo resolviendo la controversia. Con esta fórmula la víctima será reparada y el infractor asumirá la responsabilidad. Es un mecanismo de intervención del que la víctima puede disponer¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ *Vid., Guía de criterios..., cit.*

¹⁰¹¹ Esta sólo estaba prevista en la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la que se permitía sobreseer el procedimiento por conciliación entre el menor y la víctima. Su inclusión deriva como consecuencia de la DM 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, en el que se establecían unas normas mínimas sobre los derechos, apoyo y la protección de las víctimas de delitos, planteándose la posibilidad de incorporar esta mediación para adultos a las legislaciones nacionales.

¹⁰¹² Para que se aplique este mecanismo la ley prevé unos requisitos:

a).- El/Los autor/res del hecho delictivo debe haber reconocido los hechos esenciales objeto de la acusación.

Por el contrario, la LEVD no la contempla¹⁰¹³, concibe la actuación de estos servicios orientada a la reparación material y moral de la víctima, ello conlleva el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos por parte del autor. Sin embargo, la actuación de los servicios de justicia restaurativa quedan excluidos cuando suponga un riesgo para la seguridad de la víctima o puede ser causa de cualquier otro perjuicio.

b).- La víctima debe haber prestado su consentimiento, después de haber recibido información sobre su contenido, resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.

c).- El infractor debe prestar consentimiento, ya que uno de los fundamentos básicos de la mediación es su carácter de voluntariedad.

d).- Se podrá celebrar siempre que el procedimiento de mediación no suponga un riesgo para la seguridad de la víctima, ni que exista posibilidad de que se pueda cursar nuevos perjuicios materiales o morales de la víctima.

e).- Que el tipo de delito del que se trate, no esté prohibida por Ley, como es el caso de la exclusión para casos de violencia de género, o en los casos contra la salud pública, medioambiente, seguridad vial, etc., en los que no existe una víctima identificable para que pueda participar en el proceso de mediación.

¹⁰¹³ GABARI GÁMEZ, A., *El Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*, dirigido por D. Iñaki Riaño Bru, trabajo fin de máster, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pamplona, 2017.

f).- Derecho a solicitar el reconocimiento del beneficio de la justicia gratuita ante los funcionarios o autoridades con los que contacten en primer término (Artículo 16 LEVD; artículo 13 de la Directiva 2012/29/UE)

Las víctimas podrán solicitar dicho reconocimiento. Para ello presentaran solicitud correspondiente ante los funcionarios o autoridades con los que contacte. Si se presenta ante el Juez de Instrucción oficiará al Colegio de Abogados competente.

g).- Víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la UE (Artículo 17 LEVD; artículo 17 de la Directiva 2012/29/UE)

Ambos preceptos refieren la posibilidad de interponer denuncia en el Estado de residencia (España) aunque el hecho se hubiera cometido en otro Estado de la UE. Sólo en los delitos de trata, la instrucción corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción, y el enjuiciamiento y fallo a la Sala de los Penal de la Audiencia Nacional. Para ello el delito se debe cometer contra una víctima que en el momento de la comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en territorio nacional.

Del mismo modo, también prevé que los tribunales españoles que no sean competentes por falta de jurisdicción, remitan las actuaciones a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se estimen cometidos los hechos.

h).- Derecho a recurrir la incautación policial (artículo 18 LEVD)

El artículo 334.3º de la LECR reconoce el derecho de petición mediante intervención directa de la persona victimizada por un familiar mayor de edad en el momento de la incautación sin necesidad de acudir a condicionamientos formales y materiales, ya que no se requiere asistencia de letrado ni procurador¹⁰¹⁴. La finalidad del artículo 18 LEVD se encuentra en que la víctima tenga un cauce procesal para hacer efectivo su derecho a una devolución de forma inmediata de los bienes incautados.

8.1.4.- Medidas de protección (Título III)

En el Título III de la LEVD (artículos 19 a 26) se aborda la protección de las víctimas del delito en el ámbito penal mediante un conjunto de medidas tendentes a asegurar la libertad, la vida y la integridad física y psíquica de las víctimas y sus familiares,

¹⁰¹⁴ *Vid., Aspectos prácticos del..., cit.*

protegiéndolas de cualquier tipo de represalias, intimidación y victimización secundaria. Incluye medidas dirigidas a proteger la intimidad y la dignidad de las víctimas, con especial atención a las víctimas menores de edad y de las especialmente vulnerables. Se distinguen las siguientes:

a).- Derecho a evitar contacto entre víctima e infractor (artículo 20).

Para ello se deben contar con la habilitación de espacios que reúnan condiciones adecuadas de su situación y aseguren que no habrá contacto entre víctima e infractor. En los delitos de trata son primordiales estos espacios en aras de evitar que las víctimas se sientan intimidadas de alguna forma, preservando siempre su privacidad.

b).- Protección de la víctima durante la investigación penal.

Conlleva una serie de derechos tales como que se les reciba declaración sin dilaciones injustificadas y sólo cuando sea estrictamente necesario, pudiendo ir acompañadas de persona de su elección¹⁰¹⁵, aun cuando las actuaciones estén declaradas

¹⁰¹⁵ En este sentido se modifica el art. 433 LECRIM a fin de garantizar que la víctima sea acompañada de una tercera persona en su declaración testifical y que en el caso de testigos menores o personas con discapacidad se tome declaración por expertos y sea gravada por medios audiovisuales. La asistencia del Ministerio Fiscal a estar

secretas, a excepción de que exista una colisión de riesgos objetivos para el desarrollo del proceso, ser sometidas a los reconocimientos médicos imprescindibles así como que el Juez de Instrucción adopte las medidas necesarias para proteger su intimidad no sólo de ellas sino también de sus familiares impidiendo la difusión de información que pueda facilitar su identificación, en especial de menores de edad o personas discapacitadas.

En el delito de trata es un punto de inflexión, de forma que la declaración sea considerada una prueba más en el procedimiento y no la base del acervo probatorio. Ello deriva porque en la mayoría de situaciones el miedo a prestar declaración junto al daño psicológico que padecen y que han padecido, les provocan inseguridades o contradicciones en sus declaraciones, llegando muchas de ellas a retractarse de las mismas por las posibles represalias.

En este sentido es necesario un control efectivo y material de la admisión de preguntas a los fines de protección victimológica. De tal forma se prohíbe someterla a preguntas que afecten a la dignidad de la persona victimizada que declara y que afecten a planos de intimidad carentes de relación con el objeto del proceso¹⁰¹⁶. Se obliga a todos los intervinientes en el proceso a no divulgar datos que puedan afectar a la intimidad de las personas

presente en la declaración, que era obligatoria antes de dicha modificación, pasa a ser potestativa evitando la concurrencia o no de un conflicto de intereses entre el menor y su representante legal, la gravedad o naturaleza del delito y la propia edad o madurez del menor.

¹⁰¹⁶ Recogido en el artículo 25.2.c) LEVD y artículo 23.3 c) Directiva.

victimizadas y de sus familias¹⁰¹⁷ y a confeccionar los expedientes judiciales con la debida cautela para evitar la filtración de datos personales tales como números de teléfono, direcciones de correo electrónico o cualquier otro dato referidos a la identidad del testigo, salvo que se hayan ordenado específicas medidas de protección¹⁰¹⁸, con especial diligencia cuando se trate de menores de edad y de personas con discapacidad, estableciéndose incluso la posibilidad legal y constitucional de mantener anonimato de datos en las sentencias o resoluciones judiciales.

Asimismo, se prohíbe la divulgación fuera del proceso de la imagen cuando pueda facilitar la identificación de la persona victimizada o de sus familiares¹⁰¹⁹ y la prohibición de facilitar a terceros información por parte de los Servicios de Asistencia a las Víctimas, a excepción de que la propia víctima lo autorice¹⁰²⁰. A su vez, los servicios de Atención a la Víctima deben efectuar el traslado reservando la información sobre la persona victimizada a la autoridad competente para recabar u ordenar la medida de protección¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ Se encuentra establecido en el artículo 22 LEVD y 21 Directiva.

¹⁰¹⁸ Recogido en el artículo 22 LEVD y 21 Directiva, 235 bis y 236 bis LOPJ vigente el 1 de octubre de 2015.

¹⁰¹⁹ Artículo 22 LEVD y 21 Directiva así como el artículo 681.3 de la LECR que establece la celebración de juicio oral a puerta cerrada, a excepción de aquellas que susciten interés.

¹⁰²⁰ Artículo 24.4 y 28.2 LEVD

¹⁰²¹ Artículo 24.4 LEVD

Todas estas medidas si se ejecutan con buen acierto evitarán que las víctimas desaparezcan o se retracten de lo declarado.

Sin embargo, como ya se ha adelantado anteriormente, los profesionales estiman aplicar cada vez más, como herramienta de investigación en este tipo de delitos, la preconstitución de la declaración testifical de las víctimas en fase de instrucción¹⁰²².

c).- Evaluación individual de las víctimas

c.1).-Primer paso: valoración/evaluación individualizada:

La Ley 4/2015 en sus artículos 24 y 25 regulan un procedimiento para la valoración individualizada de las necesidades

¹⁰²² Se considera una excepción al principio de inmediación, de forma que se haga valer en juicio cuando reúna los requisitos exigidos a tal efecto (en este sentido el Pleno en la STC 53/2013 de 28 de febrero, recurso de amparo núm. 8309/2010 Pte. D. Fernando Valdés Dal-Ré, FJ 3º y 4º recuerda los requisitos para su aplicación). BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013, pp. 122-134. El objetivo de su aplicación deriva de la necesidad de velar para conseguir la verdad, abriendo una vía para que se reproduzca en el correspondiente juicio oral elementos de convicción que resultan imposibles o difíciles de reproducir en este acto. En el delito de trata debe constituirse como una práctica imprescindible y máxime teniendo en cuenta que la mayoría de víctimas son extranjeras, por lo que se corre el riesgo de que no se les localice en el momento de la celebración de juicio. En este sentido, el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos en su punto XI.C refiere las actuaciones procesales de protección, adoptando una serie de precauciones tendentes a salvaguardar los derechos de las víctimas de trata mediante la implicación directa de la Oficina Judicial y el Ministerio Fiscal. *Vid., Guía de criterios..., cit.*

de las víctimas y para la determinación de las medidas de protección más adecuadas al caso concreto¹⁰²³.

Como se ha aludido anteriormente, esta primera valoración se efectúa de forma provisional por los agentes de policía y por el Ministerio Fiscal en la fase de investigación del delito. Son competentes los Juzgados de Instrucción o los de Violencia sobre la mujer (también la OAV puede realizar esta valoración a tenor del artículo 9 del RD 1109/2015)¹⁰²⁴.

¹⁰²³ Ello deriva del art. 22 de la Directiva 2012/29/UE en la que se estableció el deber de los Estados Miembros de velar porque las víctimas fueran evaluadas de forma individualizada para determinar sus necesidades especiales de protección. En ella se debían considerar:

- a.- Las características personales de la víctima.
- b.- El tipo o naturaleza del delito.
- c.- Las circunstancias del delito.

Destacó en materia de evaluación en el contexto europeo la guía elaborada del proyecto EVI (evaluación de la víctima). Constituyó una herramienta práctica que facilitaba la evaluación individual de las víctimas y permitía identificar sus necesidades especiales de protección, permitiendo su aplicación a cualquier tipo de delito y a cualquier víctima.

Esta guía se compuso de un cuestionario dividido en dos partes. Era imprescindible para ello el consentimiento de la propia víctima antes de efectuar la evaluación:

-La primera parte consistía en recabar información de las características personales de la víctima, de su vulnerabilidad y el riesgo y miedo a sufrir daños. El objetivo era determinar las necesidades especiales de protección o necesidad de efectuar una evaluación más detallada.

-La segunda parte versaba en una evaluación más exhaustiva para determinar el nivel de riesgo de la víctima y si fuera preciso, se le aplicase a la víctima medidas especiales durante el proceso penal.

¹⁰²⁴ Se modifica el art. 282. 1 LECRIM para establecer la obligación de valoración por parte de los agentes de Policía de las circunstancias de las víctimas en las primeras diligencias.

En este sentido, el Juez tendrá en cuenta las características personales de la víctima y en particular si se trata de persona con discapacidad o existencia de relación de dependencia víctima/presunto autor, o si se trata de víctimas menores de edad o necesitadas de especial protección o de especial vulnerabilidad, la naturaleza del delito, la gravedad de perjuicios causados y riesgo de reiteración delictiva y las circunstancias del delito.

En los procesos de investigación judicial por delito de trata de seres humanos es de suma importancia que la evaluación individual de las necesidades de protección de la víctima a que se refiere el artículo 23 LEVD, se lleve a cabo desde el mismo momento en que la víctima queda identificada en el seno del procedimiento, con independencia de que vayan a actuar en este como testigo o no. Para ello se debe recabar información de la entidad especializada que le haya prestado asistencia y apoyo hasta ese momento. En el supuesto de que la víctima no lo haya hecho, es vital requerir a la OAV y /o un interlocutor social del territorio¹⁰²⁵, para que le proporcione información completa y detallada de las entidades especializadas en atención a las víctimas de trata que operan en nuestro territorio y los servicios de apoyo y asistencia que cada una de las entidades puede poner a su disposición.

¹⁰²⁵ Esta figura novedosa surge de la aprobación de la Instrucción 6/2016 de la Secretaría de Estado de la Seguridad en la que se establece su nombramiento, por parte de las Direcciones Generales de la Policía Nacional y de la Guardia Civil, de un interlocutor social a nivel nacional así como de interlocutores sociales territoriales. Estos son el punto de contacto permanente entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en asistencia a víctimas de la trata. *Vid., Guía de criterios..., cit.*

Las OAV establecen una serie de servicios o medios asistenciales que como mínimo deben ofrecerse a través de estas¹⁰²⁶. A tal efecto deben ofrecer información general sobre los derechos que asiste a toda víctima, proporcionar información sobre los servicios especializados disponibles y acordes con sus circunstancias, prestar apoyo emocional, asesoramiento en cuanto a indemnización de daños y perjuicios y la prevención en cuanto a posible revictimización. En su cometido desarrollan tres programas diferentes:

1.- *Programas de acogimiento urgente/inmediato*. Este tipo de programas intenta frenar de forma inmediata la victimización de la víctima tras haber sufrido el delito. En este tipo de programa es fundamental el apoyo emocional y psicológico sobre todo en las primeras horas para que se sientan arropadas.

2.- *Programas de asistencia dentro del sistema de Derecho Penal*. Su función principal radica en prestar asistencia procesal a las víctimas a lo largo del procedimiento penal, de forma que la víctima se sienta respaldada antes, durante y después del procedimiento.

3.- *Programas de indemnización económica*. El país pionero de estos programas de compensación económica fue Nueva Zelanda (1963). Toda persona que haya sufrido un delito tiene derecho a una compensación económica para paliar estos efectos negativos. Esta posible indemnización se encontraba ya regulada en

¹⁰²⁶ Art. 28 de la LEVD.

la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁰²⁷.

Su actual regulación ofrece un amplio margen de actuación en cuanto a la asistencia de estas oficinas, prestando no solo apoyo emocional e informativo sino siendo un cauce de asesoramiento legal y de canalización de los efectos de la victimización secundaria.

El Consejo Fiscal lamenta al respecto, la falta de previsión de una coordinación de estas Oficinas con las OAV ya existentes, creadas al amparo del artículo 16 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁰²⁸, que en la práctica asisten a personas que han sufrido otro tipo de delitos como las Oficinas de Información y Asistencia a las víctimas de terrorismo del artículo 51 de la Ley 29/2011, de reconocimiento y protección a tales víctimas.

Consideran que antes de la creación de nuevas Oficinas de asistencia a la víctima, deben aprovecharse las ya existentes, atribuyéndoles las funciones previstas en la Directiva, evitando una

¹⁰²⁷ A partir del 5 de julio de 2018 ha sido modificada en la Disp. Final 5ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2018, ampliando el plazo previsto para solicitar ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, así como el procedimiento de solicitud.

¹⁰²⁸ Como consecuencia de la culminación de la reforma del CP de 1989 se toma conciencia sobre la desprotección de la libertad sexual, lo que provoca la reforma de los tipos penales. Los primeros modelos asistenciales surgieron como experiencia piloto en Valencia en 1985 donde se apertura la primera oficina española dependiente del Ayuntamiento y en Palma de Mallorca dependiente del Gobierno Balear en 1989. Tras estas surgieron las de Bilbao, Alicante, Castellón, Canarias y La Rioja. *Vid.*, VALEIJE ÁLVAREZ, I., "La víctima en...", *cit.*, pp. 316 y 329.

duplicidad de aquellas y siendo más resolutivas para las víctimas¹⁰²⁹.

No se establece el ámbito territorial de implantación de las oficinas, circunstancia que se demanda.

c.2).-Segundo paso, adopción de medidas de protección una vez valoradas las concretas necesidades de protección de la víctima (artículo 25 LEVD)¹⁰³⁰.

Compete al Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer adoptar las necesarias medidas de protección. Estas se dictan mediante resolución motivada en la que se plasma las circunstancias que se han valorado por parte de la autoridad para su adopción¹⁰³¹.

En función de la fase en la que se encuentre el procedimiento se pueden establecer unas u otras, de tal forma si nos encontramos en la fase de investigación, es decir, en la instrucción, estas medidas de protección se reducen a que por parte de los profesionales que estén cualificados para ello se reciba

¹⁰²⁹ Desde 1985 han venido desarrollando programas de acogimiento, asistencia e indemnización en el seno de estas, si bien ahora con la puesta en marcha del Estatuto de la Víctima, parece que se les ha dado protagonismo. BERISTAIN, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana: evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 105-106.

¹⁰³⁰ Este precepto es una trasposición del art. 23 de la Directiva 2012/29/UE, en el que se regulan medidas previstas para la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección.

¹⁰³¹ Se introduce el art. 301 bis LECRIM estableciéndose las medidas de protección acordadas de oficio por el Juez o a instancias del Ministerio Fiscal o de la víctima en la fase de instrucción.

declaración a la víctima. Se recomienda que se practique en dependencias habilitadas a tal efecto, por la misma persona y si es posible que esta sea del mismo sexo. Si por el contrario, estamos ante la fase de enjuiciamiento, es decir, en la celebración del juicio oral, se debe diferenciar cuando se trate de víctimas mayores de edad y las menores o discapacitadas, puesto que se establece diferente tratamiento. En este sentido:

1º).- Si las víctimas son mayores de edad, estando todos presentes en el acto de juicio, se debe evitar cualquier tipo de contacto visual entre víctima y agresor, interrogatorios innecesarios que afecten a su vida privada y celebración de vista a puerta cerrada. También se establece la posibilidad de que la víctima declare sin estar presente en la sala de vistas.

2º).- Si las víctimas son menores de edad o con discapacidad (artículo 26 LEVD), las declaraciones en fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido se ha modificado expresamente el artículo 730 LECRIM (este precepto es una transposición del artículo 24 de la Directiva 2015/29/UE) incluyendo dos novedades, por un lado, las medidas se amplían a víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección (la Directiva solo menciona a los menores de edad) y de otro, se concreta que el representante del menor, será un defensor judicial nombrado por el juez o Tribunal a instancia del Fiscal. En estos casos las declaraciones pueden recibirse por medio de expertos. Al efecto, es necesario activar fórmulas victimológicas compatibles con los

derechos de contradicción y defensa de preconstitución en los supuestos de víctimas menores de edad o personas especialmente vulnerables.

Para su reproducción en juico oral es conveniente haber hecho referencia a “*siempre con cumplimiento del principio de contradicción*” (artículo 433 LECRIM in fine¹⁰³²).

Al respecto, la Ley introduce en el LECRIM un nuevo artículo 544 quinquies disponiendo que para los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP¹⁰³³,

¹⁰³² Art. 433 LECRIM in fine:

“En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos, o incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”.

¹⁰³³ Este precepto responde al llamado modelo de accesoriadad impropia. El apartado primero del mismo, aplica dicha accesoriadad en función de la comisión de determinados delitos dependiendo de la gravedad de los hechos y del peligro que el delincuente representa. Por tanto esta pena es accesoria sólo en determinadas categorías delictivas siendo indiferente la pena impuesta, por lo que establece un régimen especial de concurrencia de unas determinadas prohibiciones del art. 48 CP con la prisión. En opinión de VALEIJE ÁLVAREZ se trata de un sistema dual con orden secuencial en la que la medida se cumple cuando se ha extinguido la pena, de tal suerte que abre la posibilidad de imponer una medida post-penitenciaria, permanentes o de larga duración. VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena.

entre los que se encuentra el delito de trata de seres humanos, se faculta a Jueces y Tribunales cuando resulte necesario para proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada¹⁰³⁴, a adoptar de forma motivada alguna de las siguientes medidas, bien sea la de suspensión de la patria potestad de algunos de los progenitores (en este caso, atendiendo a las condiciones y garantías con que deba desarrollarse, podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada), la de suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, fijar un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, o la suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor.

8.1.5.- Cooperación y buenas prácticas (transposición del artículo 2 de la Directiva 2012/29/UE)

El Capítulo III está compuesto de 3 artículos en los que se exige tres formas de intervención:

Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP”, en *Estudios penales y criminológicos* Nº 26, 2006, pp. 333-334.

¹⁰³⁴ En este sentido se modifica el art. 544 ter apartado 7 excluyendo el término “incapaz” por el de “personas con la capacidad judicialmente modificada” así como que el Juez debe aplicar por imperativo la pertenencia de la adopción de medidas de carácter civil cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella.

a).- Cooperación con profesionales y evaluación de la atención a las víctimas (artículo 32).

b).- Cooperación internacional, especialmente con los Estados miembros de la UE en materia de derechos de las víctimas del delito (artículo 33). Este tipo de cooperación se basa en el intercambio de experiencias, incluyendo información para que las autoridades del lugar de residencia de las víctimas las asistan, desarrollando concienciación, investigación y educación, de forma que exista una cooperación de la sociedad civil y otras actividades relacionadas.

En este sentido y a tenor de cómo aparece perpetuado el delito de trata de seres humanos, sobre todo los de explotación sexual de mujeres y niñas, la cooperación internacional puede ser el éxito en la investigación, tal y como establece la ONUDC. Esta cooperación internacional puede recopilarse de todos y cada uno de los Estados donde se desarrolle la trata, bien en el país de captación, el de tránsito, el de destino o aquel donde van a parar los beneficios de esta práctica atroz. A tal fin, se han venido desarrollando mecanismos para facilitar dicha cooperación, desde instrumentos institucionales o personales, que se encargan de las tareas de cooperación judicial dentro de un ámbito territorial, bien personas encartadas dentro de una red internacional (REJUE) o interna (RJE¹⁰³⁵) o bien grupos de expertos como el formado por el

¹⁰³⁵ El 25 de septiembre de 1998 se inauguró la RJE como primera medida estructural de cooperación judicial práctica y operacional en la UE. Tras la Decisión 2008/976/JAI de 16 de diciembre de 2008 sobre la Red Judicial Europea se introduce un nuevo texto. El objetivo de la RJE era mejorar la cooperación judicial entre los Estados Miembros de la Unión, en concreto contra las más graves formas de

Eurojust¹⁰³⁶, en el que se engloban a personas de diferentes Estados que forman un único órgano a los que se les dota de personalidad jurídica y competencias propias, como de instrumentos técnicos a fin de que dicha cooperación sea más ágil y no ralentice

delincuencia. Era una red de expertos que aseguraban la ejecución de las comisiones rogatorias y exhortos de auxilio judicial entre los Estados miembros. Estas actuaban mediante contacto directo en una red de puntos de contactos judiciales en cada uno de los Estados miembros. Su Secretaría se hallaba ubicada en el seno de la Secretaría de Eurojust, diferenciada e independiente. Estos puntos de contacto fueron designados por las autoridades nacionales y se componían de autoridades centrales responsables de la cooperación judicial, las autoridades judiciales y otras autoridades responsables con competencias específicas en el marco de la cooperación internacional. La finalidad de estos puntos de contacto era facilitar la ejecución de las solicitudes de auxilio judicial. *Vid., Guía de criterios..., cit.*

¹⁰³⁶ El EUROJUST fue un órgano de la Unión Europea creado por la Decisión del Consejo 2002/187 JAI de 28 de febrero. Su objetivo se centraba en reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia con el objetivo de facilitar y mejorar la cooperación y coordinación en relación con la criminalidad transnacional de mayor gravedad. Era un órgano de la Unión con personalidad jurídica propia, es decir, poseía iniciativa presupuestaria. Tenía su sede en La Haya. Destacó principalmente por erradicar las trabas en la actuación de cooperación judicial en materia penal. Tenía un papel destacado en la lucha contra el terrorismo. Se integraba por un Miembro Nacional por cada Estado miembro, un Suplente y un Asistente. Existía igualmente una red de puntos de contacto en terceros Estados, creando acuerdos de cooperación con determinados terceros Estados y agencias de la UE y organismos internacionales. Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 16/2015 el Sistema Nacional de Coordinación (SNCE) se crea como una estructura nacional de apoyo a Eurojust, facilitando la realización de tareas desde España. Al frente del SNCE se encuentra el coordinador nacional que es el responsable de su funcionamiento y que puede actuar a iniciativa propia o a instancia del Miembro Nacional. Se compone de jueces, fiscales y un miembro del Ministerio de Justicia cuya proximidad física con las autoridades competentes ha de actuar como elemento facilitador. *Vid., Guía de criterios..., cit.*

los procedimientos¹⁰³⁷. También existen las redes judiciales internacionales de cooperación internacional en el ámbito iberoamericano (IBERRED¹⁰³⁸). En el seno de este instrumento se ha creado una Red de Fiscales contra la Trata de Seres Humanos que sirve de punto de contacto entre fiscales especializados en cada uno de los Estados miembros. Por último, destaca el llamado ECI (equipo conjunto de investigación). Su objetivo es combatir la criminalidad organizada incluyendo la dedicada al tráfico de seres humanos. Tiene un carácter instrumental, sirviendo de cauce para ejecutar las diligencias de investigación con una dimensión transnacional. A través de la misma se agiliza y facilita la instrucción penal, de tal forma que evita cursar comisiones rogatorias

¹⁰³⁷ El Prontuario de Auxilio Judicial Internacional fue uno de los mecanismos técnicos de facilitación de la cooperación internacional. Intervinieron en su creación el CGPJ, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia. Se trataba de una guía que permitía una colaboración internacional identificando de forma más rápida y sencilla los convenios internacionales para aplicar las materias que se regulaban en cada uno de ellos, los modelos de asistencia judicial y la información a las diferentes instituciones que podían ofrecer apoyo complementario al respecto. A través de la Instrucción 2/2009 para el fomento de la cooperación jurídica internacional dictada por la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia se estableció el uso obligatorio de esta herramienta web, en concreto, a través del enlace <http://www.prontuario.org>. *Ibidem*.

¹⁰³⁸ Esta se constituyó en 2004, siguiendo la estela de las redes de cooperación judicial en el marco de la UE. Consistió en una estructura de facilitación de la asistencia judicial mutua a través de puntos de contacto pertenecientes a Ministerios de Justicia, Jueces y Fiscales con responsabilidad en el ámbito de la cooperación internacional y Autoridades Centrales de ciertos instrumentos de Derecho Internacional en que los Estados de la Comunidad Iberoamericana eran parte. Carecía de personalidad jurídica sostenida por apoyos institucionales. Su objetivo era mejorar, simplificar y acelerar los trámites en la cooperación judicial efectiva entre los Estados de dicha comunidad en materia civil y penal, a través de los puntos de contacto.

efectuando a tal efecto una mera comunicación interna agilizando la ejecución en el extranjero de lo que se demanda en el proceso español. Su actividad comprende tanto la transmisión de información como la ejecución de diligencias de investigación.

c)- Se exige una sensibilización social a favor de las víctimas. Al respecto, los poderes públicos deben fomentar campañas de sensibilización y autorregulación de los medios de comunicación social con el objetivo de preservar la intimidad, dignidad y demás derechos de las víctimas (artículo 34).

8.2.- Derechos de las víctimas en el ámbito administrativo

Partiendo de la base de que el mayor número de víctimas de trata son mujeres y menores extranjeros, un indicador son las infracciones a la ley de extranjería por hallarse en situación irregular en territorio español¹⁰³⁹.

Desde el ámbito administrativo se establecen dos niveles de protección que son la protección internacional y más

¹⁰³⁹ Las normas más relevantes en el ámbito administrativo son la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre (en adelante LOEX), desarrollado por el Reglamento aprobado por RD 557/2011 de 20 de abril (REX) y la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

específicamente el derecho de asilo, condicionada a la persecución o riesgo del daño en el que su reconocimiento conlleva la prohibición de expulsión o la devolución y la protección en el derecho de extranjería, condicionada a la colaboración de las víctimas con las autoridades en la investigación del delito. Su reconocimiento otorga la concesión de autorización de residencia.

Sin embargo, desde la práctica este orden de aplicación se invierte, aplicándose la normativa extranjera en primer lugar y sólo en caso excepcional la protección internacional en la modalidad de asilo¹⁰⁴⁰.

8.2.1.- Protección internacional de las víctimas de trata de seres humanos

a).- El derecho de asilo (artículo 2 de la Ley 12/2009)

Es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3¹⁰⁴¹ y en la

¹⁰⁴⁰ Este cambio en la aplicación desde el punto de vista de la protección se asienta sobre la base del enfoque migratorio y económico en lugar del enfoque de derechos humanos y de género, que sitúa la protección de la víctima en el centro de atención. *Vid., Guía de criterios..., cit.*

¹⁰⁴¹ Por refugiado según el precepto se entiende a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género o orientación

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 28 de julio de 1951 y su Protocolo suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.

b).- La protección subsidiaria (artículo 4 de la Ley 29/2009)

Es la ofrecida a las personas de otros países y a los apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas cuando se tengan motivos fundados para creer que si regresan a su país de origen, en el caso de los nacionales, o al de su anterior residencia, en el supuesto de los apátridas, van a sufrir graves daños previstos en el artículo 10 y que no pueden, a causa de dicho riesgo, o no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no se den los supuestos recogidos en el artículo 11 y 12 de la mencionada Ley.

Ambas figuras, tanto el asilo como la protección subsidiaria, son figuras autónomas y de contenido diferente, sin embargo en aquellos supuestos en que concurra una circunstancia encuadrable en ambas figuras, tiene prioridad el estatuto de refugiado frente al de

sexual, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9 de la propia norma.

beneficiario de protección subsidiaria¹⁰⁴². La concesión del asilo está subordinada a la comprobación de que existe una persecución personalizada en el país de origen por las razones contempladas en la referida normativa. La concesión de la protección subsidiaria depende de la situación en su país de origen y el riesgo a sufrir daños graves.

c).- Obligación de tratamiento diferenciado a las personas en situación de vulnerabilidad que solicitan protección internacional

En este supuesto se obliga a aplicar un tratamiento diferenciado a las personas en situación de vulnerabilidad que solicitan protección internacional (artículo 46 de la Ley de Asilo)

¹⁰⁴² STS número 538/2017 de 28 de marzo (Recurso 1349/2016), ECLI:ES:TS:2017:1202, en la que se estima parcialmente el recurso de casación y se le concede la protección subsidiaria a la recurrente entendiéndose que, de acuerdo con los informes del expediente administrativo, en la República Democrática del Congo existe una situación de violencia y discriminación contra las mujeres que no se puede combatir con medidas estatales adecuadas. Esta resolución se encuentra extraída de la *Guía de criterios...*, *cit.*

d).- Autorización por razones humanitarias

Esta medida conlleva la autorización de permanencia en España pero no el estatuto de refugiado.

e).- Efectos: no devolución

La principal consecuencia de la concesión de refugiado o de protección subsidiaria es la no devolución ni expulsión. En segundo lugar se establece la posibilidad de obtener ayudas y prestaciones cuando carezcan de recursos económicos pudiendo beneficiarse de servicios sociales, ayudas y prestaciones de diferentes programas de acogida gestionados por las administraciones públicas competentes asegurando la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad.

8.2.2.- Protección de las víctimas en el derecho de extranjería

El artículo 59 de la LOEX bajo el título “*Víctimas de la trata de seres humanos*” establece el procedimiento llamado “período de restablecimiento y reflexión” que como se analiza a continuación, puede acabar con una autorización provisional de residencia en España por circunstancias excepcionales.

Este procedimiento comporta dos fases: la primera, la identificación con información de las previsiones del artículo 59 y la segunda, con el período de restablecimiento y reflexión.

El período de restablecimiento busca como finalidad la recuperación física y psíquica de la persona, con el objetivo de que pueda analizar y comprender su situación antes de tomar la decisión de colaborar con las autoridades en la investigación del delito. El órgano u órganos competentes para identificar e informar, como ya se ha plasmado con anterioridad, compete al Cuerpo Nacional de Policía, aunque también puede ser realizada por la Subdelegación del Gobierno o la Delegación de Gobierno, o la propia Oficina de Extranjería. Su duración mínima es de 90 días. Si bien aunque en la ley se establece que la decisión de colaborar no se encuentra vinculada legalmente a la denuncia, en la práctica no sucede así. Es más la colaboración con los agentes de policía no se suele producir antes de haber recibido una mínima asistencia psicosocial y de protección.

En cuanto al período de reflexión, los dispositivos de acogida se efectúan en la práctica en establecimientos residenciales de carácter público, o bien en establecimientos de entidades especializadas las cuales, cuidarán de establecer medidas de protección para estas víctimas.

Esta propuesta de concesión del período de restablecimiento y reflexión se dirige por la policía a la Delegación o Subdelegación del Gobierno, previa conformidad de la víctima, que será la encargada de resolver sobre la solicitud en el plazo máximo de cinco días o bien en 24 horas en el supuesto de que la víctima se

encuentre en un CIE, desde la recepción de la propuesta en la Delegación o Subdelegación de Gobierno. En el supuesto de no contestar se entiende silencio positivo, aprobándose por el tiempo solicitado en la propuesta.

En el supuesto de que se dicte una resolución concediendo el período de reflexión, esta debe hacer mención expresa, entre otros a la suspensión temporalmente del procedimiento sancionador incoado o a la medida de expulsión o devolución que hubiera sido acordada en relación con la infracción del artículo 53.1 a) LOEX. En caso de que la víctima extranjera se encuentre internada en un CIE se procederá a su inmediata puesta en libertad.

Para el supuesto de denegación o revocación del período de reflexión se dictará una resolución fundando tal denegación. Las causas objeto de la denegación son dos. Por un lado, motivos de orden público y de otro, cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha concebido de forma indebida. Una vez notificada dicha resolución a la persona interesada, puede interponer recurso.

Asimismo el REX, en su artículo 145, establece el retorno asistido de aquella persona que ha sido considerada víctima de trata de seres humanos en cualquier momento del procedimiento.

Al margen de las mencionadas, se establecen otras medidas tales como:

a).- No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo se dirija a extranjeros que obtengan

autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y cuando se trata de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos (artículo 40.1 j) LOEX);

b).- Derecho a conservar el derecho de residencia de familiar de la Unión a título personal, posibilitando a la víctima extranjera a conservar el derecho de residencia y a mantener a título personal, la tarjeta de residente de familiar de la Unión (artículo 9.4.c) 2º del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero).

c).- Deber de acreditar la identidad y “rechazo en frontera” de inmigrantes irregulares¹⁰⁴³.

A su vez los permisos de residencia y trabajo a las víctimas de trata de seres humanos pueden establecerse en dos modalidades:

1º).- La autorización de residencia de larga duración que expide la Administración una vez concedida la protección internacional a la víctima de trata, bien sea como beneficiaria del derecho de asilo (estatuto de refugiada), o bien como beneficiaria de la protección subsidiaria (Ley 12/2009 de asilo).

2º).- En defecto de la no obtención de la protección internacional se recoge la posibilidad de obtener una serie de

¹⁰⁴³ Regulado en el art. 13 de la LO 4/2015 de 30 de marzo de Seguridad Ciudadana y en su Disposición Adicional Décima. En este sentido el TEDH se ha pronunciado en relación con esta figura en la Sentencia 8675/2015 asunto N.D y N.T contra España, Sección 3, de 3 de octubre de 2017, en la que declara que las expulsiones inmediatas llevadas a cabo en Melilla violan el Convenio Europeo de Derecho Humanos.

autorizaciones, condicionadas a la colaboración de la víctima con la desarticulación de las redes de explotación y que se reducen a las siguientes:

a).-Autorización provisional de estancia en territorio nacional durante la tramitación del procedimiento para la concesión del período de reflexión y mientras dura este período (art. 141.6 REX).

b).-Autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales que tiene duración de 5 años.

c).- Autorización de residencia por motivos humanitarios.

Una vez consumido ese período de reflexión y declarada la víctima exenta de responsabilidad administrativa por estancia irregular, esta puede solicitar la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales en base a dos motivos y ante dos órganos administrativos diferentes:

1º- Por su colaboración con las autoridades policiales y judiciales, siendo competente en este caso la Secretaria de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

2º- Por su situación personal, siendo competente la Secretaria General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (artículo 144.1 REX).

En el supuesto de que concurren ambas circunstancias, la víctima puede iniciar ambos procedimientos de solicitud de autorización de residencia y trabajo simultáneamente ante los órganos administrativos indicados.

Si a dicha solicitud se une un informe favorable para la concesión de la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, se le expedirá una autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales hasta la tramitación y concesión definitiva de la solicitada. Dicho permiso habilita para trabajar en cualquier sector, por cuenta propia y ajena o en cualquier ámbito territorial, obteniendo en el plazo de un mes la tarjeta de identidad de extranjero, que no llevará mención alguna acerca de su carácter provisional ni a la condición de víctima de trata de su titular.

La autorización definitiva de concesión de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales tiene una duración de 5 años y también habilita como la provisional, para trabajar por cuenta propia y ajena, en cualquier ocupación, sector de la actividad y ámbito territorial, sin mencionar la condición de víctima.

En el supuesto de que dicha autorización definitiva sea denegada, la autorización provisional pierde su vigencia, sin necesidad de pronunciamiento expreso y sin que los períodos disfrutados sean alegados a los efectos de la atención de una autorización de residencia de larga duración.

Estas previsiones de autorización provisional y definitiva de residencia se hacen extensibles a los hijos menores o con discapacidad que se encuentren en España en el momento de la identificación, concediendo autorización para trabajar si fueran mayores de 16 años. Dado que no existe previsión alguna en la ley acerca de los parientes más cercanos no residentes en España, en el supuesto que fuera necesaria su protección, se debe notificar a la

administración esta circunstancia para solicitar el correspondiente visado para el traslado a España.

En cambio, la autorización de residencia por motivos humanitarios se encuentra prevista en el artículo 46.3 de la Ley de Asilo de 2009. Su duración está vinculada a la duración del proceso penal contra la trata. No conlleva automáticamente autorización para trabajar a diferencia de la autorización del artículo 59 bis LEX.

En conclusión, analizados los derechos tanto procesales como extraprocesales aglutinados en el Estatuto de la Víctima encargados de asistir de forma integral a cualquier víctima de trata de seres humanos, sobre todo, aquellas que han sido utilizadas cruelmente en la explotación sexual, con remisión a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad, en mi opinión más que abogar por la aprobación de una Ley Integral de Trata de Seres Humanos, se deben potenciar los mecanismos ya existentes, dotarlos de financiación a largo plazo y ahondar en aspectos que provocan que esta lacra siga aumentando, ya que de nada sirve aprobar una Ley Integral cuando los derechos que les asisten ya se encuentran recogidos en el propio Estatuto de la Víctima. La víctima por su condición tiene derecho a recibir las ayudas que individualmente precise en función de sus características personales, no en función del delito que haya padecido.

9.- Pacto valenciano contra la violencia de género y machista

Dada la situación de emergencia que en la actualidad venía provocando la desigualdad estructural, la discriminación y la opresión basada en el género como instrumento social que utilizaba el patriarcado para dominar a las mujeres con respecto a los hombres y su entorno social, cuya inmediata consecuencia se ha visto en el incremento de asesinatos de mujeres, el 21 de octubre de 2015, Les Corts Valencianes aprobó la creación de una comisión de estudio para la erradicación de las violencias de género con la finalidad de impulsar un pacto autonómico contra la violencia que sufren las mujeres y por la igualdad de género¹⁰⁴⁴.

Este trabajo nació de la colaboración con la sociedad civil y personas expertas en el tema.

El 10 de abril de 2017, la Generalitat convocó a las personas representantes de los políticos, agentes económicos y sociales, universidades, entidades feministas, colectivos de mujeres supervivientes, tercer sector, medios de comunicación, cuerpos de seguridad, Administración de Justicia y al conjunto de las administraciones públicas valencianas para trabajar en el Pacto Valenciano contra la violencia de género y machista.

¹⁰⁴⁴ *Pacte valencià contra la violència de gènere i masclista*, disponible en https://www.sumatalpacte.com/wp-content/uploads/2017/09/Pacte-Valencia_cast-1.pdf, Valencia, septiembre de 2017, fecha de la última consulta el 4 de Junio de 2019.

Ha sido un pacto basado en el acuerdo, en el trabajo de la subcomisión de Les Corts y de diferentes mesas de trabajo de la Vicepresidencia y de la Conselleria de Igualdad y Política Inclusivas en el marco de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW); el Convenio de Estambul, especialmente contra la trata de mujeres y niños y niñas con fines de explotación sexual; la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las competencias propias de la Comunidad.

El Pacto valenciano contra la violencia de género y machista exhorta a las diferentes partes que intervienen en él para que asuman y desarrollen 293 compromisos y medidas concretas para luchar contra la violencia machista y trabajar por una sociedad basada en la cultura de la no violencia, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el que se respete la diversidad y los Derechos Humanos, con el objetivo de desarrollar medidas y acciones en los próximos cinco años.

Se trataba por tanto de un acuerdo institucional, político, social, cultural y cívico que interpela a todas las administraciones públicas valencianas, entidades y organismos así como a la sociedad valenciana en general con el objetivo de erradicar la violencia de género y machista. Actualmente se encuentra en vigor.

Concluyó el 7 de julio de 2017 por unanimidad y consenso de los partidos políticos.

Este Pacto se ha estructurado en 5 bases, 21 objetivos y 293 medidas concretas dirigidos a transformar la mentalidad de la sociedad y erradicar las violencias contra las mujeres.

Abogaron por un cambio de modelo fundamentado en una escuela coeducativa, donde los medios de comunicación sean responsables con perspectivas de género, en la que nuestra sociedad permita relaciones sanas, críticas y libres.

Dicho cambio exigía a su vez una transformación cultural así como socioeconómica que permitiera cambios en la forma de vida, generando una independencia económica de las mujeres.

Sin embargo, para alcanzar los objetivos propuestos eran necesarias mejoras en la coordinación de las diferentes instituciones y un trabajo en red, de forma que se desarrollasen políticas públicas por personal especializado en perspectiva de género y violencia machista, ofreciendo una respuesta integral tanto a mujeres víctimas de violencia de género como a sus hijos/as, adoptando medidas de prevención y sensibilización, detección e intervención, acompañamiento, rehabilitación de agresores y reinserción sociolaboral de mujeres supervivientes.

La Comisión de Seguimiento del Pacto Valenciano contra la violencia de género y machista debía ser igualitaria, es decir, un 50% recaerá en las administraciones públicas y otro 50% en los representantes de la sociedad civil. Al respecto se compuso de los siguientes representantes:

a).- De las administraciones públicas se nombró un representante de Les Corts, cinco de la Generalitat, uno de la Delegación de Gobierno, uno del TSJCV, uno de los Cuerpos de Seguridad, una de las Diputaciones y uno del FVMP.

b).- De la sociedad civil, un representante de la Universitat, uno de las Entitats de dones supervivents, tres de las asociaciones de mujeres y feministas, dos de los Agentes económicos y sociales, dos de las entidades del tercer sector, uno de los Colegios y asociaciones profesionales y uno de las Asociaciones profesionales de los medios de comunicación.

Cada grupo se debía de encargar de elegir a sus propios representantes y a los suplentes, en el supuesto de que no existiera consenso la elección se realizaría mediante insaculación.

Esta Comisión se constituiría en el plazo de un mes a partir del momento de la firma del Pacto.

Entre las funciones de la Comisión de Seguimiento se establecieron las siguientes:

- 1. Aprobación del reglamento de funcionamiento y calendario de trabajo.
- 2. Validación de las propuestas individuales o del resto de la sociedad civil.
- 3. Aprobación de los indicadores de cumplimiento del pacto, propuestas de las universidades y seguimiento del grado de cumplimiento de este.
- 4. Supervisión y seguimiento del presupuesto anual de cada una de las que se soliciten y grado de cumplimiento de este.
- 5. Evaluación anual y final del cumplimiento de las medidas y acciones del Pacto.

Sin embargo, a pesar de las 293 recomendaciones que se ofrecían en este Pacto, considero que las medidas establecidas en cuanto a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual se refiere, son cuanto menos escasas y limitadas, ya que sólo

aparecen mencionadas en 4 medidas de las cinco estrategias en que se encuentra estructurada y que se reducen a las siguientes:

-En la línea estratégica 1, garantizando una sociedad segura y libre de violencia de género machista, con el objetivo de sensibilizar con perspectivas de género como instrumento de prevención de toda la sociedad y en concreto, sensibilizando a la población joven sobre la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y poniendo en marcha campañas contra los agresores¹⁰⁴⁵.

-En la línea estratégica 3, estableciendo por un lado, una atención especializada a grupos de mujeres vulnerables entre las que se incluyen las víctimas de trata, elaborando a tal efecto, un Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual en la Comunidad Valenciana¹⁰⁴⁶, y por otro lado, un procedimiento de intervención social para estos casos coordinando el trabajo en red para la atención a las mujeres víctimas de violencia de género y machista y sus hijos e hijas con el objetivo de prestar una cooperación y coordinación intrainstitucional e interinstitucional. A tal fin desarrollarán la Ley autonómica contra la violencia de género

¹⁰⁴⁵ Dicha medida se encuentra coordinada por el Instituto Valenciano de la Juventud, interviniendo las Diputaciones.

¹⁰⁴⁶ Se encuentra coordinada por la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, interviniendo la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, cuerpos y fuerzas de seguridad y Unidad de Coordinación de Violencia contra la Mujer.

7/2012¹⁰⁴⁷, en relación a la trata de mujeres con finalidades de explotación sexual, adoptando medidas según los compromisos adquiridos en el Convenio de eliminación de la discriminación hacia las mujeres (CEDAW)¹⁰⁴⁸ y promoviendo una red de municipios libres de trata de mujeres y niñas con finalidad de explotación sexual en el territorio valenciano¹⁰⁴⁹.

-En la línea estratégica 4, dejando de invisibilizar la violencia de género y machista y socializarlo como un conflicto político y social. En este sentido se intenta construir una explicación conjunta entre violencia de género y machismo, sin la doble victimización de las mujeres, la confrontación política y social con los agresores machistas y la socialización del conflicto. Para tal fin efectuarán envío de correos informáticos al personal de la Generalitat recordando el Día de la mutilación genital femenina (6F), Día contra la discriminación salarial (22F), Día de las mujeres (8M), Día contra la LGTBfobia (17M), Día internacional contra la explotación sexual y la trata de personas (23S), Día internacional de las niñas (11O) y Día por la erradicación de la violencia contra las mujeres (25N)¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ DOGV núm. 6912 de 28/11/2012.

¹⁰⁴⁸ La presente medida está supervisada por Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas, interviniendo Les Corts.

¹⁰⁴⁹ Esta se gestiona por FVMP, interviniendo Ayuntamientos y diputaciones.

¹⁰⁵⁰ Esta medida se encuentra coordinada por la Consellería de Igualdad y Políticas.

10.- Conclusiones

Como consecuencia del cambio de orientación que provocó que la mujer fuera el centro de atención, cuyo origen se remonta a la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, llamada “Cumbre de Beijing” y en el que se elaboró el texto más influyente de la ONU en cuanto a políticas internas para erradicar la violencia de género se refiere, se constató el cambio de orientación respecto del sexo femenino, introduciendo la perspectiva de género, reconociendo que los derechos de la mujer constituyen derechos humanos y desarrollando medidas de prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas.

La trata se ha considerado una manifestación de la violencia de género ya que existe un empleo de violencia, intimidación o engaño, desarrollada en situación de superioridad y bajo una dominación ejercida sobre la mujer que provoca una situación de vulnerabilidad de la misma. Bajo este reconocimiento, deben poder ostentar los mismos derechos que se recogen en la mencionada LOVD.

La violencia sexual es una de los delitos encubiertos que se producen con mayor frecuencia, ya que engloba infinidad de actos ilícitos, pudiendo ir desde la coacción con utilización de grados de uso de la fuerza física, agresión en los órganos sexuales y mutilación genital femenina, el acoso sexual, el matrimonio forzado, las inspecciones para comprobar la virginidad, la prostitución

obligada y todos aquellos actos que afecten a la integridad sexual de la mujer en todos los ámbitos.

El problema es de tal calado que los esfuerzos por combatirla y proteger a sus víctimas se han visto reforzados tanto en el ámbito europeo, nacional y autonómico.

Desde el ámbito europeo, el Convenio del Consejo de Europa, en su momento, exigió a todos los Estados Miembros la adopción de un marco integral comprendiendo la prevención, la protección de las víctimas, investigación y persecución de los tratantes. Al efecto, desarrolló un mecanismo de seguimiento basado en dos ejes fundamentales, el Grupo de Expertos en la Acción contra la Trata de Seres Humanos (GRETA) encargado de evaluar de forma periódica el cumplimiento de las obligaciones que derivaran del Convenio de los Estados parte y los representantes del Comité de Ministros de los Estados Parte del Consejo y representantes de los Estados parte no miembros del Consejo de Europa, que eran los encargados de adoptar recomendaciones a un Estado Parte a partir de los Informes de este grupo de expertos.

En este sentido, el GRETA como encargado de evaluar el cumplimiento de las obligaciones que derivan del Convenio de los Estados parte, hasta la fecha ha confeccionado dos informes como consecuencia de las dos visitas efectuadas en nuestro país en los años 2012 y 2018, analizando la situación, el grado de cumplimiento del Convenio y lanzando recomendaciones para aplicar métodos para su desarrollo, ofreciendo soluciones a ciertos problemas identificados y poniendo de manifiesto la labor efectuada por España en el desarrollo de acciones enfocadas en la lucha contra la Trata de

mujeres extranjeras con fines de explotación sexual, incluyendo la explotación laboral y estableciendo la adopción de medidas para una mayor protección de las víctimas, reduciéndose a su correcta identificación, a su derecho de asistencia, a su reparación y a su protección.

En el ámbito nacional, si bien nuestro legislador dejó pasar una oportunidad con la aprobación de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género de introducir un concepto de violencia de género más amplio, en un afán de superarse y con motivo del mandato recogido en esta LO, en el que se solicitaba un cambio para acomodarla a la actualidad, creó la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género. Dicho organismo se gestó para combatir la violencia contra la mujer creando políticas públicas en relación con la violencia de género. Sin embargo, con la aprobación del RD 20/2012 de 23 de enero se ampliaron sus competencias otorgándoles la coordinación de las actuaciones y cooperación en materia de lucha contra la trata con fines de explotación sexual. Igualmente se debe hacer mención a la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-216) aprobada el 26 de julio de 2013, en el que se recogía el compromiso de los poderes públicos para acabar con la violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, incorporando medidas dirigidas a avanzar en la lucha contra todas las formas de violencia contra la mujer.

Pero, para acabar con ese contexto de desigualdad y discriminación en las mujeres era necesario promover un cambio social y cultural, en el que se establecieran igualdad de

oportunidades entre ambos sexos, reduciendo la vulnerabilidad del sexo femenino así como la demanda de servicios sexuales.

En España la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual es la forma más demandada, sin embargo, su mayor dificultad es la detección de tal actividad ilícita, por ello todos los actores que intervienen, incluida la sociedad, debemos ser conscientes de que la conocida como “esclavitud contemporánea” conlleva a la deshumanización, a la instrumentalización, a la comercialización y la completa eliminación del ser humano.

Sin embargo, debido a que la sola aplicación del derecho penal no consigue erradicarla, se ha llevado a cabo una cooperación entre todos los agentes para combatirla. Atendiendo a los modelos de lucha contra la trata que se ofrecen, considero sin duda que, el más adecuado es el modelo mixto. En este se le ofrece a la víctima una protección sin condiciones con la posibilidad de practicar las diligencias de investigación que se consideren necesarias para condenar a los tratantes.

En este sentido, la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima (BOE 28 de abril de 2015), hoy en vigor, puede estar a la altura de ese modelo mixto. Se caracteriza por ser la primera norma en nuestro Ordenamiento Jurídico destinada a abordar la problemática situación de olvido que han venido sufriendo las víctimas a lo largo de la historia, con actuaciones que se pueden catalogar como inexistentes. Esta Ley es una trasposición de la Directiva 2012/29/UE. La estructura de esta Ley aglutina los aspectos jurídicos aplicables a la víctima tanto en el ámbito penal como en el administrativo, garantizándoles unos derechos. Se trata

de un instrumento legal que unifica, contribuyendo a evitar los efectos de la victimización de forma que la víctima se sienta protegida antes, durante y después de todo el procedimiento.

Desde el punto de vista institucional, se introduce como novedad en España la figura del Relator Nacional en el que la Secretaria de Estado de Seguridad emitió la Instrucción 6/16 de 15 de junio con objeto de reforzar la cooperación con las ONG y otros miembros de la sociedad civil en la lucha contra la trata de personas y se produce una modificación en la composición, organización y funciones del Foro Social de Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

Pero, sin duda, todo este enfoque a la protección de los derechos humanos de las mujeres víctimas, ha sido el detonante para que los partidos políticos, poderes del Estado y sociedad civil hayan sido partícipes para mejorar y actualizar la LO 1/2004 en un compromiso firme en pro de una política sostenida para eliminar la violencia de género. El resultado ha sido el llamado Pacto de Estado o Pacto Estatal en materia de violencia. Este Pacto se asienta sobre siete pilares fundamentales, los cuales se reducen a la protección de derechos humanos, basado en un enfoque de género, donde prime el interés superior del menor y se ofrezca una mejora del conocimiento de las situaciones de trata con fines de explotación sexual en el que las víctimas son las protagonistas del proceso, así como que se priorice la investigación y enjuiciamiento de los delitos ofreciéndoles un enfoque integral, una cooperación y participación para diseñar una política integral y multidisciplinar.

Desde el ámbito autonómico, nuestra Comunidad Autónoma, se suma a otras CCAA y ante la situación de emergencia que provoca la desigualdad estructural, la discriminación y la opresión, el 21 de octubre de 2015 las Cortes Valencianas aprobaron la creación de una comisión de estudio de erradicación de las violencias de género con la finalidad de impulsar un pacto autonómico contra la violencia que sufren las mujeres y por la igualdad de género. En este trabajo colaboraron la sociedad civil y personas expertas en el tema. Finalmente vio la luz el 7 de julio de 2017 por unanimidad y consenso de los partidos políticos. Si bien, es un acierto este acuerdo institucional, político, social, cultural y cívico que interpela a todas las administraciones valencianas, entidades y organismos así como a la sociedad valenciana en general con el fin de erradicar la violencia de género y machista, no es menos cierto que, a mi juicio, las medidas establecidas respecto de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual son insuficientes, toda vez que se reducen a sensibilizar a la sociedad joven, poniendo en marcha campañas contra los agresores, elaborar un Protocolo Marco de Víctimas de Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual en nuestra comunidad y un procedimiento de intervención social para estos casos, desarrollar cooperación y coordinación intrainstitucional y interinstitucional y romper los muros que invisibilizan la violencia de género y machista y socializarlo como conflicto político y social.

En definitiva y a tenor de lo expuesto en el presente capítulo, no cabe duda de que efectivamente existe una clara conexión entre las actividades de prostitución y la trata de personas con fines de explotación sexual. De facto, esa relación tan estrecha que

mantienen en ocasiones puede provocar que, bajo la apariencia del ejercicio de la prostitución voluntaria, se esté cometiendo un delito contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual o viceversa.

Ante tal circunstancia, para acabar con esta lacra y abogar por los derechos de estas víctimas, planteo varias propuestas que considero fundamentales:

-Desde el ámbito penal, partiendo de la base de la diferenciación entre prostitución y la trata:

1º).- En cuanto a la prostitución, una solución sería introducir una ley cuyo objeto sea prohibir la compra de servicios sexuales, como hace el “modelo nórdico”, de tal forma que incluya todo tipo de servicios sexuales, tanto si son comprados en la calle, como en prostíbulos o salones de masajes, desde servicios de compañía hasta la compra de servicios sexuales, en circunstancias similares. Considero que es un contrasentido dictar ordenanzas para alejarlas de los espacios públicos porque perturban el ambiente de convivencia pacífica y dejar que se les siga explotando en cualquier lugar fuera de miradas. Es más, cuanto más clandestinamente se ejerza, menos protección tendrán y más vulnerables serán. Este fenómeno, como defiende el sector que aboga por su prohibición, conduce a un enriquecimiento en manos de redes criminales dedicadas al tráfico de personas, proxenetas y promotores de la industria del sexo, la pornografía y el turismo sexual. Sin embargo, otro factor fundamental a tener en cuenta para lograr el objetivo es desalentar la demanda de la prostitución, por medio de servicios de apoyo para usuarios de la prostitución, con campañas de

sensibilización, talleres, seminarios, es decir, actividades de concienciación. Por tanto, si se prohíbe, no existirá demanda y no habrá actividades de prostitución. Un ejemplo de éxito se encuentra constatado en el país sueco, donde las actividades de prostitución han cambiado con la introducción de su ley, ya que se ha reducido considerablemente el número de individuos explotados en la prostitución en comparación con países vecinos tales como por ejemplo Noruega y Dinamarca que han ido en aumento¹⁰⁵¹.

2º).- En cuanto a la trata, una solución positiva desde el ámbito penal, sería, como defiende LLORIA GARCÍA¹⁰⁵², que el legislador nacional introdujera “una cláusula abierta que sustituyera al casuístico artículo 177 bis CP para permitir cualquier clase de tráfico de personas en contra de su voluntad, con independencia de la explotación a la que vayan a ser sometidas y valorar la creación de un delito de esclavitud específico que acabara con los problemas de proporcionalidad “en el caso de que la trata vaya seguida de explotación”.

-Desde el ámbito institucional, el compromiso a largo plazo es fundamental para el desarrollo e implementación de un marco legal, estratégico y políticas basadas en igualdad de género para prevenir y combatir la prostitución y la trata de personas, además de un presupuesto financiero importante. Esto incluye compromiso de todos los actores intervinientes, tanto institucionales como sociedad civil. Implementación de campañas de sensibilización, financiación a largo plazo y dedicada a servicios de apoyo, a organizaciones

¹⁰⁵¹ *Vid., El abordaje sueco..., cit.*

¹⁰⁵² *Vid., LLORIA GARCÍA, P., “El delito de...”, cit., pp. 398-399.*

especializadas, incluyendo a aquellas que trabajan por la defensa contra la violencia de las mujeres y las que luchan por igualdad de género.

Sin embargo, no considero necesario, como demanda cierto sector de la doctrina ni la ampliación del artículo 1 de la LO 1/2004 para incluir los delitos de trata porque desmembraría los otros tipos de explotación, ni la ampliación de las competencias del Juzgado de Violencia de Género para que se incluyese la violencia sexual, ya que la persecución de la trata requiere de una investigación que no es equiparable a la investigación de los delitos de violencia de género. Por tanto, serán los jueces de instrucción los competentes para dicha investigación.

Asimismo no comparto la postura de cierto sector de la doctrina cuando defienden la creación de una Ley Integral de Trata, ya que de nada sirve aprobar una Ley Integral cuando los derechos que les asisten a las propias víctimas ya se encuentran plenamente recogidos en el propio Estatuto de la Víctima, hoy en vigor, ni la postura demandada por cierto colectivo de mi profesión de establecer un turno especial para la trata de seres humanos. Cualquier profesional que acceda al turno debe estar formado igualmente para afrontar estos temas.

Las víctimas son las verdaderas protagonistas y como tales deben poder beneficiarse de las ayudas del tipo que sea. El servicio que se les preste debe ser de calidad. Solo de esa forma se les podrá proteger.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La trata de seres humanos con fines de explotación sexual y el ejercicio de la prostitución aunque son figuras delictivas diferentes, no sólo en el tipo básico sino también en el consentimiento, mantienen ciertas similitudes. Si se observa el legislador fija los mismos medios típicos, considerados los mecanismos esenciales para conseguir neutralizar la voluntad de la víctima y que se cumplan las expectativas del sujeto activo, es decir, tanto del tratante como la del proxeneta.

Al respecto, la explotación sexual más demandada es la prostitución, motivo por el cual esta práctica y la trata mantienen una estrecha relación.

SEGUNDA.- Desde el punto de vista histórico, el itinerario legislativo en el ámbito nacional de ambas conductas delictivas ha venido marcado por una evolución progresiva.

TERCERA.- Durante la época antigua se confirma la existencia de trata de blancas. Destacaron en su castigo el Fuero Juzgo y las Leyes Alfonsinas. La figura de la alcahueta se constata al regular su actuación en esta legislación. En esta época se mantuvo la relación entre sexo inmoral y engaño o consentimiento viciado.

CUARTA.- En el S. XIX hubo escasa regulación vinculada exclusivamente a los delitos de prostitución y corrupción de menores, regulados entre los delitos contra la honestidad, sin que existiera una norma específica referida a la trata. Imperaba el sistema reglamentista. En este siglo no existía regulación contra la trata ni contra la prostitución adulta.

QUINTA.- A principios del S. XX, se aprobó la Ley de 21 de julio de 1904. Introdujo como novedad criterios punitivos a los actos de cooperación y protección de la prostitución de adultos. Se evidencia un cambio de orientación hacia la protección de las víctimas mayores de edad en los delitos de prostitución. No existía regulación de la trata de seres humanos.

A partir de la celebración en nuestro país del IV Congreso Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, comenzaron a aplicarse sistemas de prevención y punición en el ámbito mundial a través de situaciones concretas.

SEXTA.- Los textos penales de 1928, 1932 y el refundido de 1944 coincidían en ampliar la respuesta penal a conductas de terceros relacionadas con la corrupción o prostitución de menores y con la prostitución de mayores, castigándose tanto si concurría un desvalor de la acción (violencia, intimidación, amenaza, engaño, abuso de autoridad, etc.) como determinadas conductas de terceros relacionadas con la prostitución ajena (vivir a expensas cuya prostitución o corrupción se explotaba). Como novedad establecieron medidas de protección para las mujeres menores de

veintitrés años y mayores de dieciséis cuando se encontrasen en estado de prostitución o estuvieran en riesgo de prostituirse y carecieran de medios de vida.

SÉPTIMA.- El precedente de lo que hoy se sanciona como delito contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual fue el artículo 452 bis a) 1º del CP de 1973 que regulaba los delitos relativos a la prostitución dentro de los delitos contra la libertad sexual. Sancionaba cualquier clase de inducción o colaboración con la misma incluyendo en estas conductas la protección, la recluta o la actuación de forma coactiva o la retención para el ejercicio de la prostitución. El tipo abarcaba dos alternativas: cooperar y proteger la recluta de personas para destinarla a la prostitución. La recluta sin necesidad de que se llegase a la prostitución de la persona provocaba la consumación de este hecho delictivo. En este no se contemplaban los medios comisivos que evidencian vicio alguno de la voluntad en las víctimas, a diferencia del texto punitivo actual.

Sin embargo, desde el punto de vista jurisprudencial, dicha prohibición tuvo nula aplicación, debido a que, al articularse la prohibición como una protección adelantada de los bienes jurídicos lesionados a través de los delitos de explotación, cuando estos llegasen a cometerse, absorberían la conducta de la trata, produciendo como resultado, la inexistencia de reproche penal en la afección de la dignidad humana que produce esta última.

OCTAVA.- La LO 8/1983 de 25 de junio no supuso variación alguna en la doctrina reiterada de la Sala II del TS en cuanto a la

interpretación de los tipos penales del artículo 452 bis. La única alteración se efectuó en los apartados c) y g) del precepto 452 bis CP.

NOVENA.- Por la LO 3/1989 de 21 de junio el legislador sustituyó los delitos contra la honestidad por los delitos contra la libertad sexual. Esta reforma sólo afectó, en lo que aquí interesa, al artículo 452 bis CP, suponiendo un cambio en la denominación, abandonando la idea de honestidad por la de libertad sexual. Se modificó la edad del sujeto pasivo fijándose en dieciocho años como mayoría de edad.

DÉCIMA.- España a partir de los años 90 pasó de ser un país de tránsito a convertirse en uno de los principales países de destino. El legislador del 95 dejó sin tipificar el proxenetismo para los supuestos de la llamada prostitución “voluntaria” con la desaparición del precepto 452 bis CP, lo que provocó que las redes para la explotación sexual de mujeres creciera de forma considerable. En esta reforma los delitos de prostitución de adultos se dirigían a castigar conductas que obstaculizaban la libre opción sexual.

UNDÉCIMA.- Con posterioridad, la reforma que se produjo por la LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, introdujo un cambio en el nombre de la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” como consecuencia de que el legislador de 1999 entendió que la libertad sexual no era el único bien jurídico protegido y tuvo en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad

sexual de los menores o incapaces. Surgió en esta reforma la imperiosa necesidad de efectuar una revisión sobre el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual. En este sentido, las modificaciones de mayor calado, a los efectos de este trabajo, fueron las relativas a la agravación cuando se actuara a través de una organización o asociación (artículo 188.3), aunque tuviera carácter transitorio y la inclusión del párrafo 2º en el precepto 188 en un intento de tipificar “tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual”, primer antecedente para perseguir y sancionar el delito de trata de seres humanos.

DUODÉCIMA.- Ya en el S. XXI se acometieron varias reformas. A través de la LO 11/2003 de 23 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros se modificó el artículo 318 bis y 188 CP. El legislador estableció como objetivo “combatir el tráfico ilegal de personas dando como resultado la no integración de los extranjeros en el país de destino”. Se incluyó un segundo párrafo en el artículo 318 bis que castigaba la inmigración ilegal con fines de explotación sexual. La reforma del artículo 188 tenía como objetivo volver a penalizar las acciones de intermediación lucrativa a costa de la prostitución de otro. Sin embargo, la aplicación en la práctica del nuevo artículo 188 no obtuvo el resultado esperado y derivó en la consolidación de una interpretación restrictiva por la jurisprudencia, determinando la impunidad de las conductas que pretendían castigar.

DÉCIMA TERCERA.- La LO 5/2010 de 22 de junio permite que por primera vez en nuestro Código Penal se sancione el delito de trata de seres humanos. Sin embargo, y pese al consenso terminológico, no se contemplaba en el artículo 177 bis CP el término de “tratar o traficar”, a diferencia de lo que ocurría en la normativa internacional y en la comunitaria, que mantenían la preferencia de utilizar el término de tratar y no el de traficar, diferenciando la trata de personas (*trafficking in human being*) de la inmigración clandestina (*smuggling of migrants*) también denominado “tráfico ilícito de inmigrante”.

Respecto a los delitos contra la prostitución y la corrupción de menores, a través de esta reforma, se cumplieron los mandatos de la DM 2004/68/JAI, con la consecuencia de incluir el castigo para el cliente de prostitución de menores e incapaces y la utilización de menores e incapaces para realizar espectáculos exhibicionistas o pornográficos, la captación de menores e incapaces para tales actividades, la conducta de ofrecimiento de material pornográfico infantil y la actuación de la persona jurídica.

DÉCIMA CUARTA.- La Reforma de 2015 provoca un cambio total. A la luz de la Directiva 2011/36/UE se incluye otras acciones típicas en el delito de trata de seres humanos a las existentes, como la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controlaba a las víctimas y otras finalidades de explotación que aparecen por primera vez como la trata con finalidad de concertar matrimonios forzados y la explotación con la finalidad de que las víctimas cometieran actos delictivos para los

explotadores. Se agrava la pena para supuestos de creación al peligro de causación de lesiones graves.

DÉCIMA QUINTA.- En cuanto a los delitos de prostitución y corrupción de menores también se producen modificaciones. En los delitos que regulan la prostitución de adultos se aumentan las penas de prisión. El tipo exige lucro y existe castigo para la explotación de la prostitución ajena. En la prostitución de los menores o discapacitados modifica el término de “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Se sancionan las actividades relacionadas con la pornografía infantil realizada por menores y personas con discapacidad necesitada de especial protección.

DÉCIMA SEXTA.- Al margen de estas reformas, en el texto punitivo actual, en materia de persecución del delito, han sido muchas las reformas desde el punto de vista penal, de asistencia, de la protección e institucional que se han dictado y que afectan tanto a mayores como menores de edad, lo que evidencia el cambio de visión orientado hacia la protección de la víctima.

DÉCIMA SÉPTIMA.- En cuanto a la normativa de la UE el objetivo principal se centra en la protección del propio ciudadano extranjero frente a conductas que suponen un grave atentado a su libertad, seguridad, dignidad y vida de las personas que son tratadas como meras mercancías. Todos los países, independientemente de sus modalidades delictivas, recurren a la tipificación de las mismas circunstancias de agravación.

DÉCIMA OCTAVA.- En el derecho comunitario derivado destacaron la DM del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos que sustituyó la Acción Común 97/154/JAI y la DM de 28 de noviembre de 2002 (DM 2002/90/JAI) destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares (DM 2002/90/JAI). Sin embargo, como consecuencia del cambio de orientación enfocado a la protección de la víctima que se vienen produciendo de forma progresiva en estos delitos, la DM del Consejo de 19 de julio de 2002 fue sustituida finalmente por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la protección de la víctima.

DÉCIMA NOVENA.- En la normativa internacional, ha habido escasa regulación. Sin embargo, en el actual S. XXI el tema adquiere trascendencia sobre todo a partir de la aprobación del Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional así como los Protocolos adjuntos relativos a la lucha contra la trata de personas y contra el tráfico de emigrantes por tierra, mar y aire de 15 de noviembre de 2000, también llamado Protocolo de Palermo. El primero de estos Protocolos fue relevante ya que se encontraba orientado a la prevención, investigación y enjuiciamiento de los delitos que en él se contenían, sin embargo, no regulaba la protección a las víctimas.

Cinco años después, en concreto el 16 de mayo de 2005 se firmó el Convenio de Varsovia. Fue considerado la consagración normativa del enfoque orientado a la víctima y la confirmación de

que la tutela de los derechos de esta, es decir, la protección del enfoque jurídico legal victimocéntrico no era incompatible ni con la persecución ni con la consecución de una aproximación criminocéntrica.

VIGÉSIMA.- La definición que mejor recoge el significado de trata de seres humanos internacionalmente admitido se encuentra en el Protocolo de Palermo. A partir de dicha conceptualización se admite por un lado, que trata y esclavitud no pueden confundirse, puesto que no son lo mismo y, de otro lado, se rompe con el binomio trata-explotación sexual. Al mismo tiempo, a través de este instrumento, con esta definición, se logra una armonización de todos los países, tipificándose en todos ellos el delito de trata de seres humanos.

VIGÉSIMA PRIMERA.- El concepto de trata de seres humanos que recoge el artículo 177 bis CP en su versión de 2010 derivaba del contenido del Protocolo de Palermo. El que emplea el legislador en la actual reforma de nuestro texto punitivo deviene de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- En materia de prostitución, nuestro legislador aboga por un sistema abolicionista, aunque ambas posiciones coinciden en considerar esta práctica como una auténtica problemática de género.

Considero que no se debe legalizar la prostitución, ya que se estaría legalizando la explotación sexual de las mujeres.

VIGÉSIMA TERCERA.- El *traffiking* y el *smuggling* no son lo mismo. Sin embargo, nuestro legislador no siempre lo ha tenido claro. Hasta la reforma de 2010, se mantenía en España una regulación obsoleta, ya que regulaba conjuntamente dos realidades criminológicas con graves imprecisiones técnicas y sobredimensiones punitivas. Es decir, nuestro legislador solo contaba en ese momento para combatir los supuestos de trata, con aquellos casos en que la conducta criminal aparecía unida a un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, motivo por el cual los ciudadanos comunitarios que no eran considerados irregulares no podían incluirse. La derogación a partir de la reforma de 2010 del párrafo 2 del artículo 318 bis era consecuencia directa de la aplicación del nuevo delito de trata de seres humanos.

VIGÉSIMA CUARTA.- Actualmente se constata que se ha producido un cambio sustancial en pos de la protección de los derechos humanos de los desplazados. La atención se focaliza no en el traslado en sí sino en la finalidad y las condiciones del mismo. Dicho giro queda reflejado en la diferenciación de estas dos realidades. Tras la reforma actual, este precepto pasa de sancionar los actos de favorecimiento o promoción de “tráfico ilegal o inmigración clandestina” a castigar el hecho de favorecer intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español o transitar de un modo que vulnere la legislación de entrada o tránsito de extranjeros. El legislador acaba con el problema de interpretación que planteaba el anterior texto punitivo.

VIGÉSIMA QUINTA.- El nacimiento del delito de trata de seres humanos tiene su origen en una serie de razones caracterizadas como “*pull-push factors*”. Como factor fundamental se encuentra la globalización, que también ha facilitado que el crimen organizado adquiera formas impensables hace unos años. Este fenómeno camina estrechamente vinculado a dos motivos que afectan a la proliferación de actividades delictivas: el género y el dinero.

Estos factores adversos, unidos a los mercados ilegales, los flujos ilícitos, la falta de armonización del delito entre países, las dificultades en la investigación, la pobreza, la falta de educación, la carencia de empleo o empleo precario, la falta de recursos y oportunidades, la discriminación sexual, las guerras o los desastres naturales e incluso las formas de cultura tradicionales en algunos supuestos y trabajos forzados han permitido desarrollar a gran escala el crimen organizado, poniendo en riesgo la seguridad del Estado.

VIGÉSIMA SEXTA.- Los cambios culturales han contribuido a que la mujer haya modificado su rol de participación activa en el seno de la familia. La feminización ha supuesto un cambio en la ideología patriarcal y en las dinámicas y estructuras familiares. Este fenómeno suele ser el resultado de la conexión entre los sistemas de desigualdad social y deterioro del mercado de trabajo en los lugares de origen. La migración femenina en este sentido ha sido y es la más perjudicada, provocando como consecuencia el aumento de la trata de mujeres en las últimas décadas. En aras a evitar las desigualdades de sexos, se debe establecer una valoración igual

entre sexos, en iguales garantías de autodesarrollo y autodeterminación.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- Las principales causas de la trata de personas están relacionadas con la elevada rentabilidad que genera, motivo por el cual, la principal forma de trata más demandada en España sigue siendo la trata de mujeres con fines de explotación sexual. Dentro de esta finalidad, los colectivos más vulnerables son las mujeres y las niñas.

VIGÉSIMA OCTAVA.- Desde finales de los años ochenta, varios grupos y asociaciones feministas de todo el mundo se han posicionado en un compromiso activo con los Derechos Humanos, marcando una nueva forma de entender un desarrollo que cuenta con las mujeres y que diferencia el género, entendido como forma de estrato social creado sobre la base de la desigualdad. De esta forma los movimientos de Derechos Humanos y Desarrollo incorporan perspectiva de género al análisis en el Desarrollo tradicional.

VIGÉSIMA NOVENA.- Desde el ámbito internacional, el concepto de violencia de género tiene su aparición en los años noventa con motivo de la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer denominada Cumbre de Beijing, celebrada en 1995. En esta se amplía el concepto de violencia de género a todo tipo de violencia sobre la mujer fruto de la desigualdad. Su principal característica se centró en el cambio de orientación, al trasladar el centro de atención de la mujer, concepto de género, introduciendo la perspectiva de género. La consecuencia más inmediata fue la constatación de los

derechos humanos de la mujer y que la igualdad de género era una cuestión de interés universal. Entre sus objetivos también incluyó el de prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas.

TRIGÉSIMA.- En el ámbito nacional, como consecuencia de la aprobación de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género en la que el legislador limita el concepto de violencia de género sólo a regular la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer cuando fuera o hubiera sido su cónyuge o estuviera ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, sin ampliar dicho concepto más allá de las que contemplasen las diferentes situaciones de violencia del hombre sobre la mujer que eran fruto de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de unos con respecto a los otros, provoca la exclusión del ámbito de su protección a las prostitutas o aquellas mujeres objeto de la trata con fines de explotación sexual, colectivos que son objeto de delitos contra la libertad sexual.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- En el ámbito de las CCAA no sucedería lo mismo. Las leyes autonómicas congregaron un catálogo de formas en las que se puede manifestar la violencia de género, mientras que la LOVG no lo contempló. En este sentido se afirma que las Leyes autonómicas han sido más completas que la LOVG porque recogen conceptos de violencia de género, detallan las formas de violencia, establecen el daño tanto el actual como el potencial y amplían la conceptualización de la violencia no limitándola a la existencia de la relación de afectividad.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- El abordaje victimocéntrico al que nos ha llevado este cambio de rumbo, debe cubrirse desde tres aspectos con la llamada política de las 3P, prevención, persecución y protección. El origen de esta política en el desarrollo de políticas positivas o de debida diligencia fueron identificadas en primer lugar por el TEDH en casos relacionados con el derecho a una vida privada y familiar. A partir de este, otros organismos y tribunales internacionales siguieron sus pasos aplicando esta interpretación, estableciendo el deber jurídico del Estado de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos provocadas por particulares y asegurar el restablecimiento del derecho y una reparación adecuada a las víctimas. La aplicación de este concepto de la debida diligencia al ámbito de la trata ha sido un eje fundamental para detectar mayores obligaciones con el objetivo de formar una táctica global cuya finalidad logre afrontar este fenómeno asentada sobre los ejes de la prevención, protección y persecución.

TRIGÉSIMA TERCERA.- La trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos humanos, de la dignidad y de la libertad de la persona. Constituye una forma de delincuencia grave aparejada a organizaciones delictivas que genera importantes beneficios, provocando interacción entre oferta y demanda. El objetivo prioritario desde el enfoque de los derechos humanos para todos los operadores del sistema judicial y policial debe ser la persecución del tratante y la protección de la víctima. Por este motivo se prohíbe vincular la protección, asistencia y reparación a que se garantice cualquier actuación policial y judicial para evitar una victimización secundaria.

TRIGÉSIMA CUARTA.- El delito de trata de seres humanos en el actual texto punitivo aunque incluye la visión victimocéntrica, continua manteniendo una estructura compleja, ya que junto al tipo básico, se recogen varios tipos agravados o hiperagravados en atención a diferentes criterios tales como la situación personal del sujeto pasivo o la pertenencia a grupos organizados de los sujetos activos, en la que se define la situación de vulnerabilidad o de necesidad. El legislador adopta un concepto unitario en el que se producen intervenciones de diferentes sujetos en atención al momento o fase de desarrollo de la acción en la que se encuentren y con diferentes posibilidades de intervención en la conducta delictiva. De tal forma equipara la colaboración con la autoría.

TRIGÉSIMA QUINTA.- La dignidad y la libertad son los bienes jurídicos protegidos en este delito partiendo de la base de que la libertad es reconocida como un derecho fundamental y la dignidad humana debe establecerse como la base de los derechos humanos por su carácter internacional y protege un bien jurídico de naturaleza personalísima.

TRIGÉSIMA SEXTA.- Considero acertada la inclusión en el texto actual del vocablo “seres humanos”. En este sentido, el legislador debería haber obviado en la redacción típica la alusión a la “víctima nacional o extranjera”, ya que todas adquieren el rol de víctimas independientemente del país de procedencia.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- En cuanto a la acción del tipo, entiendo que el legislador ha desaprovechado la oportunidad de

reducir no solamente el elenco de conductas delictivas, sino modificar la sanción de cada una de ellas, ya que condena con la misma intensidad todas las posibles fases en las que se desenvuelve. Es decir, basta con que se cometa una de ellas para considerar consumado el delito.

TRIGÉSIMA OCTAVA.- Al ser considerado un delito de medios determinados, todas las acciones se deben realizar mediante algún/nos de los medios descritos en el tipo que son los que caracterizan los delitos violentos.

TRIGÉSIMA NOVENA.- Se incluye como novedad el concepto normativo de “abuso de una situación de vulnerabilidad” que se define como aquella situación en la que la víctima no tiene otra alternativa real y aceptable excepto a la de someterse al abuso. Sin embargo, para que se pueda contemplar no basta con que el autor o la víctima se hallen en estas situaciones, se exige que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata.

CUADRAGÉSIMA.- En cuanto al abuso de superioridad, se exige que sea únicamente la situación personal la que determine la especial vulnerabilidad de la víctima. Los casos de abuso por razones económicas quedan anclados en el tipo básico. Como consecuencia de que el legislador escoge una fórmula incorrecta en la que en determinados supuestos la definición de vulnerabilidad es igual a pobreza, ese aprovechamiento de la situación de necesidad por razones económicas sólo integrará el delito de trata en supuestos en que la persona no tenga más alternativa que someterse al abuso.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- El consentimiento es uno de los elementos fundamentales del delito. El legislador en el texto actual mantiene la distinción que hacía en 2010 entre el consentimiento de menores y de mayores. El consentimiento en menores siempre será inválido. En cambio, en los mayores de edad, es de suma importancia establecer que el consentimiento se ha conseguido doblegando la voluntad u obteniéndose de manera fraudulenta, bajo la presión de los medios descritos, para conseguir una sentencia condenatoria para los tratantes.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.- Respecto de la sanción que el legislador impone, el precepto no solo cumple los mínimos de la Directiva 2011/36/UE sino que se excede. Conforme al principio de proporcionalidad de las penas el legislador debería haber introducido una clausula de atenuación facultativa de la misma y ello porque no todas las conductas susceptibles de inclusión en el tipo básico que establece el legislador a la hora de ejecutarse poseen la misma trascendencia.

CUADRAGÉSIMA TERCERA.- Los tipos agravados del precepto se mantienen inalterables en la actual redacción, a excepción del número 4 que se reduce a dos apartados en atención al sujeto pasivo. Se refleja de este modo, la orientación victimocéntrica cuyo objetivo fundamental es proteger a la víctima. Se justifica el aumento de pena en la disminución de defensa de estos sujetos por sus especiales características.

En cuanto a la vulnerabilidad, cuando se trate de menores o personas que se encuentren en situación de especial

vulnerabilidad, solo puede apreciarse esta agravación cuando los medios empleados para obtener el consentimiento hayan sido utilizados, en cambio la vulnerabilidad del tipo básico debe tener un carácter genérico.

CUADRAGÉSIMA CUARTA.- El hecho de imponer una conducta más gravosa para el caso de que el sujeto activo sea autoridad, agente de ésta o funcionario público tiene su sustento en el Convenio de Varsovia y en la elevada incidencia de la trata en países con un alto nivel de corrupción en el sector público, existiendo muchos funcionarios implicados en este fenómeno. Cuando el legislador establece “la realización de los hechos”, siendo una actuación meramente accesoria, se refiere a los del tipo básico. En cambio si el agente, autoridad pública o funcionario público es autor, inductor o cooperador necesario, es posible aplicar el subtipo agravado.

CUADRAGÉSIMA QUINTA.- La hipercualificación que mantiene inalterable el legislador en el actual texto punitivo en cuanto a la delincuencia organizada, radica en la conexión entre la criminalidad organizada y la trata de personas. Con la reforma de 2010, el legislador, fiel con los compromisos internacionales, introdujo una modificación del artículo 282 bis.4 LECRIM. Anteriormente nuestra legislación penal no concretaba un concepto de criminalidad organizada. En el caso de la trata, el legislador añade a la idea de organización criminal la de asociación y la de los grupos criminales del artículo 570. ter CP, aunque se realice de manera transitoria, dedicada a “tales actividades”. La posibilidad de que una asociación esporádica cometa un delito de trata, quedará al

margen de esta agravación, ya que se exige algo más. Sin embargo, no se resuelve los problemas de imputación al dirigente de las conductas materialmente ejecutadas por los sujetos que se encuentran en la base piramidal.

CUADRAGÉSIMA SEXTA.- La excepción a la regla general en la que los actos preparatorios no son punibles, se encuentra justificada en castigar algunos de estos actos, circunstancia que se dará cuando se encuentren presentes tres condiciones: 1º.- *Que sea previsible un resultado grave*; 2º.- *Que este acto preparatorio sea evidente*; 3º.-*Que las condiciones del hecho, la resolución delictiva sea suficientemente firme.*

Ningún documento supranacional ha exigido la tipificación de estos actos preparatorios.

CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA.- Es un delito de consumación anticipada. Este se produce en el mismo momento en que el sujeto pasivo es sometido a trata, es decir, cuando se da cumplimiento a las conductas descritas de los verbos típicos (captación, transporte, traslado, acogimiento, etc.) aunque no se haya logrado la explotación efectiva de la víctima en ninguna de las modalidades que el precepto recoge.

Es un delito que admite la tentativa en la fase previa a la consumación, donde el sujeto intenta captar a una persona ofreciéndole servicios rentables en los que medie el fraude o el engaño.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- La responsabilidad penal directa de las personas jurídicas que se introdujo en la reforma de 2010 como novedad, ha sido matizada con la reforma actual. Este nuevo modelo establece, junto a las responsabilidades civiles y penales, supuestos de exención de responsabilidad cuando las empresas que intervienen en el mercado se han sometido a planes de vigilancia y prevención en el ámbito de la actuación delictiva. Sin embargo, no basta cualquier incumplimiento de vigilancia o control para que se pueda establecer la transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica, sino que es necesario que se ofrezca una prueba que haga plausible que se trató efectivamente de un incumplimiento grave del deber de vigilancia, excluyendo de esta tipificación las acciones que carezcan de un mínimo de gravedad. La legislación europea no obliga a la sanción penal. Considero que es positivo como medida de presión que se sancione por la vía penal.

CUADRAGÉSIMA NOVENA.- Si la explotación efectiva llega a producirse existe un agotamiento del propio delito, provocando no sólo la consumación del ilícito sino que además logra satisfacer el interés o la finalidad por lo que el tratante desplegó su comportamiento prohibido. La consecuencia de este agotamiento da como resultado la aplicación de un concurso de delitos entre el propio artículo 177 bis CP y el delito que proceda según el tipo de explotación que se trata, estableciéndose entre ellas una relación de alternatividad, caracterizada por aquellos en que varias normas son aparentemente aplicables, pero finalmente solo se aplica una de ellas: la que establece una pena más grave.

QUINCUAGÉSIMA.- De este modo:

1º).- Entre el delito de trata de seres humanos y el delito perseguido posterior debe apreciarse, dada la proximidad temporal y espacial, un concurso real, donde se acumulan las dos sanciones: el artículo 73 CP. Su adaptación deviene por aplicación en la práctica del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala del TS de fecha 2 de febrero de 2008 en relación con el concurso real entre el tráfico de personas y el artículo 188 CP, cuando el tráfico iba seguido de la determinación de la prostitución coactiva.

2º).- El concurso entre medios típicos necesarios para la comisión del delito de trata debe solucionarse como concurso ideal.

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA.- La exención de responsabilidad criminal para las víctimas de la trata por los delitos cometidos, desvela el carácter mucho más centrado en la víctima, mucho más acorde con los derechos humanos.

QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA.- Del presente estudio se constata que, la sola aplicación del derecho penal no es suficiente para que se consiga erradicar el delito de trata de seres humanos y más concretamente con fines de explotación sexual. Independientemente del objetivo propuesto y prioritario de implementar más a fondo la protección a las víctimas, las políticas de lucha contra la trata con fines de explotación sexual son las que persiguen con la máxima eficacia tanto el delito como la condena de los tratantes. A tal fin utilizan medidas legislativas y procedimentales dirigidas a su consecución.

El modelo mixto considero que es el mejor porque permite una protección integral para la víctima.

QUINCUAGÉSIMA TERCERA.- El GRETA, tras la última visita efectuada en nuestro país y a pesar de los esfuerzos, considera que las autoridades españolas deben examinar la posibilidad de establecer un Relator Nacional independiente o designar otro mecanismo como entidad de organización independiente para garantizar mejor el control de las actividades de lucha contra la trata de las instituciones del Estado y hacer recomendaciones específicas. Valora positivamente el Plan de Acción Nacional para combatir la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, así como la estrategia de Madrid. Sin embargo, vuelve a subrayar la necesidad de extender esa forma de lucha a otras formas de explotación, haciendo hincapié en la explotación laboral y lucha de trata contra los niños. Por tal motivo, insta a las autoridades españolas a adoptar con carácter prioritario un Plan Nacional de Acción Integral en el que se aumenten medidas para combatir la trata de seres humanos para fines de explotación laboral y mejorar la identificación y asistencia a las víctimas, intensificar las medidas para todas las víctimas de la trata en todas las formas de explotación y establecer prioridad a la identificación de las víctimas de la trata entre los solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular.

QUINCUAGÉSIMA CUARTA.- El Pacto de Estado aprobado en diciembre de 2017, es valorado positivamente por el GRETA. La vigencia de este Plan abarcó los períodos comprendidos entre 2015-2018. Entre los objetivos de este Plan destacaba la lucha activa

contra el tráfico y la trata de personas así como contra la prostitución entendidas ambas como explotación, esclavitud, violación de derechos humanos y cosificación de la mujer, identificando en cada caso a los responsables de espacios de impunidad como el empleo de incentivos y propaganda.

QUINCUAGÉSIMA QUINTA.- La base de este Plan de Acción se asienta sobre la protección de los derechos humanos como eje principal de este plan, en un enfoque de género, en la primacía del interés superior del menor, en la mejora del conocimiento de las situaciones de la trata con fines de explotación sexual, en el que las víctimas son las protagonistas del proceso y entorno a ellas desarrollarse la programación y planificación de las políticas públicas para luchar contra la misma, estableciendo como una de las prioridades de la acción contra la trata la investigación y enjuiciamiento de estos delitos y ofreciendo un enfoque integral, cooperación y participación entre instituciones y participación de la sociedad civil. Implica un diseño de política integral y multidisciplinar, en la que se requiere la participación de todos los actores que intervienen en estas situaciones.

QUINCUAGÉSIMA SEXTA.- El Estatuto de la Víctima del Delito se caracteriza por ser la primera norma en nuestro Ordenamiento Jurídico destinada a abordar la problemática situación de olvido que han venido sufriendo las víctimas a lo largo de la historia, con actuaciones que se pueden catalogar como inexistentes. Es un instrumento legal que unifica, contribuyendo a evitar los efectos de la victimización de forma que la víctima se sienta protegida antes, durante y después de todo el procedimiento.

QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA.- En el ámbito autonómico, considero que las medidas establecidas en cuanto a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Pacto valenciano contra la violencia de género y machista aprobado el 7 de julio de 2017 son escasas, ya que se reducen a medidas de concienciación social, en las que se garantice una sociedad segura y libre de violencia de género machista, prestando una cooperación y coordinación intrainstitucional e interinstitucional en la que se proteja a las mujeres víctimas y a sus hijos, dejando de invisibilizar la violencia de género y machista y socializándola como un conflicto social y político.

QUINCUAGÉSIMA OCTAVA.- Considero que de acuerdo con los compromisos adquiridos por el Estado Español, en la actualidad se vienen cumpliendo las obligaciones exigidas hasta la fecha en materia de trata de seres humanos aplicándose la política de las 3 P, prevención, persecución y protección. Sin embargo, debido al aumento de casos de este delito se deben continuar con los esfuerzos para poder prevenirla, combatirla y proteger a sus víctimas.

QUINCUAGÉSIMA NOVENA.- En cuanto a la protección, considero que con las leyes vigentes tales como el Estatuto de la Víctima, la LOEX y el REX, se les ofrece a las víctimas de trata de seres humanos, independientemente de su nacionalidad, un catálogo de derechos para su recuperación y protección. A través de dichos instrumentos se les está otorgando una respuesta jurídica y social. Sin embargo, soy partidaria de una inmigración controlada, lo contrario genera un aumento de víctimas, por ello, se deben

doblegar esfuerzos para continuar con la detección y prevención de estas víctimas, estableciendo la capacitación de todas las autoridades competentes para detectar indicadores de trata de seres humanos entre las personas que llegan a España, el aseguramiento del Protocolo para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que trabajan en las fronteras, incluyendo indicadores que permitan identificarlas y prestarles la asistencia necesaria y que las ONG tengan un papel activo en todo el proceso de evaluación.

SEXAGÉSIMA.- En este sentido propongo como medida de prevención y detección en el país de origen y en concreto, en aquellos lugares de trasiego de personas tales como aeropuertos, puertos o fronteras por carreteras, que son más fáciles de controlar, que los agentes especializados mantengan entrevistas con aquellas personas que sospechen, bajo su conocimiento, que se encuentran sometidas o en riesgo, a cualquier tipo de explotación. Esta entrevista llevará aparejada la obligación de rellenar un cuestionario con datos personales y circunstancias por las cuales se trasladan a otro país, tiempo de estancia, lugar donde van a residir y medios económicos de los que dispone para dicha estancia. Estas solicitudes se remitirán vía telemática a las oficinas de los agentes especializados en el país de destino con objeto de que una vez los sujetos entrevistados se encuentren físicamente en este país, de nuevo vuelvan a ser entrevistados en los mismos extremos. A partir de ese momento, si estas víctimas rehúsan, por el motivo que sea, a acogerse a un programa de protección, se debe mantener un seguimiento de las mismas por medio de unidades especializadas. Estas unidades pueden comprender inspectores de trabajo y/o

agentes de policía. Sólo de esa forma dejarán de estar desprotegidas y no se convertirán en invisibles.

SEXAGÉSIMA PRIMERA.- Desde el punto de vista legal, al margen de todas las leyes y preceptos que se han introducido y/o modificado hasta la fecha, y que considero positivos, se deberían examinar ciertas recomendaciones:

a).- El Pacto Estatal para eliminar la violencia de género en el que se incluye la lucha activa contra el tráfico y la trata de personas y la prostitución debería ampliar sus competencias y objetivos para englobar cualquier tipo de explotación, teniendo en cuenta que todas deben ser catalogadas como víctimas.

b).- Respecto a la prostitución, debería de introducirse una ley cuyo objeto sea prohibir la compra de servicios sexuales, como hace el “modelo nórdico”, en el que se incluyan todo tipo de servicios sexuales, tanto si son comprados en la calle, como en prostíbulos o salones de masajes, desde servicios de compañía hasta la compra de servicios sexuales, en circunstancias similares. No son suficientes las ordenanzas dictadas ya que solo las alejan de las miradas pero no las protege. Si se prohíbe esta práctica no existirá demanda y no habrá actividades de prostitución.

c).- En cuanto al delito de trata de seres humanos, me sumo a la petición doctrinal relativa a la sustitución del número clausus por una clausula abierta que permita cualquier clase de tráfico de personas en contra de su voluntad, con independencia de la explotación a la que vayan a ser sometidas y a la creación de un delito de explotación (es decir, la creación de un delito de esclavitud

específico que acabara con los problemas de proporcionalidad en el caso de que la trata vaya seguida de explotación).

SEXAGÉSIMA SEGUNDA.- Desde el ámbito institucional, el compromiso a largo plazo es fundamental para el desarrollo e implementación de un marco legal, estratégico y políticas basadas en igualdad de género para prevenir y combatir la prostitución y la trata de personas. Esto incluye compromiso de todos los actores intervinientes, tanto institucionales como sociedad civil. Implementación de campañas de sensibilización y financiación a largo plazo y dedicada a servicios de apoyo, a organizaciones especializadas, incluyendo a aquellas que trabajan por la defensa contra la violencia de las mujeres y las que luchan por igualdad de género. Otro factor fundamental a tener en cuenta es desalentar la demanda de la prostitución, por medio de servicios de apoyo para usuarios de la prostitución, con campañas de sensibilización, talleres, seminarios, es decir, actividades de concienciación.

SEXAGÉSIMA TERCERA.- En contraposición, no considero necesario, como demanda cierto sector de la doctrina, ni la ampliación del artículo 1 de la LO 1/2004 para incluir los delitos de trata porque desmembraría los otros tipos de explotación, ni la ampliación de las competencias del Juzgado de Violencia de Género para que se incluyese la violencia sexual, ya que la persecución de la trata requiere de una investigación que no es equiparable a la investigación de los delitos de violencia de género. Por tanto, deben ser los jueces de instrucción los competentes para dicha investigación.

SEXAGÉSIMA CUARTA.- Asimismo no comparto la postura de cierto sector de la doctrina cuando defienden la creación de una Ley Integral de Trata de Seres Humanos. A mi juicio, y con todos los respetos, si el objetivo de dicha Ley es proteger de forma integral a las víctimas que sufren estas prácticas atroces, no considero que sea necesaria su creación, puesto que el propio Estatuto de la Víctima ya recoge un amplio elenco de derechos orientados a cubrir todas y cada una de sus necesidades. Sin embargo, como anteriormente he dicho, se deben potenciar los mecanismos existentes a todos los niveles y mantener la máxima implicación de todos los actores intervinientes.

Del mismo modo, tampoco soy partidaria, como demanda cierto colectivo de mi profesión, de establecer un turno especial para la trata de seres humanos. Cualquier profesional que acceda al turno debe estar formado igualmente para afrontar estos temas.

Las víctimas son las verdaderas protagonistas y como tales deben poder beneficiarse de las ayudas del tipo que sea. El servicio que se les preste debe ser de calidad. Solo de esa forma se les podrá proteger.

SEXAGÉSIMA QUINTA.- Finalmente, con objeto de concienciar realmente a la población joven implantaría una asignatura obligatoria donde se estudiara las cuestiones relativas a la violencia de género, ya que se necesita un cambio social y cultural urgente, en el que se establezcan igualdad de oportunidades entre ambos sexos, reduciendo la vulnerabilidad del sexo femenino así como la demanda de servicios sexuales.

BIBLIOGRAFIA

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 8 de julio de 1874.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 12 de enero de 1887.

Sentencia del TS, Sala de Penal de fecha 18 de octubre de 1894.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 21 de diciembre de 1901.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 14 de diciembre de 1903. RTS 1502/1903 (rec. Casación núm. 176).

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 30 de enero de 1905.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 18 de febrero de 1908.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 5 de febrero de 1909.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 30 de marzo de 1909.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 14 de noviembre de 1910.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 20 de noviembre de 1911.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 30 de enero de 1918.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 18 de marzo de 1921. RTS 1048/1921.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 18 de marzo de 1925. RTS 784/1925.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 29 de octubre de 1929.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 20 de junio de 1972. RTS 4974/1972.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 17 de noviembre de 1972. RTS 1190/1972 (Rec. Casación núm. 1593).

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 20 de marzo de 1973. RTS 1371/1973.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 4 de octubre de 1979. ECLI: ES:TS:1979:4031.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 3 de marzo de 1980.
ECLI:ES:TS:1980:4381.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 16 de mayo de 1980.
ECLI:ES:TS:1980:3937.

Sentencia del TS, Sala Segunda de 2 de julio de 1980.
ECLI:ES:TS:1980:4888.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 10 de octubre de 1980.
ECLI:ES:TS:1980:5029.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 16 de marzo de 1983.
ECLI:ES:TS:1983:1188.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 9 de febrero de 1984.
ECLI:ES:TS:1984:1690.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 27 de octubre de 1984.
ECLI:ES:TS:1984:1927.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 12 de noviembre de 1984.
ECLI:ES:TS:1984:836.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 8 de octubre de 1985.
ECLI:ES:TS:1985:1409.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 30 de septiembre de 1985.
ECLI:ES:TS:1985:964.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 26 de febrero de 1986.
ECLI:ES:TS:1986:917.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 25 de abril de 1986.
ECLI:ES:TS:1986:11397.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 25 de abril de 1986.
ECLI:ES:TS:1986:2050.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 19 de mayo de 1986.
ECLI:ES:TS:1986:2543.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 19 de mayo de 1986.
ECLI:ES:TS:1986:11504.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 15 de diciembre de 1986.
ECLI:ES:TS:1986:9474.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 29 de marzo de
1987.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 25 de abril de 1988.
ECLI:ES:TS:1988:13935.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 25 de junio de 1988.
ECLI:ES:TS:1988:4911.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 27 de junio de 1991.
ECLI:ES:TS:1991:11159.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 26 de julio de 1993.
ECLI:ES:TS:1993:15789.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 26 de julio de 1993.
ECLI:ES:TS:1993:9553.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 26 de julio de 1993.
ECLI:ES:TS:1993:5725.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 27 de abril de 1994.
ECLI:ES:TS:1994:9572.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 12 de enero de 1995.
ECLI:ES:TS:1995:67.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 1 de marzo de 1995.
ECLI:ES:TS:1995:7494.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 5 de febrero de 1998.
ECLI:ES:TS:1998:703.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 28 de Mayo de 1996.
RJ 4651.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha de 8 de octubre de
1999.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 26 de noviembre de
1999. ECLI:ES:TS:1999:7523

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 6 de abril de 2000.
ECLI:ES:TS:2000:2850.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 24 de julio de 2002. RTS 1393/2002.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 16 de abril de 2003. RTS 294/2003.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 29 de marzo de 2004.
ECLI:ES:TS:2004:2141.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 29 de noviembre de 2004. ECLI:ES:TS:2004:7739.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 17 de marzo de 2005.
ECLI:ES:TS:2005:1704.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 17 de marzo de 2005.
ECLI:ES:TS:2005:1701.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 30 de mayo de 2005.
ECLI:ES:TS:2005:3465.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 8 de junio de 2005.
ECLI:ES:TS:2005:3672.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de 13 de junio de 2005.
RTS 740/2005.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 22 de noviembre de 2005. ECLI:ES:TS:2005:7378.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 2 de noviembre de 2006. ECLI:ES:TS:2006:7451.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 6 de marzo de 2007.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 28 de noviembre de 2007. ECLI:ES:TS:2007:7647

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 16 de enero de 2008. ECLI:ES:TS:2008:659.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 3 de julio de 2008. ECLI:ES:TS:2008:4017

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 13 de mayo de 2011. RTS 373/2011.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 17 de mayo de 2011. RTS 378/2011.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 17 de mayo de 2011. ECLI:ES:TS:2011:3111.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 19 de junio de 2013. RTS 545/2013.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 28 de enero de 2014.
ECLI:ES:TS:2014:202.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 19 de junio de 2015.
ECLI:ES:TS:2015:2836.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 20 de octubre de 2015. RTS 646/2015.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 20 de diciembre de 2015. ECLI:ES:TS:2015:5746.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 29 de febrero de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:613

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 16 de marzo de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:996.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de fecha 29 de marzo de 2016.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha de 5 de abril de 2016. RTS 270/2016.

Sentencia del TS, Sala Segunda de lo Penal de fecha 17 de junio de 2016. RTS 538/2016.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 28 de marzo de 2017.
ECLI:ES:TS:2017:1202.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 22 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1020.

Sentencia del TS, Sala de lo Penal de 24 de julio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2572.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del TC, Sala Primera de fecha 8 de junio de 1981.
ECLI:ES:TC:1981:18

Sentencia del TC, Sala Primera de fecha 18 de mayo de 1985.
ECLI:ES:TC:1985:53

Sentencia del TC, Pleno de fecha 27 de junio de 1990.
ECLI:ES:TC:1990:120.

Sentencia del TC, Pleno del TC de fecha 19 de julio de 1990.
ECLI:ES:TC:1990:137

Sentencia del TC, Sala Segunda de fecha 28 de febrero de 1994.
ECLI:ES:TC:1994:57

STC 11/1998 de 2 de junio.

Sentencia del TC, Pleno del TC de fecha 18 de julio de 2002.
ECLI:ES:TC:2002:154

Sentencia del TC, Pleno del TC de fecha 28 de febrero de 2013.
ECLI:ES:TC:2013:53. (STC 53/2013 de 28 de febrero, Recurso de
Amparo núm. 8309/2010 ponente D. Fernando Valdés Dal-Ré, FJ3º
y 4º.)

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección Sexta de fecha 28 de julio de 2011. ECLI:ES:APGC:2011:1897.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta de fecha 8 de marzo de 2013. ECLI:ES:APM:2013:10161.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintitrés de fecha 3 de febrero de 2017. ECLI:ES:APM:2017:1232.

NOTA: La selección del presente apéndice no corresponde a un vaciado completo de jurisprudencia en la materia por razones de cantidad, se han citado las que se han utilizado para la realización del presente trabajo.

**BIBLIOGRAFÍA
CONSULTADA**

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista Penal La Ley*, 2007.

ALONSO Y ALONSO, J.M. (1946), *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*, Sección Doctrinal en rep. Nº 11, Madrid.

ANDREU IBÁÑEZ, R., /CARMONA ABRIL, M.A., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una forma de violencia de género”, en *Dilemata*, Nº 24, 2017.

ANTÓN ONECA, J.A., “Historia del código penal de 1822” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 18, Fasc./Mes 3, 1965.

ANTÓN ONECA, J.A., “El Código penal de 1870” en *Anuario de derecho penal ciencias penales*, Tomo 23, Fasc./Mes 2, 1970.

ARENAL, C., *El pauperismo*, librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, tomo XIV.

ARROYO ZAPATERO, L., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. II, Salamanca, 2001.

AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal en España*, establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez Rivera, Madrid, 1849.

BEGMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en *la Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 94-95, 2012.

BERISTAIN, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana: evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

BLAZQUEZ, B., “La trata de personas con fines de explotación sexual en España: elementos para la reflexión”, en *Revista Espiga*, 16 (34), 2017.

BOIX, J. / ORTS, E. / VIVES, T.S., *La reforma de 1989*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

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

BORONAT, J., “El delito de estupro y la reforma del Código penal de 1928” en *Revista de los Tribunales y legislación Universal* (62), Góngora, Madrid, 1928.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1991.

CANO PAÑOS, M.A., “De la trata de seres humanos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y VVAA, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.

CANO PAÑOS. M.A., “Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y VVAA, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.

CARMONA CUENCA, E., “¿Es la prostitución una vulneración de los derechos fundamentales?”, en SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CARMONA SALGADO, C., “Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003” en CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.) y VVAA en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

CASABÓ RUIZ, J.R., *El Código Penal de 1822*, dirigida por el Dr. D. José M^a Navarrete Urieta. Tesis doctoral. Original Valencia: Universidad de Valencia, Facultad de Derecho.

CASADO CABALLERO, V., “La trata de mujeres con fines de explotación sexual: la globalización de la violencia de género”, en

Investigación y género, logros y retos: III congreso universitario nacional "investigación y género", Isabel Vázquez Bermúdez (Coord.), 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R., "Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley Integral", en CASTILLEJO MANZANAREZ, R. (Dir.) y CATALINA BENAVENTE, M^a. A. (Coord.), *Violencia de Género, justicia restaurativa y mediación*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

COBO DEL ROSAL, G., "El proceso de elaboración del Código penal de 1928", en *AHDE*, Tomo LXXXII, 2012.

CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., "Delitos contra la integridad moral" en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORREA SANTA CATARINA, D., "La trata de mujeres para la explotación sexual: garantía de los derechos humanos por medio de una visión crítica y emancipadora", en *Revista de género e igualdad*, N^o 1, 2018.

CUELLO CALÓN, E., "El proyecto de Código penal español preparado por la Sección 3^a de la Comisión General de Codificación" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (152)*, N^o 3, Marzo de 1928.

CUELLO CALÓN, E., *El nuevo código penal español (exposición y comentario)*, Libro primero, ed. Bosch, Barcelona, 1929.

CUELLO CALÓN, E., *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932*, 2ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 1933.

CUELLO CALÓN, E., *Exposición del Código penal reformado de 1932*, ed. Bosch, Barcelona 1933.

CUGAT MAURI, M., “Normativa Internacional y derecho comparado” en GARCÍA ARAN, M. (Coord.) y VVAA, *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006.

CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos. La universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177 bis, 313, 318 bis CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VVAA, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

CUGAT MAURI, M., “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la decisión marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VVAA, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VVAA, *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J/ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.,

en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, ed. La Ley, Madrid, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Las últimas reformas en el derecho penal sexual”, *EPC*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1889-1990.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El bien jurídico protegido en una Derecho penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 30, 1997.

DURÁN LALAGUNA, P., *Manual de derechos humanos*, ed. Comares, Granada, 1999.

ECHARRI CASI, F.J., “La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas”, en *Diario La Ley*, Nº 9434, Sección Doctrina, 2019.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*, ed. Visión Libros, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ OLLALA, P., “Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España”, en GARCÍA VÁZQUEZ, S. y VVAA, *La trata de seres humanos*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2012.

FITA ORTEGA, F., “El trabajo sexual en la doctrina judicial española”, en SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

FRANCISCO PACHECO, J., *El Código Penal concordado y comentado*, 4ª edición, Tomo III, Madrid, 1870.

GABARI GÁMEZ, A., *El Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*, dirigido por D. IÑAKI BRU, trabajo fin de máster, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pamplona, 2017.

GARAY GUERRERO, S., “Fórmulas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales”, en SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA ARÁN, M., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004,

GARCÍA ARÁN, M., “Nueva esclavitud y tráfico de seres humanos”, en GARCÍA ARÁN (Coord.) y VVAA, *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006.

GARCÍA ARÁN, M., “Introducción: 2.1. Del derecho de propiedad al ejercicio de sus atributos” en GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006.

GARCÍA DE BLANCO, V., “Trata de seres humanos y criminalidad organizada”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014.

GARCÍA CUESTA, S., “La trata en España: Una interpretación de los Derechos Humanos en perspectiva de género”, disponible en *Dilemata*, Nº 10, año 4 (2012).

GARCÍA MEDINA, J., “Trata de seres humanos: la vulnerabilidad de sus víctimas”, en *Revista Aranzadi Unión Europea* Nº 2, 2017.

GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 109, 2014.

GARCÍA RIVAS, N., “Artículo 59. Colaboración contra redes organizadas” en ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.) y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA RIVAS, N., “Responsabilidad penal de las `personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas”, en LLORIA GARCÍA, P. (Dir.) y CRUZ ÁNGELES, J. (Coord.), *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: género, derecho y TIC*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2019.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE de 25 de octubre y su transposición al ordenamiento jurídico español”, disponible en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016.

GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: Estudio Jurídico y Criminológico*, ed. Edersa, Madrid, 1992.

GAVILÁN RUBIO, M., “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción”, disponible en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos” en ALVÁREZ GARCÍA, F.J. y VVAA, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

GUARDIOLA LAGO, M.J., *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español*, ed. Aranzadi, 207, Navarra, 2007.

GUZMAN ORDAZ, R., “De la perspectiva de género al paradigma interseccional. Aportaciones para el análisis de las migraciones feminizadas”, en *Logros y Retos: Actas del III Congreso universitario nacional “Investigación y género”*, Isabel Vázquez Bermúdez (Coord.), 2011.

IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata de seres humanos: artículo 177 bis del CP”, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.) y MATALLIN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.), en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición (actualizada con la corrección de errores BOE 11 de julio de 2015)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal español de 1848*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. II, Salamanca, 1929.

JAREÑO REAL, A., “La Política criminal en relación con la prostitución: ¿Abolicionismo o legalización?” en SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

JIMÉNEZ DE ASUA, L., / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al Código de 1928*, ed. Reus, Madrid, 1929.

JUANATEY DORADO, C., “Delincuencia y población penitenciaria femeninas”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 20-10, 2018.

LAMARCA PÉREZ, C., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) y VVAA, *La parte especial del derecho penal*, ed. Dykinson, Madrid, 2016.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M^a, CARRERA FERNÁNDEZ, M^a. V y RODRÍGUEZ CASTRO, Y., “La violencia sexual contra las mujeres: abordaje psicosocial” en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. / IGLESIAS CANLE, I. (Coord.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LIENAS, G., *Quiero ser puta. Contra la regulación del comercio sexual*, ed. Península, Barcelona, 2006.

LLORIA GARCÍA, P., “Incidencia de la normativa internacional en la regulación penal española de la trata con fines de explotación sexual: Del artículo 188 al artículo 318 bis del Código Penal” en SERRA CRISTÓBAL, R. / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

LLORIA GARCÍA, P., “La regulación penal del tráfico de personas”, en SERRA CRISTÓBAL, R. / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres humanos”, en BOIX REIG, J. (Dir.) y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2010 del Código Penal)*, ed. Iustel, Madrid, 2012.

LLORIA GARCÍA, P. “Menores, redes sociales e intimidad: consentimiento y tutela. Algunas consideraciones”, en ANARTE BORRALLO, E., MORENO MORENO, F. y GARCÍA RUIZ, C.R. (Coord.) *Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*, ed. Iustel, Valencia, 2015.

LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres humanos”, en BOIX REIG, J. (Dir.) y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, ed. Iustel, Madrid, 2016.

LLORIA GARCÍA, P., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos relacionados con el mercado de valores”, en *Actualidad Revista Iberoamericana*, Nº 7, 2017.

LLORIA GARCÍA, P., “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 39, 2019.

LÓPEZ PRECIOSO, M., “Debate feminista: Teorías, prácticas y realidades” en SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. “Código Penal de 1932” en *Códigos Penales Españoles: recopilación y concordancias*, ed. Akal, Madrid, 1987.

LÓPEZ VARGA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L (Coord.), *Código Penal Comentado*, ed. Akal, Madrid, 1990.

LOZANO, M., *El proxeneta*, ed. Alrevés, Barcelona, 2017.

LUACES GUTIÉRREZ, A., “Los derechos en la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la participación en la ejecución penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, Nº 15, enero 2016.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAQUEDA ABREU, M.L., “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@as”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, ORTS BERENGUER, E. y CUESTA ARNAU, M.L. (Coord.), Volumen 2, 2009.

MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud no son lo mismo ¿pero qué son?”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M. y VVAA, *Estudios jurídicos*

penales y criminológicos en homenaje a Prof. Dr. Dr. H.C.Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Volumen II, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

MAQUEDA ABREU, M.L., *El tráfico sexual de personas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTIN DE BALSAMEA, F., *Decretos del Rey D. Fernando VII*, tomo IV, Madrid, 1818.

MARTÍN SÁNCHEZ, M., “Violencia de género: violencia “unidireccional” hacia las mujeres”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.) y VVAA, *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTÍN ARCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el código penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Valencia, 2017.

MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata, tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, en *Estudios penales y criminológicos* Nº 31, 2011.

MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de tráfico de órganos. Una primera derecho penal simbólico al artículo 156 bis del Código Penal: ¿Un futuro ejemplo o más del derecho penal simbólico?” en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 11, 2014.

MENESES FALCÓN, C., “Sueños rotos: la trata de mujeres y niños con fines de explotación sexual”, en BLANCO MARTIN, A., CHUECA SÁNCHEZ, A.M, LÓPEZ RUIZ, J.A (Coord.) y VVAA, *Informe España 2017*, Universidad Pontificia Madrid, Madrid, 2017.

MESTRE I MESTRE, R., “Prostitución: explotación sexual y trabajo sexual” en SERRA CRISTOBAL, R. (Coord.) y VVAA, *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MILANO V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: Estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, en *Revista Electrónica de estudios internacionales*, N° 32, 2016.

MIRA BENAVENT, J., “La legislación penal de prensa e imprenta surgida en los Cortes de Cádiz y de la Constitución de 1812”, en *Revista Española de la Función Consultiva* N° 19, enero-junio 2013.

MORALES PRATS, F/GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. (Dir.) y VVAA, *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2017.

MOYA GUILLEM, C., “Consideraciones sobre el tráfico de órganos humanos” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 18, 2014.

MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales” en *Política criminal: Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en materias penales*, Volumen 11, Nº 22, art. 6, diciembre de 2016.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal) en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.) y VVAA, *La reforma penal de 1989*, ed. Tecnos, Madrid, 1989.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la integridad moral” en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, 18ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NAVARRO GONZÁLEZ, A., “La política europea de seguridad y defensa después de Niza” en *Política de Seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI*, Palomares Lerma, G. y Solana Madariaga (Coord.), 2002.

OHELING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, ed. Dykinson, Madrid, 2010.

ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución y corrupción de menores” en ORTS BERENGUER, E. y VVAA, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTS BERENGUER, E., “Determinación de la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 CP)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.) y MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.) *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Relevancia (tipicidad): las fases de realización del hecho típico (*iter criminis*)”, en ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Valencia, 2015.

OSORIO Y GALLARDO, A., *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 154, ed. Reus, Madrid, 1929,

PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, 4ª edición, Tomo III, Madrid, 1870.

PÉREZ ALONSO, E., “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 2, 1999.

PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Bartolomé de las Casas*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

PÉREZ CEPEDA, A.I., “Los bienes jurídicos protegidos en el art. 318 bis. Especial referencia al tráfico con el fin de la explotación sexual (art. 318 bis.2” en “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006.

PÉREZ CEPEDA, A.I., “De la trata de seres humanos” en GÓMEZ RIVERO, M^a. (Coord.) y VVAA, *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, ed. Tecnos, Madrid, 2010.

PÉREZ CEPEDA, A.I., “Fenómeno de la trata y regulación penal internacional de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, en *Jornadas sobre la Trata de Seres con fines de explotación sexual. Escuela Nacional de Policía*. Ávila, abril 2014.

PÉREZ FERRER, F., “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M. y VVAA (Dir.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, ed. Dykinson, Madrid, 2018.

PÉREZ GRANDE, M^a D., “Prácticas de socialización y educación para la prevención de la violencia de género”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M., LEÓN ALONSO, M. (Dir.) y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (Coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, ed. Comares, Granada, 2013.

PÉREZ MACHÍO, A.I., *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código penal. Aproximación a los conceptos que lo define*, dirigida por el Dr. D. Norberto Javier de la Mata Barranco. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco, 2003.

PÉREZ MACHÍO, A.I., “La trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular como consecuencia de

las dinámicas actuariales” en *Justicia en tiempos de crisis: publicación resultante de las Jornadas en Tiempos de Crisis primer Encuentro Poder Judicial-Universidad, celebrado en Bilbao los días 14 y 15 de septiembre de 2015*, por Ixusko Ordeñana Gezugara, Maite Uriarte Ricote (Coord.), 2016.

POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 13, 2011.

PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos su reflejo en el Código penal español”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, Nº 26, 2011.

PULGARÍN ARIAS, G.E., “Migración internacional: implicaciones psicosociales y análisis de género en la estructura familiar en el área metropolitana centro occidente”, disponible en *Grabios Disciplinarios de la UCPR*, Nº 18, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, ed. Atelier, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. y VVAA, *Curso de derecho penal parte general*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

QUINTERO OLIVARES, G., “Evolución y estado actual de la legislación penal en España” en QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G. “Estudios preliminar: Cambiar las leyes y cambiar el derecho penal. Sobre la última reforma del Código penal”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y VVAA, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., “El iter criminis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal de España*, ed. Iustel, Madrid, 2016.

RIDAURA MARTÍNEZ, M^aJ., “El sentido actual de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. y VVAA, *Estudio Integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RODRIGUEZ DEVESEA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 12ª ed. Dykinson, Madrid, 1989.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 15ª ed. Dykinson, Madrid, 1992.

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas” en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.) y VVAA, *Memento experto Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, ed. Francis Lefevre, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, ed. Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Ley de extranjería y derecho penal” en *La Ley*, Nº 5261 de 6 de marzo de 2001.

ROSAS C., “Discusiones, voces y silencios en torno a las migraciones de mujeres y varones latinoamericanos. Notas para una agenda analítica y política”, disponible en *Anuario americanista europeo*, Nº 11, 2013.

RUIZ ANTON, F., en VVAA, *Código penal comentado*, ed. Akal, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Las siete partidas*, ed. Reus, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos” en *Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 52, 2016.

SANTANA VEGA, D.M., “El nuevo delito de Trata de Seres Humanos (LO 5/2010, 22-6)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 104, II, Época II, octubre 2011.

SANZ HERMIDA, A., “Víctimas de violencia de género: El reconocimiento y protección de sus derechos, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. / IGLESIAS CANLE, I. (Coord.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SERRA CRISTOBAL, R., “Introducción: La trata de seres humanos” en SERRA CRISTOBAL, R. / LLORIA GARCIA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

SERRA CRISTOBAL, R., “La identificación de un caso de trata de seres humanos: ¿Cuándo se está ante un supuesto de trata para la explotación sexual? en SERRA CRISTOBAL, R. / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

SERRA CRISTÓBAL, R., “Los derechos de las víctimas de la trata para la explotación sexual y su protección”, en SERRA CRISTÓBAL, R. / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

SERRA CRISTÓBAL, R., “La trata de mujeres como una de las formas más atroces de violencia contra la mujer”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. y VVAA, *Estudio integral de la violencia de género*:

un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SILVA, E.A., MANZANERO, A.L., BENGOA, G. y CONTRERAS, M.J., “Indicadores de trata de personas en mujeres que ejercen la prostitución en locales de alterne de la Comunidad de Madrid (España)”, en *Acción Psicológica*, Vol. 15, Nº 1, junio 2018.

SOLANA RUIZ, J.L., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico” en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, por F.J. GARCÍA CASTAÑO, NINA KRESSOVA (Coord.), 2011.

STORINI, C., “Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI”, disponible en *Foro Revista de Derecho*, Nº 5, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos” en ALVÁREZ GARCÍA, F.J. / GONZÁLEZ CUSAAC, J.L (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.) y VVAA, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo III, Derecho penal parte especial*, Volumen I, ed. Iustel, Madrid, 2016.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, ed. Tecnos, Madrid, 1992.

TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación” en *Estudios Penales y Criminológicos* N° 35, 2015.

ULPIANO MARÍNEZ, S., “Delito de trata de personas. Algunas cuestiones relevantes. La finalidad de explotación sexual”, disponible en *Dº Penal y Criminología*, año II, N° 3, Abril, 2012.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La mujer y el Derecho Penal”, en *Asparkía* N° 9, 1998.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios penales y criminológicos* N° 22, 1999-2000.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP”, en *Estudios penales y criminológicos* N° 26, 2006.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por la LO 5/2010, de 22 de junio*, ed. La Ley, Madrid, 2010.

VELASCO PORTERO, Mª.T., “Los derechos en materia de extranjería de las mujeres y menores víctimas de la trata para la explotación sexual”, en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 31, 2012.

VIADA Y RAURET, S., *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, tomo V, ed. Reus, Madrid, 1927.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La violencia de género: aproximación fenomenológica conceptual y a los modelos de abordaje”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.) y VVAA, *Violencia de género y sistema judicial penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad A Coruña* Nº 14, 2010.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata de seres humanos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata de seres humanos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Políticas criminalizadoras de la prostitución en España. Efectos sobre las trabajadoras sexuales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 15-06, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De la trata de seres humanos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VVAA, *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

VIVES ANTÓN, T.S., “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A. / GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

**DOCUMENTOS
ELECTRÓNICOS**

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Fuero juzgo-codificación del Libro III, realizado por Carlos Suárez, R., disponible en <http://www.textoslegalesantiguos.blogspot/2006/12/fuero-juzgo.html>, fecha última consulta 9 de enero de 2019.

Las Siete Partidas (selección), Alfonso X El Sabio, disponible en www.linkgua.com, fecha última consulta 9 de enero de 2019.

Discusión del proyecto de Decreto sobre el Tribunal de la Inquisición, disponible en <https://archive.org/discusionpro00goo>, fecha última consulta el 9 de enero de 2019.

Junta provincial de Patronato de protección a la mujer de Burgos, disponible en <http://www.censoarchivos.mcv.es/censoguía/fondodetai/hm?id=1421493>, fecha última consulta el 15 de enero de 2019.

La prohibición de la infancia en Bizkaia a través de la revista Pro Infantia, realizado por Hilario Murua Cartón y Paulí Dávila Balsera, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2963185.pdf>, fecha última consulta 15 de enero de 2019.

Control y exclusión social: La Ley de Vagos y Maleantes en el primer Franquismo, disponible en

<http://www.ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/28/93/08heredia.pdf>,
fecha última consulta el 22 de enero de 2019.

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, disponible en
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1970..., fecha última consulta 6 de febrero de 2019.

Delitos relativos a la prostitución y su relación con la Trata de Seres Humanos, realizado por Fernández Olalla, P., disponible en
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp.../P%20Fernandez%20Olalla.pdf?idFile..., fecha última consulta 10 de febrero de 2019.

La reforma del CP: LO 5/2010, realizado por Gemma Gallego Sánchez fecha 21/01/2011, disponible en
http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Código-Penal_11_2160055001.html, fecha última consulta el 28 de febrero de 2019.

Trata de seres humanos. Artículo 177 bis del Código penal, realizado por el Observatorio de la Justicia y de los Abogados del área de procesal penal del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, disponible en
web.icam.es/bucket/INFORME%20TRATA%20DE%20SERES%20HUMANOS.pdf fecha última consulta 1 de marzo de 2019.

Derecho de la Unión Europea, realizado por Sarrión Esteve, disponible en https://www.tirant.com.tema_25_Todo, fecha última consulta 2 de marzo de 2019.

Oficina europea de policía (Europol), disponible en <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/europol-es>, fecha última consulta el 2 de marzo de 2019.

La cooperación policial, disponible en <http://europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/156/la-cooperacion-policial>, fecha última consulta el 2 de marzo de 2019.

Acervo de Shengen-Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Diario Oficial nº L 239 de 22/09/2000 p. 0019-0062), disponible en <https://eur-lex.europa.eu-TXT-HTML>, fecha última consulta 3 marzo de 2019.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, disponible en https://www.seaus.net/images/stories/pdf/Carta_de_Derechos_Fundamentales-UE.pdf, fecha última consulta 3 de marzo de 2019.

La lucha contra la trata de seres humanos, disponible en <http://www.europa.eu/legislationsummaries/justicefreedomsecurity//fightagainsttrafficking>, fecha última consulta el 3 de marzo de 2019.

Programa de estímulo e intercambios en el ámbito de la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños (STOP), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal->

contant/ES/TXT/uir=LEGISSUM:c10904, fecha última consulta 3 de marzo de 2019.

Lucha contra la violencia ejercida contra los niños, los adolescentes y las mujeres: programa Daphne, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/uir=LEGISSUM:c10904>, fecha última consulta 3 de marzo de 2019.

Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF>, fecha última consulta 5 de marzo de 2019.

Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativas a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas en el marco de la decisión 2002/629/JAI, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/TXT/uri=CE...>, fecha última consulta 5 de marzo de 2019.

Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018, realizada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, disponible en <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuación/planContraEplotacionSexual/.../P>, fecha última consulta 6 de marzo de 2019.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, fecha última consulta el 7 de marzo de 2019.

Resolución A/RES/68/192: Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas, disponible en <https://www.bienestarproteccioninfantil.es/fuentes.1.asp?sec=20&subs=2118cod=1904&page=>, fecha última consulta 8 de marzo de 2019.

Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos, disponible en <https://www.msccbs.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/home.htm>, fecha última consulta 9 de marzo de 2019.

Trata de seres humanos disponible en <https://www.dej.rae.es>, fecha última consulta 10 de marzo de 2019.

Circular 5/2011: Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp:sgntj_nfis/descarga/memoria2012-vol1_circu_05-pdf?idfile=f899..., fecha última consulta el 10 de marzo de 2019.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016) con arreglo al artículo 20 de la Directivas 2011/36/UE relativo a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, realizada por la Comisión Europea, disponible en <http://www.Trade.es.europa.eu/doclib/html/154644.htm>, fecha última consulta el 10 de marzo de 2019.

Feminicidio (asesinatos a mujeres: definición, tipos y causas, disponible en <https://psicologiyamente.com/forense/feminicidio>, fecha última consulta 11 de marzo de 2019.

Los tipos de feminicidio, disponible en <http://artecontraviolenciadegenero.org?p=1614>, fecha última consulta 11 de marzo de 2019.

Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres, disponible en <http://feminicidio.net/articulo/listado-feminicidios-y-otros-asesinatos-mujeres-cometidos-hombres-esp%C3%B...>, fecha última consulta 11 de marzo de 2019.

Convenio de Varsovia, disponible en <http://www.msssi.gob.es/ssi/...internacional/.../Convenio Consejo EuropatRATA.PDF>, fecha última consulta 12 de marzo de 2019.

La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección a las víctimas ¿Cambio de ruta de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?, realizado por VILLACAMPA ESITARTE, C., disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc/13-14.pdf>, fecha última consulta el 12 de marzo de 2019.

El deber de actuar con la debida diligencia en caso de violencia contra las mujeres, disponible en <http://www.comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/0e8648ebf4db275de94d9815901090be.pdf>, fecha última consulta el 13 de marzo de 2019.

Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, disponible en <https://www.idhc.org/img/butlletins/files/CEDAW2017>, fecha última consulta el 13 de marzo de 2019.

Informe del Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016>, fecha última consulta el 13 de marzo de 2019.

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, disponible en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&sub=16&cod=35&page=>, fecha última consulta 14 de marzo de 2019.

Memoria fiscal 2010 Fiscal de Sala coordinador de extranjería, disponible en <https://es.slideshare.net/integraLocal/memoria-fiscal-2010-fiscal-de-sala-coordinador-de-extranjera>, fecha última consulta 21 de marzo de 2019.

Trata de seres humanos: art. 177 bis del Código Penal, Observatorio de la justicia y de los abogados área procesal, Ilustre colegio de abogados de Madrid, disponible en [web.icam.es/bucket/INFORME TRAT...](http://web.icam.es/bucket/INFORME%20TRAT...), fecha última consulta el 21 de marzo de 2019.

¿Qué diferencia hay entre las estrategias push y pull en marketing?, disponible en

<https://www.merca20.com/Mercadotecnia/Glosariodemercadotecnia>, fecha última consulta el 22 de marzo de 2019.

La globalización, disponible en <http://dej.rae.es/>, fecha última consulta el 23 de marzo de 2019.

Concepto de globalización, disponible en <http://www.finanzas.com/concepto-de-globalizacion>, fecha última consulta el 23 de marzo de 2019.

La globalización: análisis del fenómeno y de sus incidencias para la acción humanitaria, disponible en

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/66kjpl.htm>, fecha última 23 de marzo de 2019.

La globalización como factor propiciador de la criminalidad organizada, realizado por Della Pena, C., disponible en

<http://esd.anepe.c/wp-content/uploads/2015/04/ESD04ART02.pdf>, fecha última consulta el 24 de marzo de 2019.

Talleres de explotación laboral, disponible en

<http://es.slideshare.net/SantiagoHernandez137/talleres-de-explotación-laboral>, fecha última consulta el 26 de marzo de 2019.

Bien jurídico, disponible en <http://dej.rae.es/>, fecha última consulta el 30 de marzo de 2019.

Bien jurídico protegido, disponible en <http://dej.rae.es>, fecha última consulta el 30 de marzo de 2019.

La libertad, disponible en <https://dej.rae.es> fecha última consulta el 2 de abril de 2019.

Libertad, disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz.14.com/d/libertad/libertad.htm>, fecha última consulta el 2 de abril de 2019.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento ratificado de España de 13 de abril de 1977, disponible en noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/pdcp.html, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/c 364/01), disponible en noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdfue.html, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

La organización de la unidad africana (25 de mayo de 1963, Adis Ababa Etiopía), disponible en elmundodelar.blogspot.com/2015/07/la-organización-de-la-unidad, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

Fuero de los españoles (17 de julio de 1945), disponible en documentoshistoria.blogspot.com/2012/fuero-de-los-españoles-17, fecha última consulta el 3 de abril de 2019.

Violencia, disponible en <http://dej.rae.es/=/entry-id/E246350>, fecha última consulta el 7 de abril de 2019.

Vis física compulsiva, disponible en <https://dej.rae.es/lema/vis-fisica-compulsiva>, fecha última consulta en 7 de abril de 2019.

Intimidación, disponible en <https://dej.rae.es/=/entry-id/E145520>, fecha última consulta 7 de abril de 2019.

Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>, fecha última consulta el 7 de abril de 2019.

Explotar, disponible en <http://del.rae.es/srv/fetch?id=HKDxVB1IHKE4K7Q>, fecha última consulta el 7 de abril de 2019.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>, fecha última consulta el 14 de abril de 2019.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, disponible en www.un.org/womenwatch/cedaw/text/convention.htm, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

Las esposas de los dioses: la práctica trokosi por la que mantienen como esclavas a niñas por los pecados de sus familiares, disponible

en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44129813>, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

Matrimonio forzoso, disponible en <http://www.acnur.es/a-quien-ayudamos/mujeres/principales-preocupaciones-de-las-mu...>, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso Diputados, disponible en www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_059-09.PDF, fecha última consulta 16 de abril de 2019.

Estudio de investigación en materia de trata que se presenta a la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%EMIGRACIÓN%20FRAUDULEN>, fecha última consulta el 16 de abril de 2019.

La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales, disponible en <https://elderecho.com/la-tipificación-penal-de-la-organizacion-y-el-grupo-criminal-pr.>, fecha última consulta 20 de abril de 2019.

Delincuencia organizada, Delincuencia organizada, disponible en crimina.es/crimipedia/topics/delincuencia-organizada, fecha última consulta 20 de abril de 2019.

Utilización de los agentes encubiertos en el proceso penal. Derecho penal, disponible en

<https://www.infoderechopenal.es/2013/03/utilizacion...>, fecha última consulta el 20 de abril de 2019.

Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, disponible en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SNGNTJ_NFIS/.../circular%20202-11.pdf?..., fecha última consulta el 22 de abril de 2019.

Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, disponible en

http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012-vol1-circu-01.pdf?idFil..., fecha última consulta el 27 de abril de 2019.

Prostitución, disponible en <https://www.dej.rae.es>, fecha última consulta el 2 de Mayo de 2019.

La profesión más antigua del mundo. Diario La Libertad, realizado por Roberto Esper Rebaje en la-libertad.com.co/wp/2017/01/la-profesion-mas-antigua-del-mundo, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

Ley sueca disminuyó prostitución y trata de mujeres y niñas, disponible en <https://www.cimacnoticias.com.mx/node/57111>, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

El abordaje sueco de la prostitución: la paz de las mujeres,

disponible en

<https://traductorasparaaboliciondelaprostitucion.weebly.com/blog/el-abordaje-sueco-de-la-prostitucion-l...>, fecha última consulta 2 de Mayo de 2019.

El tráfico de personas con ánimo de explotación sexual, realizado por Stern Briones, E., disponible en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia..., fecha última consulta 6 de Mayo de 2019.

Ordenanza para Lucha contra la Prostitución y la Trata con Fines de Explotación Sexual, Ordenanzas Municipales del Municipio de

Sevilla-Ayuntamiento, disponible en

<https://www.sevilla.org/ayuntamiento/.../ordenanzas-del-municipio-de-sevilla>, fecha última consulta el 7 de Mayo de 2019.

Apoyando a las víctimas de trata. Las necesidades de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual desde la perspectiva de las entidades especializadas y profesionales involucradas. Propuesta para la sensibilización contra la trata

(Delegación del Gobierno para la Violencia de Género) 2015,

disponible en

ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/index/assoc/msan0182.../msan0182.pdf, fecha última consulta el 7 de Mayo de 2019.

Trata de seres humanos, disponible en <https://www.dej.rae.es>, fecha última consulta el 7 de Mayo de 2019.

Conferencias mundiales sobre la mujer/ONU Mujeres-Sede en <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-conferences-on-women>, fecha última consulta el 8 de Mayo de 2019.

Programas y actividades del Sistema de las Naciones Unidas por tema, disponible en <https://www.un.org-events-plan-action>, fecha última consulta el 8 de Mayo de 2019.

Informe de la Ponencia sobre la Prostitución en nuestro país (154/9), realizado por Lourdes Muñoz, disponible en http://www.lourdesmuñozsantamaria.cat/IMG/pdf/INFORME_PONENCIA_PROSTITUCION.pdf, fecha última consulta el 9 de Mayo de 2019.

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE_A_2009_14405, fecha última consulta el 10 de Mayo de 2019.

Guía de recursos contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, disponible en <https://www.mssi.gob.es/ssi/violenciaGénero/trataMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>, fecha última consulta el 10 de Mayo de 2019.

El Convenio del Consejo de Europa, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-1440.pdf>, fecha última consulta el 10 de Mayo de 2019.

Informe de evaluación del “Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos” (GRETA), disponible en <https://es.slideshare.net/.../informe-evaluacion-consejo-de-europa-greta-sobre-espana> de 19 de octubre de 2015, fecha última consulta el 11 de Mayo de 2019.

Acción contra la trata de seres humanos por España. Segunda ronda de evaluación, disponible en <https://www.proyectoesepranza.org/ii-informe-de-greta-sobre-la-lucha-contralatrata-e...>, fecha última consulta el 11 de Mayo de 2019.

Instrucción 6/16, de la Secretaria de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la Trata de Seres Humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas, disponible en www.adoratrius.cat/.../I-SES-6-2016.sobre-actuaciones-FCS-en-lucha-contra-TSH.pdf, fecha última consulta el 15 de Mayo de 2019.

Dictamen 5/14 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente el territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización, disponible en <https://www.fiscal.es/.../DICTAMEN%205-2014%20sobre%20protección%20de%20...>, fecha última consulta el 18 de Mayo de 2019.

Actuaciones para la detección y atención a las víctimas de Trata de Seres Humanos (TSH) menores de edad, disponible en

www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/.../Anexo_Protocolo_Marco_Menores_V..., fecha última consulta 18 de Mayo de 2019.

Actuación sanitaria frente a la trata con fines de explotación sexual, disponible en www.violenciageneroigualdad.mpr.gob.es/.../DGVG-ANEXO_TRATA_PROTOCOL, fecha última consulta 18 de Mayo de 2019.

¿Qué es el Convenio de Dublín?, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/AUTO?uri=CELEX:32013R0604>, fecha última consulta el 18 de Mayo de 2019.

Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie D:General, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CCONG/BOCG/BOCG-12-D199.PDF, fecha última consulta el 20 de Mayo de 2019.

Instrucción 4/2019 de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema Viogén), disponible en <http://fiusi.es/instrucción-numero-4-2019-de-la-ses-sistema-viogen>, fecha última consulta el 19 de Mayo de 2019.

Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, disponible en

<http://bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp.?sec=20&subs=173&cod=2043&page=>, fecha última consulta el 24 de Mayo de 2019.

Anteproyecto del estatuto de la víctima-Fiscal.es, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFTS/descarga/Marta%20Valcarce.pdf?iddil e=e68e5358-0e2..., fecha última consulta el 30 de Mayo de 2019.

Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, disponible en www.migrarconderechos.es/bibliografia/Guía_actuación_judicial_trata_seres_humanos, fecha última consulta el 30 de Mayo de 2019.

Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima...-Fiscal.es, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Coscolla%20Feixa%20M.%20..., fecha última consulta el 30 de Mayo de 2019.

Pacte Valencià contra la violencia de gènere i masclista, disponible en https://www.sumatalpecte.com/wp-content/uploads/2017/09/Pacte-Valencia_cast-1.pdf, Valencia, septiembre de 2017, fecha última consulta el 4 de Junio de 2019.

NOTA: La comprobación del buen funcionamiento de las direcciones URL, o enlaces web que se recogen en el presente apartado así como en el resto de esta tesis doctoral se ha realizado por última vez en la fecha que se indica expresamente en cada caso. Puede ocurrir que al realizar la consulta, por el transcurso del tiempo, alguna o algunas de las direcciones URL tengan enlace roto por inestabilidad del vínculo y se dirijan incorrectamente.

