

**LA REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL
DE LA TRATA DE PERSONAS
ESPECIAL REFERENCIA A EL SALVADOR Y ESPAÑA**

Hazel Jasmin Bolaños Vásquez



Colección Investigaciones
Universidad Tecnológica de El Salvador

LA REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS ESPECIAL REFERENCIA A EL SALVADOR Y ESPAÑA

Investigadora

Hazel Jasmin Bolaños Vásquez

La presente publicación fue subvencionada por la Universidad Tecnológica de El Salvador. Las solicitudes de información y otros documentos relativos al presente estudio pueden hacerse a la dirección postal: calle Arce, 1020, Universidad Tecnológica de El Salvador, Vicerrectoría de Investigación, calle Arce y 17ª. Avenida Norte, Edificio José Martí, 2º. nivel, o al correo: hazel.bolanos@utec.edu.sv.

San Salvador, 2013

Derechos Reservados

© Copyright

Universidad Tecnológica de El Salvador

San Salvador, El Salvador, Centroamérica

345.025

B687r Bolaños Vásquez, Hazel Jasmin

sv La regulación jurídico-penal de la trata de personas: especial referencia a El Salvador y España / Hazel Jasmin Bolaños Vásquez. -- 1ª. ed. -- San Salvador, El Salv. : Universidad Tecnológica de El Salvador, 2013.

398 p. : 23 cm. -- (Colección investigaciones)

ISBN 978-99961-48-10-1

I. Delitos contra la persona-Aspectos jurídicos. I. Título.

BINA/jmh

AUTORIDADES UTEC

Dr. José Mauricio Loucel
Presidente Junta General Universitaria

Lic. Carlos Reynaldo López Nuila
Vicepresidente Junta General Universitaria

Sr. José Mauricio Loucel Funes
Presidente UTEC

Ing. Nelson Zárate
Rector UTEC

**La regulación jurídico-penal de la trata de personas
especial referencia a El Salvador y España**
Hazel Jasmin Bolaños Vásquez

Vicerrectoría de Investigación

Licda. Noris Isabel López Guevara
Vicerrectora

Licda. Blanca Ruth Orantes
Directora de Investigaciones

Héctor David Larios Ayala
Evelyn Reyes de Osorio
Diseño y Diagramación

PRIMERA EDICIÓN

100 ejemplares
Septiembre, 2013

Impreso en El Salvador
Por Tecnoimpresos, S.A. de C.V.
19 Av. Norte, No. 125, San Salvador, El Salvador
Tel.:(503) 2275-8861 • gcomercial@utec.edu.sv

1.2.2.2. Declaración de los Derechos del Niño.....	80
1.2.2.3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer	81
1.2.3. Instrumentos específicos vinculantes	82
1.2.3.1. Protocolos de modificación de los Convenios de la Sociedad de Naciones respecto a la trata de personas	82
1.2.3.2. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena	83
1.2.3.3. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.....	92
1.2.3.4. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios.....	96
1.2.3.5. 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.....	98
1.2.3.6. Convención contra el Crimen Transnacional Organizado y su Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.....	101
1.2.3.7. Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.....	117
1.3. Instrumentos Emanados de la Organización Internacional del Trabajo.....	126
1.3.1. Convenio 29 sobre el trabajo forzoso	127
1.3.2. Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes	127

1.3.3. Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso	129
1.3.4. Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes	130
1.3.5. Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.....	131
II. Regulación Jurídico Penal de la Trata de Personas	133
2.1. Modelos de Tipo Penal y Bien Jurídico Protegido.....	133
2.1.1. Modelos de tipo penal	133
2.1.2. Bien Jurídico protegido	144
2.1.2.1. Dignidad humana.....	145
2.1.2.2. Integridad moral	167
2.1.2.3. Libertad.....	177
2.1.2.4. Pluriofensivo.....	188
2.1.2.5. Bien jurídico colectivo	190
2.2. El tipo de lo injusto del delito de trata de personas.....	196
2.2.1. <i>Nomen iuris</i> y conducta típica.....	196
2.2.2. Verbos Rectores.....	198
2.2.3. Diferencia entre trata y tráfico de personas.....	207
2.2.4. Diferencia entre trata y esclavitud.....	214
2.2.5. Tipo de simple actividad	215
2.2.6. Tipo de medios determinados.....	218
2.2.7. Circunstancias de tiempo y lugar	238
2.2.8. Delito de lesión	240
2.2.9. Sujeto activo.....	243
2.2.10. Sujeto pasivo	258
2.2.11. Tipo subjetivo.....	260
2.3. El Consentimiento.....	271
2.4. Circunstancias agravantes y atenuantes	284
2.5. <i>Iter criminis</i>	291
2.6. Tentativa	295

2.7. Autoría y participación.....	297
2.8. Pluralidad de delitos.....	307
2.8.1. Delito continuado.....	308
2.8.2. Concurso de leyes.....	308
2.8.3. Concurso ideal de delitos.....	309
2.8.4. Concurso medial de delitos.....	310
2.8.5. Concurso real de delitos.....	316
2.8.6. Concurso de concursos.....	320
2.9. Consecuencias jurídicas.....	323
Conclusiones y propuesta de <i>Lege Ferenda</i>	331
Propuesta de <i>Lege Ferenda</i> al tipo penal español	350
Propuesta de <i>Lege Ferenda</i> al tipo penal salvadoreño	352
Bibliografía	354

PRÓLOGO

El libro que tienen en sus manos representa la culminación de un trabajo de investigación de indudable valía y de gran interés para las ciencias jurídico-penales. Su autora, mi querida discípula, Hazel Jasmin Bolaños Vásquez, durante los años transcurridos en el periodo de su formación doctoral en la Universidad de Zaragoza (España), además de exhibir unas cualidades personales y humanas excepcionales, demostró en el plano académico una dedicación absoluta y un rigor científico exquisito en el desarrollo de su tesis doctoral que ahora se publica. Por ello, el hecho de que me haya correspondido prologar este libro como director de su trabajo de doctorado constituye para mí un altísimo honor y un motivo de enorme satisfacción.

El objeto de la investigación de la Dra. Bolaños fue la trata de seres humanos, un problema de las sociedades actuales gravísimo, porque constituye el equivalente moderno de la supuestamente abolida esclavitud. Es decir, la lacra de la esclavitud de personas sigue presente hoy en día en nuestras sociedades favorecida por la trata de personas, dado que dicha conducta conduce a la cosificación y mercantilización de los seres humanos. Y, desgraciadamente, el referido problema afecta a todas las sociedades, dado que el fenómeno de la trata de seres humanos frecuentemente es transnacional y ha venido favorecido en los últimos tiempos por las nuevas tecnologías y por la globalización. Siendo un problema social muy relevante, ya que conculca los más elementales derechos humanos, la trata de seres humanos es a su vez un problema jurídico-penal, porque ha sido un delito tradicionalmente no bien delimitado, e incluso ignorado o postergado por las legislaciones penales nacionales, que unas ocasiones lo han confundido con el tráfico ilegal de inmigrantes y en otras lo han diluido entre los singulares delitos asociados a la trata, como pueden ser las coacciones, las amenazas, los abusos sexuales, etc.

La gravedad del problema de la trata se ha reflejado en los números instrumentos internacionales que se han elaborado en los últimos años en todos los foros y ámbitos de creación del Derecho con el fin de promover su más eficaz persecución, su correcta tipificación y la máxima armonización posible entre las legislaciones nacionales. A este respecto el trabajo se ha realizado

desde la perspectiva europea (sobre todo española) y latinoamericana (sobre todo salvadoreña), lo que eleva el grado de dificultad del estudio abordado, teniendo en cuenta la más amplia perspectiva de análisis, prácticamente globalizador de todas las legislaciones más importantes del mundo. A ello se suma que la trata, como delito, se presenta como una estructura compleja con numerosas relaciones concursales verdaderamente intrincadas.

Por lo tanto, dedicar un trabajo de investigación serio y riguroso como este al estudio de la configuración jurídico-penal de esta figura delictiva, que constituye un delito autónomo e independiente, no puede calificarse sino como un evidente acierto en la elección del tema e incluso como una necesidad para la dogmática del Derecho Penal en aras a profundizar en las señas de identidad y en los rasgos propios de este delito, al objeto de que sea configurado e interpretado de manera adecuada para castigar y prevenir este tipo de delincuencia. A tal efecto en la presente investigación se realizan unas valiosas propuestas de lege ferenda que tanto el legislador salvadoreño como el español deberían tomar en consideración para mejorar la protección jurídico-penal de los derechos humanos, principal pretensión de la autora, a la que cordialmente felicito por esta aportación y a quien auguro un brillante futuro académico y profesional.

Fdo. Miguel Ángel Boldova Pasamar
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza (España)

AGRADECIMIENTOS

Quiero manifestar mi más profundo agradecimiento a todas las personas que me han apoyado en la publicación de este libro, fruto del trabajo de investigación realizado para la defensa de mi tesis doctoral en la Universidad de Zaragoza, España. En primer lugar, quiero agradecer a la Universidad Tecnológica de El Salvador y en especial a la Vicerrectora de Investigaciones, licenciada Noris López y a la Directora de Investigaciones, licenciada Blanca Orantes, por su confianza y apoyo para publicar este libro.

A mi tutor doctor Miguel Ángel Boldova Pasamar por todo su esfuerzo, motivación, orientaciones y por la confianza depositada en mi persona. Su profesionalidad y rigor académico me han servido de inspiración durante mi formación como investigadora. Le agradezco además que a través de su dirección me haya marcado mi futuro profesional, al igual que con sus acertados consejos y directrices haya influido no solo en mi vida profesional sino también en mi vida personal. De igual, forma agradezco su ecuanimidad y las palabras de ánimo que me brindó durante el transcurso de mi investigación.

A los profesores del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, por todos los consejos y apoyos recibidos y en especial por su calidez. De manera particular agradezco a la doctora Estrella Escuchuri Aisa por sus consejos en la redacción de esta tesis.

A los miembros de mi tribunal de tesis doctor José Luis Diez Ripollés, doctor Asier Urruela Mora, doctora María Luisa Maqueda Abreu, doctor Ángel Gregorio Chueca Sancho(†) y doctora Ana Isabel Pérez Cepeda; gracias por las acertadas observaciones realizadas a mi tesis doctoral.

A la Agencia FANTEL-Fulbright por la beca que me concedieron para realizar mis estudios de doctorado en la Universidad de Zaragoza.

A todas mis nuevas amistades, que me apoyaron, acogieron y cuidaron durante mi estancia en Zaragoza, con especial agradecimiento a Teresa, Margarita, Luci, Maricarmen, José Luis, Juanita, Julia, Rosa Cinta, Concha, Pepe, Pilar.

A los colectivos que he conocido gracias a mi estancia en Zaragoza – CODEF, Comité Oscar Romero de Zaragoza, Mujeres y Teología y Parroquia

Nuestra Señora de Begoña–, por haberme mostrado el lado cálido y acogedor de esa ciudad, y haber hecho de mi estancia una experiencia placentera que ha marcado mi vida.

A mis compañeros de estudios Eduardo, Fernando, Itxi y Alejandra; por haber compartido juntos la aventura de realizar estudios de doctorado, gracias por el apoyo y ánimos brindados.

Finalmente, aunque no menos importante, quiero agradecer a mi padre Ricardo, mi madre Aminta, mi hermana Taty, mi hermano Ricardo y a toda mi familia por su incondicional apoyo; a Oscar por su paciencia y su saber estar, y a mi nueva familia zaragozana Santiago, Pilar, Rebeca, Javier, Claudia, Jorge, Pablo por haberme abierto las puertas de su casa y dejarme disfrutar de un hogar acogedor.

En San Salvador, a 04 de septiembre de 2013.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art. / s.	artículo / s
Cfr.	confrontar
Cn.	Constitución
Coord. / s.	Coordinador / es
CP	Código Penal
Dir. / s.	Director / es
ed.	editor
infra	abajo
LO 11/2003	Ley Orgánica 11/2013, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros
LO 1/2009	Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
núm.	Número
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
pág. / s.	páginas / páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
supra	arriba
vol.	volumen
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultural
§	Parágrafo / artículo

INTRODUCCIÓN

La trata de personas es un fenómeno muy antiguo que ha acompañado a la humanidad desde tiempos remotos, sin embargo, su visualización y consideración como violación a los derechos humanos y como delito penal ha tomado mayor relevancia en las últimas décadas debido a las nuevas tecnologías y al fenómeno de la globalización. No obstante, a pesar de este reconocimiento en el ámbito internacional, la trata de personas no ha podido ser erradicada dada la dificultad de luchar con los fenómenos sociales y económicos que la propician —tales como la globalización y el capitalismo— que han marcado diferencias entre los países ricos y pobres y han generado la migración por motivos económicos, con el objeto de conseguir mayores ingresos o un mejor nivel de vida¹.

A esta penosa situación se ha sumado la formación de redes de criminalidad a nivel internacional que aprovechándose de la situación vulnerable de las personas que viven en los países pobres o subdesarrollados, se dedican a engañar o forzar a personas necesitadas para ser explotadas en diferentes partes del mundo. Este “negocio” genera ingresos multimillonarios a un bajo coste con una mercancía barata y abundante: las personas que viven en extrema pobreza². Así, miles de personas provenientes de América Latina, el Caribe, África, Asia y Europa del Este son desplazadas de un lugar a otro bajo engaño, violencia o amenaza para luego ser sometidas a la esclavitud o formas análogas a la esclavitud. Esto ha hecho de la trata de personas la actividad global más lucrativa después del tráfico de drogas y de armas³.

En su acepción más clásica, podemos entender a la trata de personas como la utilización de una persona como una cosa para venderla, explotarla o aprovecharse de ella, degradando de esta forma su dignidad humana. Sin embargo, para la comprensión global de este fenómeno debe realizarse un análisis desde diferentes perspectivas, tales como la de género, la de la

1 Cfr. Maqueda Abreu (2002b), p. 440. Sobre las razones tanto de empuje como de atracción que llevan a emigrar, especialmente a las mujeres Ver Pérez Cepeda (2005), p. 85; Pérez Cepeda (2002b), p. 45.

2 Cfr. Pérez Cepeda (2005), p. 87; Pérez Cepeda (2006b), p. 111.

3 Artola (2005), p. 1.

desigualdad y la pobreza, dadas las condiciones características bajo las que transcurre este “negocio” con conexiones intensas con la delincuencia organizada mundial⁴.

Asimismo, la trata de personas se realiza con distintas finalidades siendo las más frecuentes el trabajo forzado, la servidumbre involuntaria, el pago de deudas, el trabajo infantil, la utilización de menores en conflictos armados, la explotación sexual comercial y el turismo sexual infantil⁵.

Respecto a la finalidad de trabajo forzado, esta se da cuando se capta a trabajadores para que sean explotados por empleadores inescrupulosos que cuentan con la ventaja de las deficiencias legislativas en el aspecto laboral en los países de origen y/o destino de las víctimas. Los trabajadores son más vulnerables a ser víctimas de trata cuando existen situaciones como el desempleo, la pobreza, la discriminación, la corrupción, los conflictos políticos y la aceptación cultural de esta práctica. Al mismo tiempo, esta finalidad es de las más difíciles de ser identificada y estimada en comparación a otras modalidades debido a varias condiciones como el abuso de contratos, leyes locales inadecuadas respecto al reclutamiento y empleo de trabajadores y la imposición intencional de costos y deudas ilegales a estos trabajadores en el país de origen, frecuentemente con la complicidad y apoyo de las agencias de trabajo y de los empleadores en el país de destino⁶.

En cuanto a la finalidad de servidumbre involuntaria, la mayoría de sus víctimas son coaccionadas o forzadas tanto física como emocionalmente, llegando incluso al abuso sexual. Los centros de “trabajo” de este tipo de víctimas suelen ser lugares informales y sin conexión con la vida exterior. Este entorno de aislamiento social es propicio para la explotación, dado que las autoridades no pueden inspeccionar las propiedades privadas tan fácilmente en comparación a los lugares de trabajo formal⁷.

4 Ver Maqueda Abreu (2003b), p. 5.

5 Ver United States (2012), pp. 33-35; (2011), p. 7.

6 Aunque el trabajo forzado representa solo un 18% del total de casos registrados a nivel mundial, hay zonas geográficas en que esta es la única modalidad registrada, como es el caso del Oeste de África. De igual forma, en algunos países de Sur América y en la India el trabajo forzado se reporta como la modalidad de trata de personas más frecuente. Ver United States (2012), p. 33; (2011), p. 7; y United Nations (2012), p. 36; (2009b), p. 50.

7 Ver United States (2012), p.34; (2011), p. 8.

Respecto a la finalidad de explotación infantil, en un gran número de situaciones los menores de edad que están bajo la custodia de un miembro ajeno a la familia suelen ser obligados a realizar un trabajo sin que se les ofrezca otra opción. A esta explotación laboral infantil se le aúna la utilización de niños y niñas en conflictos armados que incluye su reclutamiento ilegal por la fuerza, fraude o coacción; para luego ser utilizados en labores de explotación dentro de grupos militares o para ser abusados como esclavos sexuales en las áreas de conflicto. Estas actividades ilegales son perpetradas por fuerzas del gobierno, organizaciones paramilitares o grupos rebeldes⁸.

Sin embargo, la finalidad más documentada y visible en la actualidad es la explotación sexual⁹, siendo la mayoría de víctimas mujeres y niñas procedentes de zonas geográficas marcadas por la marginalidad y la miseria, que son obligadas a prostituirse para pagar una “deuda” en la que supuestamente incurren al haber sido transportadas de un lugar a otro¹⁰. Asimismo, son numerosos los casos en los que por razones de pobreza y necesidad, los padres de las víctimas acuerdan contratos de casamiento precoz de sus hijas o las venden a algún tratante sabiendo que serán explotadas sexualmente¹¹. La captación de víctimas se ve favorecida por el uso del Internet, ya que es muy frecuente que los tratantes se anuncien en sitios populares en la red, en los cuales compradores y vendedores pueden conectarse virtualmente para hacer negocios e intercambios. Además, mediante el uso de estas tecnologías también

8 Ver Maqueda Abreu (2003a), p. 61; United States (2011), pp. 8-9.

9 En este sentido, el informe sobre la Trata de Naciones Unidas establece que la modalidad de explotación sexual representa el 58 % de los casos, mientras que el trabajo forzado representa el 36%. Así, en el continente americano se observó que la trata de personas para la explotación sexual fue la más frecuente –21%– seguida del trabajo forzado –44%– siendo raramente detectada otras modalidades. United Nations (2012), p. 35.

10 Así, Maqueda Abreu hace referencia a un contrato publicado en un diario español, el cual habían suscrito mujeres africanas a su llegada a España, y que literalmente expresaba: *“Prometo pagar la suma de 40.000 dólares... y yo declaro que no voy a fallar las normas y que no contaré nada a la policía hasta que esta cantidad sea pagada. Si fallo normas... tienen el derecho a matarme a mí y a mi familia en Nigeria. Mi vida es equivalente a la suma que debo a mi madame...”* Maqueda Abreu (2003a), pp. 66-67. Ver también Maqueda Abreu (2002b), pp. 441-442.

11 Ver Maqueda Abreu (2003a), pp. 60 y 69; United States (2011), p. 7.

es posible comprar material pornográfico y comunicarse en tiempo real con las víctimas. Numerosos casos similares ocurren con las nuevas tecnologías como los móviles, mensajes de texto y otras tecnologías telefónicas¹².

En cuanto al flujo de la trata de personas existen tres dimensiones: la trata trans-regional, la trata intra-regional y la trata nacional o interna. La trata nacional afecta a las víctimas que son nacionales de un país en el cual son explotadas. La trata intra-regional se da entre diferentes países dentro de la misma región. Esto incluye el cruce de fronteras entre países geográficamente cercanos. La trata trans-regional sucede cuando las víctimas son trasladadas de una región a otra. Esta puede ser trata trans-continental, pero también incluye la trata que se da entre regiones vecinas de un mismo continente, como la que se da entre el este de Europa con Oeste y Centro Europa, o entre Centro y Norteamérica.

En este sentido, la mayoría de delitos de trata de personas se realizan a nivel nacional o regional, sin que sean necesariamente traslados de larga distancia, realizándose la mayoría de la actividad trans-fronteriza entre países de la misma región¹³. Aun así se documentan casos de trata de personas a largas distancias, siendo Europa el destino con más variedad respecto al origen de las víctimas, contrario al caso de América, el cual es origen y destino de las víctimas de trata¹⁴.

Por lo que respecta a los tratantes, en la mayoría de los casos estos se acercan a la víctima como una persona de confianza y luego utilizan su conexión con esta para amenazarla con tomar represalias con los miembros de su familia o su entorno cercano si opone resistencia. La mayoría de tratantes son hombres, aunque las mujeres también han tenido un papel clave en este

12 *Ver* United States (2011), p. 7. Sobre la adaptación del derecho penal a las nuevas tecnologías *Ver* en general Urruela Mora *et al.* (2010).

13 En este sentido, la trata intra-regional fue más frecuente en las fronteras de Centro y Sur América como en las del oeste de África. Sin embargo, respecto la trata interna resulta relevante remarcar que esta no se da solamente en grandes países, como India y Brasil, en los cuales las dimensiones del país pueden explicar la existencia de trata de personas entre las zonas pobres y las zonas ricas; sino que la trata interna también existe en países relativamente pequeños y ricos, como aquellos que están en Europa. United Nations (2009b), p. 57.

14 También se reportaron casos de traslados a larga distancia de Asia oriental a todas partes del mundo; de África a Europa y América del Norte; de América Latina a América del Norte y Europa; y de Europa y Asia al Oriente Medio. United Nations (2009b), p. 57.

tipo de delincuencia, sobre todo en el Este de Europa, Centro Asia; el Este y Pacífico de Asia, Centroamérica y el Caribe¹⁵. Respecto a la nacionalidad de los tratantes, la mayoría son nacionales del país en el que son detenidos, lo que sugiere que las redes delictivas locales reclutan a víctimas nacionales y luego las venden a las redes delictivas de los países de destino. Aun así, existen casos en los que los tratantes son extranjeros¹⁶. Mientras que en el caso de las víctimas la mayoría son mujeres, niños y niñas. De hecho, existen regiones en las que la trata de niños y niñas es la única forma de trata detectada¹⁷. Mientras que la trata de hombres, está más relacionada con la explotación laboral, aunque no es la única finalidad.

Toda esta situación ha provocado un interés especial a nivel internacional y nacional en regular y penalizar este fenómeno delictivo, así se puede inferir del hecho que en los últimos años se ha duplicado el número de países que adoptaron medidas legislativas para aplicar el Protocolo contra la Trata de personas de Naciones Unidas, el cual es el instrumento internacional más reciente respecto a este delito¹⁸. No obstante, tampoco podemos obviar que en algunos países y regiones —sobre todo en los países y regiones desarrolladas— se ha abordado la trata de personas como un tema vinculando a la inmigración y a la seguridad¹⁹.

15 Así, el informe sobre la Trata de Naciones Unidas reporta que el 30% de los países (la mayoría de estos pertenecientes a Europa) informaron que la mayoría de condenados fueron mujeres; en 28 países el porcentaje de mujeres condenadas osciló entre el 10 y el 50%; mientras que el número de mujeres condenadas fue menor al 10% en 4 países. United Nations (2009b), p. 45.

16 Ver United Nations (2009b), p. 45.

17 En este sentido, de los países estudiados por el informe de Naciones Unidas sobre la Trata, las dos terceras partes de las víctimas eran mujeres y el 13% niñas. En el 30% de los países estudiados, fueron la mayoría de víctimas niños y niñas. En el 42% de los países los niños y niñas víctimas de trata representaron menos del 10% de las víctimas; y en el 28% de los países los niños y niñas víctimas de trata representaron entre el 10 y 50% del total de víctimas. Respecto a las regiones en las que son más frecuente la trata de niños y niñas se encuentran el Oeste y Centro de África, la sub-región Mekong y algunos países de Centro y Sur América. United Nations (2009b), p. 48.

18 Anterior a la firma de este Protocolo la mayoría de los países no tenían ningún tipo relativo a la trata de personas en sus legislaciones, siendo establecidas la mayoría de estas con posterioridad al 2003. Los primeros países que por primera vez adoptaron legislación anti-trata posterior al Protocolo de Naciones Unidas fueron en su mayoría del Este y Pacífico de Asia, Centroamérica y el Caribe y África del Oeste. United Nations (2009b), p. 22.

19 *Cfr.* Pérez Cepeda (2005), p. 86.

Sin embargo, a pesar que en varios países ya se regula penalmente la trata de personas, aún existen otros tantos que no cuentan con la legislación apropiada para atacar esta problemática. En este sentido, para el año 2008 el 63% de un total de 155 países habían aprobado leyes anti-trata respecto a sus principales finalidades, es decir, la explotación sexual y el trabajo forzado; mientras que el 17% de estos países habían aprobado leyes contra la trata respecto de algunos elementos de la definición establecida por el Protocolo de Naciones Unidas, por ejemplo, castigar exclusivamente la trata con fines de explotación sexual o cuando las víctimas son mujeres o niños. Mientras que el 20% de países no habían legislado ninguna ofensa específica respecto a este delito, aunque si penalizaban a los delitos posteriores a la trata como la explotación sexual o las peores formas de trabajo infantil, entre otros²⁰.

No obstante, a pesar que existen algunos países que todavía no regulan específicamente a la trata de personas como delito, la mayor dificultad estriba en la mala aplicación del tipo penal que realizan aquellos que aun contando con legislación específica sobre la trata utilizan otras figuras delictivas para perseguirla, debido a las confusiones conceptuales con otros delitos tales como el tráfico o la esclavitud; la confusión de la trata con los delitos concretos de explotación; o la dificultad de probar algunos elementos importantes de la definición como el engaño, o el abuso de condiciones de vulnerabilidad. Todas estas situaciones coadyuvan a la impunidad de los tratantes y consecuentemente contribuyen a la continuidad y aumento de esta actividad delictiva.

Por esta razón, se hace necesario estudiar detalladamente el estado de la legislación internacional, regional y de derecho comparado a fin de concretar los elementos que conforman el tipo de penal de la trata de personas, para posteriormente analizar cada uno de estos elementos a la luz de la doctrina y jurisprudencia y, finalmente, establecer cuáles son los elementos característicos del tipo penal de la trata. Nos centraremos en especial en analizar los tipos penales regulados por las legislaciones española y salvadoreña a fin de determinar si tales regulaciones tipifican de manera correcta a este delito o si se hace necesario hacer propuestas de *lege ferenda*, para poder aplicar el delito de manera adecuada en ambos países.

20 United Nations (2009b), p. 22.

I. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA TRATA DE PERSONAS

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La trata de personas es un fenómeno que ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad, incluso antes de la existencia de registros de cualquier legislación. Fue llevada a cabo en casi todas las civilizaciones antiguas en las que la esclavitud fue asumida como un estado normal para aquellas personas que no tenían posesiones o eran alienadas, ya fuera por deudas, guerras, circunstancias económicas o por su raza. Así, los esclavos se convirtieron en punto clave para la economía, la agricultura o la guerra en estas sociedades antiguas.

Entre las principales civilizaciones antiguas que aceptaban la esclavitud y por ende la trata de esclavos, como un fenómeno éticamente aceptable podemos mencionar a la antigua Mesopotamia, en la cual era costumbre que el hombre podía ofrecer a su mujer o a sus hijas para que yacieran con sus huéspedes como muestra de hospitalidad; o podía ofrecerlas como prostitutas para ritos sagrados o religiosos, por ejemplo ritos de fecundidad masculinos; de tal manera que cualquier hombre podía yacer con ellas tras realizar un pago a los sacerdotes del templo, (lo cual proporcionaba importantes ingresos para su mantenimiento). Esta costumbre también fue asumida en Babilonia y la India.

Por otra parte, en Grecia Antigua, el planteamiento político fue muy claro, tanto así que el mismo Aristóteles sostenía que la esclavitud era un fenómeno natural. También existían leyes que regulaban la utilización de esclavas, prisioneras de guerra o mujeres de otros países para la prostitución; la división de las prostitutas en categorías; el sometimiento de estas al control de vigilantes especiales y el control fiscal de sus ingresos²¹.

Por ejemplo, en tiempos de Solón (640-558 AC), la prostitución alcanzó la categoría de asunto de Estado con el doble fin de salvaguardar el orden

21 *Ver* Carmona Cuenca (2007), p. 46.

público y crear nuevos recursos fiscales²². En este sentido, Solón estableció en Atenas la normativa para las primeras casas de tolerancia, y clasificó a las prostitutas en tres categorías: Las *Hetairas*, que eran prostitutas de lujo y solo eran accesibles a hombres de poder adquisitivo y de prestigio; las *Dicteriadas*, de nivel inferior, que tocaban instrumentos musicales en fiestas y luego solían mantener contactos sexuales; y las *Aulétridas*, la categoría más baja y que estaban a disposición de cualquier hombre por una pequeña compensación económica²³.

En el Imperio romano los esclavos también tuvieron un papel clave en su expansión y desarrollo económico dado que las necesidades más básicas del Imperio, tales como la agricultura, las guerras y las conquistas eran realizadas con la utilización de miles de esclavos.

Respecto a la prostitución, para el año 180 A.c., al igual que en la Antigua Grecia, se clasificó a las prostitutas en distintas categorías, a saber:

- *Delicatae*, las cuales se encontraban enclaustradas en burdeles;
- *Lorettes*, de origen francés y que eran muy cotizadas;
- *Lupae*, o también llamadas mujer lobo porque ejercían en los bosques cercanos a las ciudades y atraían a los clientes imitando el aullido de los lobos;
- *Copae*, que servían en tabernas y posadas;
- *Foraie*, que eran las que ejercían en los caminos; y
- *Cuadrautariae*, que se situaban en el último escalón, y eran las que menos cobraban.

Asimismo existían medidas reglamentarias que negaban a las prostitutas todo tipo de derecho civil, se les asigna a un propietario (*lenons*) a perpetuidad, quien la podía vender a otro con la única condición de que siguiera ejerciendo el oficio. Sin embargo, en el S. IV, Teodorico I lucha contra la existencia de los *lenons*, sancionando una ley que castigaba a los explotadores²⁴.

22 A lo que Parrón agrega: “Como se ve, nada nuevo bajo el sol”. Parrón (2003), p. 26.

23 Ver. *Ibid.* pp. 26-27.

24 Ver Parrón (2003), pp. 26-27. De igual forma, los griegos asumieron el carácter sagrado y de beneficio económico de la prostitución, así, la Venus Pandemos personificaba estas

En la Edad Media las sociedades en Europa y Medio Oriente perpetuaron la práctica de la esclavitud, reconociéndola por su importancia para el desarrollo y el poder. La trata de esclavos se reflejaba dentro del contexto de las guerras, conquistas y luchas entre los reinos cristianos y musulmanes, contexto en el que las personas adquirirían la categoría de mercancía y bajo estas condiciones eran llevadas de un lugar a otro para su compraventa.

De igual forma, durante este período las religiones existentes no manifestaron repugnancia a la práctica de la esclavitud. Así, la Iglesia Católica, dado al rol dominante que jugaba en la sociedad, tenía el poder de decidir quién era elegible para ser esclavo y quién no, todo ello en el marco de los preceptos religiosos que reinaban en ese entonces. La inferioridad de ciertas personas y la superioridad de otras estaban justificadas por las abundantes corrientes religiosas, teológicas y morales de la época²⁵. De esta forma, aquellos que estaban fuera de la cristiandad eran más fáciles de esclavizar que aquellos que eran cristianos. Similar situación se dio en el Islam, que esclavizaba a las personas que estaban fuera de la fe²⁶.

Mientras que respecto a la prostitución, en la Roma del siglo V Teodorico II castigó con el exilio y el trabajo en las minas a los padres que prostituían a sus hijas y a los propietarios de esclavas prostitutas²⁷; y en el año 531 DC bajo el gobierno de Justiniano, se promulgó en Roma la Novela 14 *De lenonibus*, en la que se atacaba a los que recorrían los territorios romanos para seducir con engaños a las jóvenes y dedicarlas a la prostitución²⁸.

En la España de la Edad Media, la prostitución ya tenía el carácter de actividad oculta y excluida de la sociedad, aunque era una actividad consentida *de facto*²⁹. Así, durante el reinado de Alfonso X, el Sabio, se abordó el tema

prácticas y en su honor se celebraban festividades el cuarto día de cada mes. "Durante ellas, las mujeres que vendían sus cuerpos en toda Grecia dedicaban el producto de sus transacciones a realizar ofrendas de dinero en los diversos templos erigidos a la Venus." Parrón (2003), p. 26; siguiendo a FSD (1988).

25 Ver Chueca Sancho (2006), p. 138. También añade que "De esa forma 'cosificaban' (convertían en cosas) pues a las personas, incluso con bendiciones religiosas; algunos autores religiosos afirmaban que tales diferencias eran debidas nada menos que a los designios divinos".

26 Ver Iselin (2005), pp. 32-33.

27 Ver Parrón (2003), p. 27.

28 Ver Rey Martínez *et al.* (2004), p. 19.

29 Carmona Cuenca (2007), p. 46.

de la prostitución desde una orientación reglamentista de forma que tal dedicación se reconoció como un oficio y a la prostituta se la declaró dueña de un salario³⁰. A pesar de esta regulación reglamentista sigue castigándose la cooperación a la prostitución realizada por los que en esa época eran llamados alcahuetes “que engañan a las mujeres sonsacándolas e faciéndolas facer maldad de sus cuerpos” (Part. VII, tít. 22, ley 1). También durante el reinado de Juan I se dictó una normativa en la cual se prohibía la prostitución de mujeres menores de doce años³¹. En la Edad Moderna, se continuó con la práctica de la esclavitud, la trata de esclavos y la trata de mujeres para ser utilizadas en la prostitución, principalmente en Europa, debido a situaciones como el hambre, los bajos salarios y la escasez de vivienda que fomentaron que la prostitución se convirtiera en una forma de supervivencia para las mujeres procedentes de las capas más bajas de la sociedad³².

Esto llevo al Reino de España a prohibir la prostitución como actividad. Así, el Consejo Municipal de Valencia prohibió en 1502 que las ramerías tuvieran en su casa sirvientas menores de veinticinco años de edad, bajo multa de quinientos sueldos³³; y durante el reinado de Felipe IV, mediante Pragmática de 10 de febrero de 1623, se prohibió el ejercicio de la prostitución en todos sus reinos, lo que provocó que la prostitución deviniera en una actividad clandestina e incontrolada. Durante los reinados sucesivos se continuó con esta política de tipo prohibicionista aunque en la práctica se producía un amplio permisivismo³⁴.

Pero sin duda el hecho más destacable sucedido durante la Edad Moderna fue el comercio transatlántico de esclavos, hecho singular dentro de

30 Rey Martínez *et al.* (2004), p.19, siguiendo a Jiménez Asenjo (1963) Abolicionismo y prostitución. Instituto Editorial Reus, Madrid.

31 Rey Martínez *et al.* (2004), p. 20.

32 Así, se cuenta con testimonios como el de Errera, quien describía que en Como (Italia) a “*Estas muchachas a las que se ha hecho perder el pudor antes aún de que puedan cometer la culpa, [...], se vengan más tarde de un salario que es limosna y de un trabajo que es tortura, y desahogan al menos con los placeres de los sentidos esa necesidad de vida alegre que viene exigida por el sexo y por la edad*”; también está el testimonio de Herken, quien escribe sobre la situación de las trabajadoras belgas que “*las minas eran la escuela de la inmoralidad femenina y en las fábricas había desaparecido todo decoro*”. Suárez González (1967), p.15.

33 Suárez González (1967), p. 21.

34 Ver Rey Martínez *et al.* (2004), p. 21.

la historia de la esclavitud debido a su larga duración —aproximadamente cuatrocientos años (desde el siglo XVI hasta el siglo XIX) — y que contó con la legitimación que se le concedía con arreglo a las leyes de la época.

Así, mientras el comercio de esclavos realizado por los árabes en África entre los siglos VII y IX involucró el reclutamiento de un estimado de 12 millones de personas, se calcula que el comercio transatlántico de esclavos involucró la esclavitud de entre 15 a 18 millones de personas³⁵.

La trata de esclavos había sido realizada por los portugueses desde 1440, y se vio incrementada cuando grandes compañías de comercio europeas³⁶ se dedicaron a la explotación de los minerales y recursos agrícolas en los nuevos territorios conquistados en las Américas. Así, el comercio transatlántico de esclavos incluyó varias regiones y continentes: África, América del Norte y del Sur, Europa y el Caribe y tuvo como resultado la venta y explotación de millones de africanos³⁷ que eran transportados a las plantaciones en el “Nuevo Mundo”, o eran explotados con fines para el trabajo doméstico, labores en el campo o en el comercio³⁸. En el caso específico de las mujeres, estas también eran tratadas para la reproducción de esclavos y la explotación sexual e incluso para ser tomadas o entregadas como “botín de guerra” al vencedor³⁹.

Esta situación conllevó a la regulación de la esclavitud por la legislación de la época. Por ejemplo, la ley francesa Code Noir de 1685 establecía los derechos y deberes de los amos y los esclavos en las colonias en América y afirmaba: “*Declaramos que los esclavos constituyen bienes muebles*”, a la vez que regulaba un sistema de estricta disciplina, que incluía latigazos y

35 Ver Stenou (2004), p. 48.

36 Particularmente compañías holandesas, inglesas y francesas.

37 En el caso de Perú en el siglo XIX incluso se reclutó esclavos chinos, fenómeno que fue conocido como “trata de *coolies*”. CHSA (2009), p. 14.

38 Más de la mitad de los esclavos eran explotados en las plantaciones de caña de azúcar del Caribe y Brasil, en donde la esperanza de vida de estos esclavos no excedía los cinco años después de su llegada. Se estima que por cada esclavo africano que llegaba vivo a las Américas, otros cinco habían muerto durante las distintas fases del proceso de esclavitud, ya sea durante la persecución y captura en las aldeas del interior del continente africano, o durante la marcha forzada hacia los centros de reclutamiento de esclavos; o dentro de estos mismos centros o baracoons que estaban instalados en las costas africanas, o finalmente morían durante el viaje transatlántico. Stenou (2004), p. 49.

39 Ver Chiarotti (2002), p. 1.

quemaduras con hierros candentes por delitos menores. Este texto legal sirvió de modelo para el código que regulaba la esclavitud en Luisiana en 1725, y para el Código Negro Carolino creado por España en 1784 y promulgado en sus colonias americanas en 1789⁴⁰.

En las colonias españolas en América también se crearon figuras legales que permitieron la esclavitud. Entre estas figuras estaban el “repartimiento”, que permitió a los primeros pobladores españoles el reclutamiento de indígenas americanos para ser utilizados en trabajos forzados; y la “encomienda” que apoyaba la persecución de los pobladores autóctonos en el Caribe^{41 42}.

En la edad contemporánea se continuó con las prácticas esclavistas⁴³, a pesar de la oposición moral y política al comercio de esclavos que estaba aumentando en Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos, al igual que en otras partes de Europa. Así, en Francia, Nicolás de Condorcet, político francés, publicó sus *“Réflexions sur l’esclavage des Nègres”* [Reflexiones sobre la esclavitud de los Negros] en 1741. Unos años más tarde, en 1748, Montesquieu expresaba en su libro *“Esprit des lois”*⁴⁴ [El Espíritu de las leyes] que la esclavitud iba *“en contra de la naturaleza”*; y Voltaire en 1756 denunciaba en su *“Essai sur les mœurs”* [Ensayo sobre las costumbres] la sorpresa que le causaba como unos se atrevían a hablar sobre los derechos del pueblo cuando al mismo tiempo *“acortan la vida de los esclavos para favorecer nuestros nuevos apetitos”*.

En 1788, Jean-Pierre Brissot y Etienne Clavière, fundaron en París la *“Société des Amis des Noirs”* Sociedad de amigos de los Negros; y que más tarde se convertiría en la *“Société des Amis des Noirs et des Colonies”* Sociedad de amigos de los Negros y las Colonias que contó con

40 Ver Stenou (2004), p. 48.

41 Ver *Ibid.*, p. 52.

42 Bartolomé de Las Casas en su Brevisima relación de la destrucción de las Indias de 1542 denunciaba que en un espacio de cuarenta años *“por las dichas tiranías e infernales obras de los cristianos, injusta y tiránicamente, más de doce cuentos de ánimas, hombres y mujeres y niños”* habían muerto. De Las Casas (1552).

43 De hecho, la gran demanda de esclavos que todavía existía provocó que surgieran los bandidos y los piratas; dado que la trata de esclavos les presentaba una oportunidad criminal que facilitó el suministro de esclavos a los comerciantes más despiadados. Ver Iselin (2005), p. 34.

44 Libro XV, Capítulo VIII.

fundadores como Mirabeau, Lafayette, Frossard y Condorcet. A través de esta Sociedad demandaron la abolición de la trata de negros a las autoridades gubernamentales.

Al mismo tiempo se dieron levantamientos de esclavos contra su subyugación, entre los cuales podemos citar el realizado en Haití en la Revolución de 1791 a 1804. Esta revolución provocó que en agosto de 1791 se aboliera la esclavitud en Francia, medida que en la Convención de París de 1794 se extendió a todas las colonias francesas. Este acontecimiento singular marcó un punto decisivo para el comercio de esclavos, dada la combinación de los movimientos independentistas con los movimientos abolicionistas, además de las cambiantes condiciones económicas de la época⁴⁵.

Sin embargo, en diciembre de 1801, se enviaron dos expediciones al Caribe con órdenes de restablecer la ley y el orden y consecuentemente la esclavitud en las colonias francesas y el 20 de mayo de 1802 se decretó una ley que mantenía la esclavitud en las mismas condiciones que antes de 1789 y confirmó la legalidad de la trata de esclavos. La esclavitud fue totalmente abolida en Haití cuando se independizaron de Francia en enero de 1804; y fue abolida en el resto de colonias francesas por medio de la firma de un decreto en abril de 1848⁴⁶. De igual forma, la emancipación de los esclavos en las colonias francesas aceleró la promulgación de la abolición de la esclavitud en las colonias danesas (1848) y alemanas (1863)⁴⁷.

Respecto a los Estados Unidos, ya en el año 1688 en Pensilvania los Cuáqueros fundaron la "*Community of Friends against the buying and keeping of Negroes*" [Comunidad de Amigos en contra de la compra y retención de Negros] la cual condenaba enérgicamente la trata en seres humanos; y en abril de 1775 se conformó la "*Society for the Relief of Free Negroes Unlawfully Held in Bondage*" [Sociedad de ayuda para los Negros Libres Ilegalmente sometidos en Cautiverio]⁴⁸.

Estos tempranos movimientos contribuyeron a que en 1776 se publicara la "*Declaration of Independence*" [Declaración de Independencia].

45 Ver Stenou (2004), p. 48.

46 Ver *Ibíd.*, p. 53.

47 Ver *Ibíd.*, p. 57.

48 Ver *Ibíd.*, p. 52.

Posteriormente, en 1777, los Estados de Vermont, Massachusetts y New Hampshire incluyeron la prohibición de la esclavitud en sus constituciones; mientras que Pensilvania, Rhode Island y Connecticut prefirieron establecer la emancipación gradual⁴⁹.

En febrero de 1784 se fundó la “*Pennsylvania Abolition Society*” [Asociación Abolicionista de Pensilvania]. La fundación de estas sociedades coadyuvó a la creación de más sociedades de este tipo en varias de las principales ciudades de los Estados Unidos. Como consecuencia de la creación de estas sociedades abolicionistas se consiguió que la Asamblea Estatal prohibiera la trata de niños, niñas y mujeres embarazadas y la prohibición de separar familias por medio de la venta de sus miembros a distintos dueños. Finalmente, en marzo de 1807, el Presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson, firmó la legislación por la que se abolía el comercio de esclavos⁵⁰.

Sin embargo, la esclavitud no fue abolida en todos los Estados Unidos. Así, en 1850 la “*Fugitive Slave Act*” [Ley de los Esclavos Fugitivos] autorizaba a los dueños a perseguir a sus esclavos que se fugaban a los Estados del norte en los cuales la esclavitud ya estaba abolida. Fue hasta 1869 que Abraham Lincoln, el entonces Presidente, declaró la abolición de la esclavitud en todos los Estados de la unión y la introdujo en la Constitución por medio de la décimo tercera enmienda. La abolición de la esclavitud benefició en ese momento a aproximadamente 4 millones de personas⁵¹.

Respecto a Inglaterra, en 1788 se creó la “*Society for the Extinction of the Slave Trade*” [Sociedad para la Extinción del Comercio de Esclavos] la cual desempeñó también un papel importante dentro del movimiento antiesclavista a través de diferentes actividades realizadas para aumentar la conciencia pública⁵², como campañas de boicoteo y la difusión de materiales

49 Ver Stenou (2004), p. 52.

50 Ver *Ibid.*, p. 59.

51 Ver *Ibid.*, p. 59.

52 Por ejemplo, Thomas Clarkson, fundador del movimiento antiesclavista en Inglaterra, manifestaba en una carta enviada a François Guizot el 18 de enero de 1841, “*Todo hombre por naturaleza nace libre, y tiene un derecho sobre su propio cuerpo, y cualquiera que atente en esclavizarle forzosamente y en contra de su propio consentimiento, es el peor de los ladrones, y viola un mandamiento de Dios.*” (Traducción propia) Archives nationales, Paris. Stenou (2004). p. 52.

que describían e ilustraban las condiciones de vida de los esclavos a bordo de los barcos comerciales o en las plantaciones⁵³. Estas acciones fueron repelidas por los poderosos comerciantes con violenta resistencia.

Más adelante, en marzo de 1807, los abolicionistas William Wilberforce, James Ramsay y John Wesley llevaron el tema a debate en el Parlamento británico; con la intención de que el resto de los países europeos siguieran su mismo camino⁵⁴. La actividad inglesa en el ámbito internacional se dirigió en dos sentidos; uno a nivel de congresos internacionales, y otro a nivel de tratados bilaterales con países que realizaban la trata de esclavos negros.

Así, se firmó a nivel bilateral tratados con Portugal, en 1810 y 1817; con Francia en 1814⁵⁵, con España en 1817, 1835 y 1890; con Holanda, en 1818; con Suecia y Estados Unidos, en 1824, y con Brasil, en 1826⁵⁶. Sin embargo, para MORENO GARCÍA no es casualidad que sea Inglaterra el primer país europeo que decreta la abolición de la trata, dado que el cambio en la orientación de la economía que conllevó la revolución industrial en Inglaterra provocó que la producción económica evolucionara del mercantilismo al capitalismo y, consecuentemente, el modo de producción esclavista — predominante en las colonias europeas de América— dejó de ser válido. La nueva orientación capitalista de esta economía industrial necesitaba, en primer lugar, mano de obra contratada para trabajar en las industrias y, en segundo lugar, necesitaba que esa mano de obra tuviera un cierto poder adquisitivo que le permitiera comprar los productos fabricados por las industrias. Con estas razones, el modo esclavista de producción quedaba invalidado, ya que, los esclavos, no estaban contratados y no se sentían obligados a trabajar para no perder ni su puesto de trabajo ni su sustento y tampoco tenían el

53 Por ejemplo, se difundieron ilustraciones del interior del barco “*Brooks*” que transportaba esclavos a Liverpool; o las ilustraciones mostradas en “*The African cry against Europeans, their oppressors, or a quick look on the murderous commerce called the slave trade*” [Los africanos lloran en contra los europeos, sus opresores, o una mirada rápida del comercio criminal llamado trata de esclavos] realizadas por Thomas Clarkson. *Ibid.*, p. 53.

54 *Ver Ibid* (2004), p. 53.

55 Conocido como “Tratado de París” y al cual García Bastante considera como el primer instrumento internacional que mostró la preocupación de los Estados por la venta de seres humanos a pesar de que este Tratado solo se refería al transporte de personas provenientes de África para su esclavitud. *Ver García Bastante (s.f.)*, p. 85.

56 Moreno García (1982), p. 153.

poder adquisitivo que les permitiera comprar los productos fabricados por las industrias⁵⁷.

A nivel de Congresos y Conferencias internacionales, Inglaterra intervino en el Congreso de Viena de 1815, (concretamente el 8 de febrero de 1815), consiguiendo que se firmara la “Declaración de las Potencias para la abolición de la trata de negros” la cual condenaba la trata de esclavos y la describía como algo repugnante a los principios de la moral y la humanidad. Asimismo, los países firmantes⁵⁸ se comprometieron a abolir la esclavitud lo más pronto posible⁵⁹. Similares compromisos se adoptaron algunos años más tarde en el “Acta final del Congreso de Verona” de 1822, en la cual se reconoció la necesidad de un esfuerzo universal contra la trata⁶⁰.

Finalmente, en agosto de 1833 el Parlamento decretó “The Abolition Bill” [Proyecto de Ley sobre la Abolición], el cual regulaba una abolición gradual de la esclavitud y que ha sido considerado uno de los decretos abolicionistas más destacados en la historia de la esclavitud⁶¹. Este proyecto de ley estaba decretado para entrar en vigencia en las colonias inglesas un año después, esto con el objetivo de dar tiempo a los británicos establecidos en América para organizar un sistema de aprendizaje dirigido a los esclavos para que fuesen gradualmente liberados⁶². La abolición definitiva de la esclavitud en las colonias británicas ocurrió en 1838, al final del período de cuatro años de aprendizaje, dado las numerosas dificultades que conllevó la implementación de este sistema⁶³.

57 *Ibid.*, pp. 151-152.

58 Los países que firmaron son: Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Portugal, Prusia y Suecia.

59 Sin embargo, la Declaración daba a cada país el tiempo que precisara para atender a los intereses de sus súbditos. De este modo los plazos de abolición de la trata fueron negociados entre las distintas potencias, con el fin de acabar con la trata, pero más por motivos económicos que humanitarios. Ver Moreno García (1982), nota 1, p. 152.

60 Aunque para Moreno García esta Acta simplemente renovó las declaraciones platónicas del Congreso de Viena. Moreno García (1982), p. 152.

61 Ver Stenou (2004), p. 57.

62 El Banco de Inglaterra también les proveyó de compensaciones considerables a aquellos que habían dispuesto en esta forma de su fuerza de trabajo. Los esclavos, por lo contrario, no recibirían ninguna tierra o compensación económica. Además, se les “aconsejo” el seguir trabajando en los cultivos, acatar y conformarse con las leyes laborales que recordaban en muchos aspectos a la esclavitud; y de “olvidar el pasado”. Stenou (2004), p. 57.

63 *Ver Ibid.*

Sin embargo, a pesar de que la esclavitud fue abolida en la teoría, en la práctica el comercio de esclavos no solo no disminuyó sino que se incrementó con la trata clandestina, por lo que se requirieron nuevas declaraciones a nivel de Congresos o Conferencias internacionales. Particularmente, se celebraron dos grandes Conferencias, la primera, la Conferencia de Berlín (1884-1885) en la cual se consigue una nueva declaración de las potencias sobre la trata y la esclavitud; la segunda, la Conferencia Antiesclavista de Bruselas de 1889-1890, que fue el último de los intentos ingleses, durante el siglo XIX, para acabar con la trata de negros entre África y América⁶⁴.

Producto de esta última conferencia, los Estados firmaron una Declaración en la cual mostraron sus intenciones de eliminar la trata de personas africanas⁶⁵. La Declaración contenía medidas para controlar y prevenir la trata de esclavos y preveía la creación de una Oficina de la Esclavitud para inspeccionar este proceso y someter a vigilancia naval las rutas marítimas preferidas por los tratantes de esclavos⁶⁶.

Concretamente, en la Introducción se exponía como fines de la Conferencia el acabar con el comercio de esclavos y la protección de las poblaciones indígenas. Respecto al capitulo de la Declaración; el Capítulo I regulaba las medidas que debían tomarse en los puntos de origen de la trata; el Capítulo II regulaba las medidas a tomar sobre las «Rutas de caravanas y transportes de esclavos por tierra»; el Capítulo III regulaba las medidas sobre la «Represión de la trata en el mar»; el Capítulo IV regulaba las medidas a tomar en los «países de destino cuyas instituciones permitían la existencia de la esclavitud doméstica»; el Capítulo V regulaba el «Cambio entre los Gobiernos de los documentos e informes relativos a la trata» y la «Protección de los esclavos puestos en libertad»⁶⁷.

Con respecto a las colonias españolas en América, el proceso de emancipación de los esclavos fue diferente al de las otras colonias europeas. Así en Suramérica, en los tiempos de Simón Bolívar, o en Cuba durante la

64 Moreno García (1982), pp. 151-153.

65 García Bastante (s.f.), p. 85.

66 Naciones Unidas (2000a), p. 11.

67 *Ver* *Ibíd.* pp. 175-176.

Guerra de los Diez Años (1868-1878), la libertad de los esclavos era concedida a los esclavos hombres a cambio de que se alistaran en el ejército contrario a España⁶⁸. En este mismo sentido, en Venezuela, Chile y Brasil a los esclavos que se negaban a unirse al ejército se les condenaba a la esclavitud perpetua⁶⁹. El 23 de Septiembre de 1817, España y Gran Bretaña firmaron un tratado que establecía como fecha límite para el comercio de negros el 30 de mayo de 1820. Conforme al art. 6 de dicho tratado España se comprometía a tomar las medidas necesarias a fin de reprimir el tráfico de esclavos de África, que era realizado bajo bandera española por varios comerciantes naturales y extranjeros⁷⁰.

De esta manera, y para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en este tratado, se nombró por parte de las Cortes una comisión especial a fin de declarar en absoluta libertad a los esclavos aprehendidos procedentes de la costa de África o de otro territorio extranjero, así como de adoptar leyes penales que castigaran la trata de esclavos de África⁷¹.

Así, entre las penas reguladas en este anteproyecto de ley se contemplaba⁷²:

- Penalizar con seis a diez años de presidio en uno de los de África a los capitanes, pilotos, cirujanos, contra maestros, escribanos o los que hicieren

68 Por ejemplo, Francisco de Miranda, «El Precursor», declaró en 1812 que se daría la libertad solamente «a los esclavos que se alistasen y sirviesen en el ejército por el espacio de diez años». Stenou (2004), p. 58.

69 Así, en 1816 en Venezuela Simón Bolívar abolió la esclavitud, cumpliendo una promesa hecha al Presidente de Haití, a cambio de ayuda logística. Sin embargo, la emancipación—una vez más—era solo para los esclavos hombres que se enlistaran en el ejército. Además, el Congreso de Venezuela, en una reunión realizada en 1820 no ratificó la decisión de Bolívar. La esclavitud no fue finalmente abolida en Venezuela sino hasta 1854. *Ver Ibid.*

70 “*Se habían añadido 5 meses (hasta el 30 de octubre de 1820) para el término completo de la trata, pero concluido este último plazo los barcos negreros continuaron llegando a la Habana con total impunidad. Desde el 31 de octubre de 1820 a septiembre de 1821, 26 barcos negreros entraron en la Habana con 6415 esclavos [...] Estos hechos ponen claramente de manifiesto la continuación de la trata en Cuba, al parecer con la aquiescencia de las autoridades coloniales.*” Moreno García (2003), pp. 159-160.

71 Sin embargo, esta propuesta de ley no abarcaba en manera alguna las compras y contratos de los esclavos que se encontraban ya introducidos en cualquiera de las provincias de la Monarquía española, ni afectaba en los casos en que se llevaban de unas a otras provincias. *Ver Diario* (1821), p. 831.

72 *Ver Ibid.*

sus veces en las expediciones de los buques que bajo bandera española se emplearan en la trata de esclavos de la costa de África.

- Imponer la pena de dos a cuatro años en los mismos presidios, a los subalternos, marineros, criados o cualesquiera otras personas que, sabedoras del objeto de la expedición se hallasen a bordo.
- Sancionar con la pérdida del buque al dueño que a sabiendas le hubiera destinado a dicha trata, además de una pena de cinco a ocho años de presidio en uno de los de África.
- Imponer al asegurador del buque o cargamento el pago del triple del capital asegurado y en caso de insolvencia total o parcial, imponer una pena proporcional desde tres a seis años de prisión.
- Penalizar a cualquiera que a sabiendas comprase algún esclavo o esclavos procedentes de la costa de África o de cualquiera otro territorio extranjero, a pagar una multa triple del precio que hubiera dado por el esclavo o esclavos; y si no tuviese para pagar el todo o parte de dicha multa, cumplir con una pena proporcional de tres a seis años de prisión.
- Castigar a los cómplices, auxiliares o encubridores para la introducción o compra de esclavos procedentes de África o de cualquiera otro territorio extranjero, con la pena de dos a cuatro años de prisión.
- Sancionar con la pérdida de todos sus empleos, sueldos y honores a cualquiera autoridad o empleado público que auxiliara, cooperara o contribuyera a sabiendas a la expedición de un buque que se empleara en esta trata, o a la introducción, compra o venta de esclavos procedentes de la costa de África o de cualquier otro territorio extranjero.
- Señalar como reo del delito de detención arbitraria a los que retuvieren esclavos aprehendidos procedentes de la costa de África o de otro territorio extranjero, y bajo la protección especial de la autoridad local.

Sin embargo, las Cortes acordaron no haber lugar a votar sobre este proyecto de ley penal⁷³ perdiéndose así la primera oportunidad de tomar medidas de acuerdo con el espíritu del tratado de 1817⁷⁴.

73 Ver Diario (1821), p. 840.

74 Moreno García (2003), p. 162.

Gran Bretaña por su parte mantiene las presiones hacia el gobierno español, para que se comprometa más en el cumplimiento del tratado. Fruto de estas presiones se firma en Madrid el 10 de diciembre de 1822 el Artículo aclaratorio al tratado de 23 de septiembre de 1817. El Artículo aclaratorio regulaba que “*Si constare por una prueba clara e irrefutable, que hubiesen sido embarcados uno o más esclavos en cualquier buque, con objeto de comercio ilegítimo, durante el viaje particular en que fuere apresado; en tal caso, y en virtud de esta causa, según el verdadero espíritu y sentido de las estipulaciones del Tratado, el mencionado buque será detenido por los cruceros, y condenado por los Comisionados*”⁷⁵.

La culminación de estas negociaciones quedó reflejada en el tratado de 1835 donde se incluyó la denominada «cláusula del equipo» según la cual, cualquier barco que estuviera preparado para la trata, aunque no llevase esclavos a bordo, podría ser condenado⁷⁶.

En 1864 se fundó en España la Sociedad Abolicionista Española y los liberales en las Cortes demandaron la emancipación de los esclavos. En este sentido, el mismo Ministro de Asuntos Exteriores, Segismundo Moret, presentó en Mayo de 1870 un proyecto de ley que regulaba la emancipación gradual de los esclavos en las colonias españolas. Esta ley también regulaba que todos los esclavos nacidos a partir de septiembre de 1868 serían declarados libres, así como aquellos que tuviesen más de 60 años. Esta ley fue vigente en Puerto Rico en 1873.

En cambio, en Cuba, esta ley necesitó ser debatida para ser aplicada dado que los dueños de las plantaciones deseaban asegurar la fuerza de trabajo necesaria para trabajar sus haciendas. Las Cortes votaron en enero de 1880 una ley que regulaba la figura del patronato o aprendizaje obligatorio para esclavos, con una duración de ocho años y que posteriormente fue reducida a seis.

En Brasil se dictó una ley similar el 28 de septiembre de 1871. En 1884 el Gobierno de Brasil concedió la libertad a los esclavos mayores de 60 años comprándoselos a sus dueños, y en 1886 fueron prohibidos los azotes como

75 Moreno García (2003), p. 166.

76 *Ibid.*, pp. 166-167.

castigo. Sin embargo, no fue hasta el 13 de mayo de 1888 que se decretó la abolición definitiva de la esclavitud en Brasil. Respecto al resto de países del área, la esclavitud fue abolida totalmente en Chile en 1823, en Bolivia en 1826, en México en 1829, en Colombia en 1851, en Argentina en 1853, en Perú en 1855 y en Cuba en 1886⁷⁷.

1.1.1. El movimiento abolicionista

Una vez abolida la esclavitud en la mayor parte de los países europeos comenzó a surgir un nuevo fenómeno: la prostitución de mujeres y niñas. Esto provocó que los poderes públicos reglamentaran la prostitución en beneficio de los intereses de la población y de los clientes. Así, se instauró una política de control de “buenas prácticas” que propiciaba que los proxenetes y tratantes pudieran desarrollar sus negocios con total impunidad y permitía que los municipios se enriquecieran con los impuestos con que se gravaba a los burdeles.

Las mujeres prostituidas estaban sometidas a vejaciones, servidumbres, y a controles sanitarios descritos como auténticas torturas sexuales, y hasta llegaron a publicarse decretos contra las enfermedades venéreas que obligaban a las mujeres sospechosas de prostituirse a someterse a estos controles o incluso a ir a prisión⁷⁸.

No es sino hasta finales del siglo XIX, concretamente a partir del año 1869, que se comienza a plantear el problema de las mujeres y niñas prostituidas como un problema social que atentaba contra la dignidad del ser humano⁷⁹. Se da origen entonces a un movimiento de protesta, impulsado por intelectuales ingleses y suizos, mayoritariamente protestantes, que crearon en Londres en el año de 1875 el Movimiento Abolicionista Internacional, liderado por Josephine Butler⁸⁰; con la proclama de que “*el Estado no tiene*

77 Ver Stenou (2004), p. 58.

78 Ver Markovich (2009), p. 8; quien agrega que “*En realidad, el sistema reglamentarista estaba fundado en una visión de la sociedad y de la sexualidad humana donde las mujeres quedaban reducidas a meros instrumentos del placer sexual masculino*”.

79 De León Villalba (2003), p. 86.

80 Quien ya había publicado en el *Daily News* el 1 de enero de 1870 una proclama a todas las mujeres inglesas contra la prostitución y su reglamentación, dirigida a hacer un llamamiento para la toma de conciencia social de los males de la prostitución así como para conseguir

derecho a reglamentar la prostitución, porque nunca puede pactar con el mal, ni sacrificar garantías constitucionales a intereses discutibles"⁸¹.

Dichomovimientotenía como objetivos el denunciar el reglamentarismo existente⁸² y luchar por la calificación de la trata de las mujeres prostituidas como una violación a los derechos de la persona y como causa determinante del notable incremento de la trata. De igual forma, consideraba como un error higiénico y una injusticia social la tolerancia de la prostitución, además de denunciar la admisión de la doble moral sexual, una para las mujeres y otra para los varones⁸³. Finalmente, establecía que el ejercicio de la prostitución no debía reconocerse laboralmente, ni contribuir al sistema fiscal del Estado, ya que ello le convierte en "el mayor proxeneta"⁸⁴.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico, el sistema abolicionista pretendía despenalizar el ejercicio de la prostitución y consideraba a la persona que se prostituye como víctima de la propia actividad, quien debía ser, en todo caso, receptora de medidas sociales y educativas. Las normas penales tipificaban exclusivamente la conducta de quienes se beneficiaban de la prostitución ajena, e incluso llegando al castigo o sanción del cliente que requiere los servicios; sin tener en cuenta la existencia o no del consentimiento de la víctima, bajo el argumento de que no puede otorgarse un valor jurídico al consentimiento de la persona que se prostituye, porque esta decisión siempre surge de la necesidad, no pudiendo hablarse de un consentimiento "libre"⁸⁵. Al mismo tiempo pretendía

eliminar el sistema de reglamentación de los prostibulos. Rey Martínez (2004), p. 26. También manifestaba en un escrito de 1875: « *El robo y el asesinato son males que siempre han existido, pero a ninguna sociedad se le ha ocurrido decir: puesto que no podemos acabar ni con el robo ni con el asesinato, vamos a inventar una forma de vivir con ellos sometiéndoles a una regla, a una cierta vigilancia, que se base, por ejemplo, sobre tres pilares: en qué lugares, a qué horas y en qué condiciones estará permitido robar y matar*» Markovich (2009), p. 8.

81 Rey Martínez (2004), p. 26.

82 Quienes argumentaban que la penalización del proxenetismo favorece el ejercicio clandestino de todas las formas de prostitución, aumenta las ganancias de los explotadores y agrava los riesgos para la salud de las mujeres prostituidas. Carmona Cuenca (2007), pp. 55-56.

83 Cfr. Carmona Cuenca (2007), p. 47; Jareño Leal (2007), pp. 71-72; Maqueda Abreu (2003a), p. 62; Markovich (2009), p. 8; Rey Martínez (2004), p. 26; y Royo (2003), p. 38.

84 Jareño Leal (2007), p. 72.

85 *Ibid.*, p. 72.

abolir toda reglamentación relativa a la prostitución, decretando el cierre de los espacios donde se practicaba y suprimiendo la inscripción de prostitutas en registros policiales y sanitarios^{86 87}.

Este movimiento encontró rápidamente un gran eco tanto en los medios laicos como religiosos⁸⁸ y se extendió al resto de Europa, Estados Unidos y a las colonias europeas. Particularmente en Inglaterra se consiguieron dos reformas legislativas importantes:

- La promulgación en 1885 de la “*Criminal Law Amendment Act*” [Decreto de Enmienda a la Ley Penal] que aumentó la edad de consentimiento a 16 años, convirtió en delito la obtención de jóvenes de edades inferiores a los 21 años con destino a la realización de actos inmorales en Inglaterra o en el extranjero e impuso sanciones a gerentes de prostíbulos y todos aquellos que explotaren la prostitución de mujeres⁸⁹.
- La derogación en 1886 de la “*British Contagious Diseases Acts*” [Ley sobre las enfermedades contagiosas] de 1883, que estaba dirigida las mujeres que ejercían la prostitución⁹⁰.

Finalmente, se celebra en Londres, el 21 de junio de 1899, el primer Congreso para la Represión de la Trata de blancas, el cual fue la pauta que marcó el inicio de la legislación internacional contra la trata de mujeres y niñas⁹¹.

86 Ver Carmona Cuenca (2007), pp. 55-56.

87 *Contra* Rubin que denuncia esos “pánicos morales”, animados por pasiones intrínsecamente simbólicas “*En realidad, esos pánicos se fundan sobre estructuras discursivas preestablecidas que inventan víctimas y se justifican en base a peligros para la salud y la seguridad personales, para las mujeres y los niños, para la seguridad del Estado, la familia y la misma civilización. Mientras duran, los temores se cristalizan sobre una actividad o una población sexual desafortunada. Los medios de esfuerzan en gritos de indignación vehemente, los masas se comportan con una locura histérica, la policía se hace cargo del servicio y el Estado promulga nuevas leyes y reglamentaciones. Son conflictos sexuales a los que, generalmente, les precede una intensificación de los mecanismos de constitución de “chivos expiatorios”.* Maqueda Abreu (2009b), p. 1247.

88 Numerosos intelectuales que defendían un humanismo laico se unieron al movimiento abolicionista, especialmente Jean Jaurès y Victor Hugo en Francia. Markovich (2009), p. 8.

89 De León Villalba (2003), p. 86.

90 Markovich (2009), p. 8.

91 Ver De León Villalba (2003), p. 87; Gómez Tagle (2004), p. 200.

1.1.2. Los primeros instrumentos contra la trata

A finales del siglo XIX y principios del XX a causa de la revolución industrial se generó un empobrecimiento progresivo de la clase obrera y de los ciudadanos en general⁹². Al mismo tiempo, las duras controversias entre abolicionistas y reglamentistas se mantuvieron⁹³, lo que conllevó a que la prostitución y la trata de mujeres fueran consideradas como un importante vicio de la sociedad de la época⁹⁴.

Respecto a la legislación contra la trata de mujeres, esta era absolutamente deficiente, lo que facilitó que los tratantes se aprovecharan de los medios de transporte mejorados, la necesidad económica de la mayor parte de la población y el permisivismo de algunos gobiernos. En esta forma, la trata de mujeres, que en el pasado había sido realizada en determinados territorios, se transformó gradualmente en un fenómeno internacional, con una organización a escala mundial gobernada por reglas empresariales⁹⁵.

Así, se daban migraciones de mujeres que provenían mayoritariamente de Rusia, del Imperio austro-húngaro y del norte y sur de Europa; y se dirigían hacia los burdeles de América Latina, principalmente, y también de América del Norte, Oriente y otros países⁹⁶. Por esta razón, dicho fenómeno fue conocido, regulado y penalizado con el término “trata de blancas” a manera de sinónimo de comercio transfronterizo de mujeres. Aunque en sus inicios dicho término pretendía distinguir la trata de mujeres de las conductas del comercio de esclavos negros desarrollado en el s. XIX, pronto dicho término fue manipulado por determinados grupos racistas que lo conectaron directamente

92 Cfr. Maqueda Abreu (2002b), p. 439.

93 Rey Martínez (2004).

94 Así, De Cossio y Gómez-Acebo escribían en 1911 «*La prostitución no es solamente un modo de satisfacción inmoral y antisocial, signo de una decadencia individual, sino una costumbre que favorece toda clase de desórdenes, conduce a las más desenfrenadas orgías, ocasiona gastos inútiles, las infidelidades matrimoniales, los delitos pasionales y a veces los grandes crímenes*». De Cossio y Gómez-Acebo, M. (1911), *La Trata de Blancas en España y la Vizcondesa de Jorbalán*. Madrid, 1911, p. 6; citado por De León Villalba (2003), p. 35.

95 Ver De León Villalba (2003), p. 35.

96 Maqueda Abreu (2000), p. 24; quien además sugiere ver con más detalle el informe presentado por Licia Brussa “*La prostitution, la migration et la traite des femmes: donnees historiques et faits actuels*”, Actes du Seminaire sur La lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte a la dignité humaine, Strasbourg, 25-27 septembre 1991, Conseil de l’Europe, pp. 37 y 56.

con el tráfico de mujeres blancas, a pesar de que las víctimas eran mujeres de todas las razas^{97 98}.

Sin embargo, para MAQUEDA ABREU el concepto de trata de blancas ha sido utilizado equívocamente dado que aparece siempre *un obsesivo empeño* por mantener su similitud con el tráfico de esclavos, dado que esta similización entre trata y esclavitud parece dar por sentado un ingrediente coercitivo de dominio y sometimiento de la persona y que a menudo ha estado ausente en la verdadera historia de la trata.

Así, expone que *“Desde sus orígenes, cuando la trata era sinónimo de ‘esclavitud sexual’, se ocultaron bajo ella migraciones voluntarias de mujeres implicadas en el mundo de la prostitución que viajaron en el interior de su país o desde ellos otros de su entorno más o menos lejano, en busca de trabajo y nuevas expectativas de vida. La conocida ‘trata de blancas’ no es sino un ejemplo más de esas migraciones laborales femeninas, mayoritariamente voluntarias, que tenían como destino el ejercicio de la prostitución. Sin embargo, el discurso oficial de la victimización de las mujeres –‘víctimas inocentes traficadas y obligadas a trabajar contra su voluntad’- llegó a constituir ‘un mito cultural’, que ha tenido, por cierto un gran impacto sobre la construcción social de las migraciones femeninas”*⁹⁹.

La preocupación de varios gobiernos y de la población en general respecto a este tema impulsó a que se celebraran varias conferencias con el fin de combatir la trata de personas, especialmente de mujeres y niñas, a través de la legislación de instrumentos internacionales.

En las primeras conferencias de principios del siglo XX y en los textos de la Sociedad de Naciones, comenzaron utilizando el término *trata de blancas* el cual se fue sustituyendo paulatinamente se irá por el término de trata de mujeres y niños en particular hasta que en los Convenios posteriores a la II Guerra Mundial se acaban generalizando las menciones indiscriminadas a “personas” o “seres humanos”¹⁰⁰.

97 Cfr. Barry (1988), p. 46; De León Villalba (2003), p. 33; Martínez Osorio (2008), p. 15.

98 Por lo cual, para Gómez Tagle, la doctrina jurídica rechaza en general este concepto, por considerarlo altamente represivo. Gómez Tagle (2004), p. 200.

99 Maqueda Abreu (2009b), pp. 1245-1246.

100 Ver Maqueda Abreu (2000), p. 24; y Maqueda Abreu (2009a), p. 9.

Consecuentemente, el término *trata de blancas* debería quedar en desuso puesto que la trata afecta a cualquier tipo de personas sin importar la edad, género o raza, por lo cual el uso de esta denominación es erróneo.

Respecto a la legislación en concreto, se celebró en 1902 la *Conferencia Internacional de París*, la cual fue la primera en reconocer la trata como un “asunto público”¹⁰¹ y que pretendía crear un instrumento internacional para la persecución específica de la *trata de blancas*. Así, la Conferencia culminó con la elaboración de un *Proyecto de Convención* en el cual diferentes Estados se comprometían a reformar sus legislaciones para perseguir y castigar los actos de terceras personas generadoras de la prostitución de personas menores de edad, aun cuando el intermediario hubiese contado con el asentimiento de aquellas, y los relativos a las mayores de edad cuando hubiese mediado fraude, engaño o violencia¹⁰². Asimismo, autorizaba la persecución en cualquiera de los países en los que el delito se cometiera, determinando de este modo que se trataba de un delito eminentemente internacional¹⁰³.

Este Proyecto fue el antecedente del *Acuerdo internacional para la represión de la trata de blancas* de 1904, que fue firmado en París¹⁰⁴, legislación teñida de los valores moralizantes de la época, con la intención de prohibir el tránsito de mujeres europeas entre fronteras para su empleo en la prostitución.

101 Maqueda Abreu (2009a), p. 9.

102 De León Villalba (2003), p. 87. Maqueda Abreu añade que esta “*legalidad internacional fue responsable, en buena medida, de ese clima de confusión existente entre las migraciones consentidas y no consentidas de mujeres. A excepción de las primeras declaraciones internacionales sobre trata de blancas –como las de 1902 o 1910 que exigieron algún ingrediente de violencia o fraude en las motivaciones de esas mujeres para emigrar–* Maqueda Abreu (2009b), p. 1246.

103 Aunque para Maqueda Abreu a pesar de que en este Proyecto de Convención se exigía algún ingrediente de violencia o fraude en las motivaciones de las mujeres para emigrar también impuso ese significado de la trata de mujeres que apuntaba a la inexistencia de libertad de voluntad en sus víctimas. Maqueda Abreu (2009b), p. 1246.

104 Concretamente el 18 de mayo de 1904 y entró en vigencia el 18 de julio de 1905 en concordancia con su artículo 8. Fue registrado por la Sociedad de Naciones el 7 de septiembre de 1920, bajo el No. 11. Ver League of Nations (1920), págs.83-94. Disponible en <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/TRATA%20DE%20BLANCAS-ACUERDO.pdf> Este Convenio sería posteriormente enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.

Entre los compromisos que asumían los países firmantes¹⁰⁵ estaban¹⁰⁶:

- Intercambiar información relevante sobre la trata de mujeres y niñas (artículo 1);
- Vigilar las estaciones de trenes y puertos a fin de identificar a las víctimas de trata o a sus tratantes; procurando obtener la mayor información posible. En caso de detectarse a víctimas o tratantes debía notificarse inmediatamente a la autoridad competente. (Artículo 2);
- Tomar declaraciones –dentro de los límites legales– a mujeres y niñas que ejercieran la prostitución en orden de descubrir las razones que las llevaron a abandonar sus países. (Artículo 3);
- Repatriar a las víctimas a sus países de origen si era solicitado por ellas mismas o por sus familiares (Artículo 3). Si la víctima no podía pagar el costo del viaje, este debía ser asumido conjuntamente por el país donde residiera la víctima y por su país de origen. (Artículo 4);
- Supervisar, dentro de los límites legales, a las oficinas o agencias de empleos encargadas de reclutar mujeres y niñas para trabajar en el extranjero (Artículo 6).

A dicho Acuerdo se le critica que realmente no pretendía proteger los derechos humanos de todas las personas objeto de comercio y explotación, sino de proteger el concepto de “moral pública” y desde una perspectiva europea¹⁰⁷; así, el artículo 1 hacía referencia a la expresión “conseguir mujeres o niñas con propósitos inmorales” y el artículo 2 hacía mención de las mujeres y niñas “destinadas para una vida inmoral.”

Sin embargo, a pesar de las limitantes de este Convenio, es destacable el hecho que por primera vez se establecieron compromisos dirigidos no solo a la protección de las víctimas de la trata, sino también a la persecución de los sujetos que propiciaban tales actividades¹⁰⁸ (Artículo 2).

Posteriormente, se celebró en París el *III Congreso Internacional para la represión de la Trata de Blancas de 1906*¹⁰⁹, el cual culminó con la

105 Los países firmantes fueron Reino Unido, India, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda, Portugal, Rusia, Suecia, Noruega, Suiza y España, que lo ratificó el 8 de enero de 1905. *Ver Ibid.*

106 *Cfr.* Trávníková (2004), págs. 40 y 41; De León Villalba (2003), p. 88.

107 OIM (2006), p. 16; *Cfr.* Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 55.

108 Rebollo Vargas (2006), p. 34.

109 Específicamente se celebró el 1 de octubre de 1906.

adopción de importantes acuerdos, entre los que estaban: la creación de una red de comunicación entre los diferentes comités nacionales encargados de perseguir la trata de blancas; la necesidad de crear en las ciudades fronterizas y marítimas comités locales con oficinas de información; la vigilancia de estaciones y puertos de mar para detener a tratantes y jóvenes que fueran en su compañía, así como a las que, buscando trabajo en los puntos de llegada, no tuvieran en ellos personas conocidas o de su familia; la vigilancia de cafés, teatros y establecimientos análogos y la repatriación de prostitutas domiciliadas en países que no fuera el suyo. Sin embargo, desde el punto de vista de la persecución penal, no se llegó a acuerdos o instrumentos concretos¹¹⁰.

En abril de 1907 se celebró en Dusseldorf la *Conferencia alemana*, en la cual se abordó las medidas para la persecución de los tratantes y la prevención del engaño de las víctimas. Estas medidas fueron expuestas en el *Congreso internacional* celebrado en Roma en 1908, el cual culminó con la creación de un programa de educación e instrucción científica para jóvenes de ambos sexos, con especial incidencia de los peligros a que estaban expuestos¹¹¹.

Años más tarde, concretamente del 18 al 4 de mayo de 1910, se celebró en París el *IV Congreso Internacional para la Represión de la Trata de Blancas*, en el que se reunieron diferentes representantes de Estado, en su gran mayoría europeos¹¹², con el objetivo de obtener la ratificación de los acuerdos de 1902 de aquellos Estados que no lo habían hecho hasta entonces.

Este Congreso concluyó con la firma de la “*Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910*”¹¹³, la cual pretendía tomar medidas más efectivas contra este fenómeno delictivo¹¹⁴. Esta Convención

110 De León Villalba (2003), pp. 87-88; Cfr. Rebollo Vargas (2006), p. 34.

111 Ver De León Villalba (2003), p. 88.

112 Los países firmantes fueron: Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal, Rusia, Suecia y España.

113 Firmada el 4 de mayo de 1910. Disponible en *Deutsches Reichs-Gesetzblatt* (1913), págs. 252 y ss. Esta Convención fue posteriormente enmendada por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.

114 Al mismo tiempo en Estados Unidos a través de la investigación *Importation and Harboring of Women for Immoral Purposes* [Importación y Acogida de Mujeres con Propósitos Inmorales], se adoptó *The White Slave Traffic Act of 1910* [Ley de Trata de Blancas de 1910] que centraba su regulación en la imposición de severas sanciones a todos aquellos que transportaran entre Estados o al extranjero a mujeres o niñas con propósitos

define como *Trata de Blancas* el reclutar, secuestrar o seducir, aun con su consentimiento, a una mujer o joven menor de edad¹¹⁵, con propósitos licenciosos, para satisfacer las pasiones de otro, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción se hayan cometidos en países diferentes¹¹⁶. (Artículo 1).

La Convención también establece que en el caso de las mujeres o jóvenes mayores de edad también debe ser castigado el utilizar engaños, violencia, amenazas, abuso de autoridad, o cualquier otro medio de coacción cualquiera para satisfacer las pasiones de otro (Artículo 2)¹¹⁷.

Entre los aspectos destacables de esta Convención están¹¹⁸:

Reconoce que la trata puede darse tanto al interior de un país o en países diferentes¹¹⁹,

Diferencia entre las mujeres y las menores de edad¹²⁰; así, protege a las menores de edad de manera absoluta e indistintamente de si fuesen reclutadas de manera voluntaria, mientras que las adultas están protegidas si el consentimiento fuese obtenido bajo las circunstancias mencionadas en el artículo 2 de la Convención¹²¹.

inmorales. De León Villalba (2003), pp. 88-89.

115 En los documentos que nacen de los anteriores encuentros se demandaba el castigo de cualquiera que raptara o trasladara, para propósitos inmorales, a una mujer de menos de 20 años, incluso con su consentimiento. *Ibid.*, p. 89.

116 Esto con el objetivo de facilitar la persecución de la trata internacional de mujeres. Trávnícková (2004), p. 41.

117 Sin embargo, en el Protocolo de Clausura de la Convención, letra A, se establece que las disposiciones de los artículos 1 y 2 deben ser consideradas como un mínimo y, por lo tanto, los Estados Parte son libres de penalizar otras infracciones análogas, por ejemplo, el engaño de mujeres adultas aunque no haya habido fraude ni amenaza. *Deutsches Reichs-Gesetzblatt* (1913), p. 262.

118 *Cfr.* Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 55; Gómez Tagle (2004), p. 201; Trávnícková (2004), p. 41; De León Villalba (2003), pp. 89 y 90; García Bastante (s.f.), p. 85.

119 Artículo 1 de la Convención.

120 El Protocolo de Clausura de la Convención, letra B establece que deberá entenderse por mujer o niña menor de edad a toda aquella que no hubiese cumplido los veinte años. *Deutsches Reichs-Gesetzblatt* (1913), p. 262.

121 Y que para Trávnícková pareciera que en el caso de las mujeres adultas, el peligro no fuese tan terrible y que consecuentemente estas no necesitasen la misma protección que las menores de edad. Trávnícková (2004), p. 41.

Se endurecen las penas, pasando de ser sanciones meramente administrativas, tal como lo eran en el Acuerdo del año 1904, a sanciones penales¹²². En este sentido, por primera vez los países firmantes se comprometen a la adopción de medidas penales y en el caso de aquellos cuya legislación no contemplara y reprimiera las infracciones antes referidas, se comprometían a tomar en sus respectivas legislaciones las medidas necesarias para que dichas infracciones fueran castigadas de acuerdo con su gravedad. (Artículos 3 y 4). A partir de esta Convención los instrumentos internacionales comenzaron a conceptualizar la trata y la explotación de la prostitución como delito penal que daba lugar a la extradición.

Entre los aspectos criticables de esta Convención están el tener provisiones demasiado genéricas y vagas, por ejemplo, el ejercicio de la prostitución no formaba parte de la definición de trata porque era una práctica reglamentada y, por lo tanto, legal en cuanto se mantuviera dentro de los márgenes del control policial y sanitario a que la sometía el Estado¹²³, así, el Protocolo de Clausura de la Convención, letra D estipulaba que en el caso de retención contra su voluntad de una mujer o menor de edad en un prostíbulo, no puede, *a pesar de su gravedad*, figurar dentro de la Convención, debido a que esto es competencia de cada Estado. Tampoco se castiga explícitamente la negociación y la entrega al cliente; y se incluye la exigencia de «propósitos inmorales» sin definirlos, lo que conllevaba a que estos fueran interpretados por los tribunales de acuerdo con los criterios religiosos y machistas dominantes en la época.

Luego, en 1913, se formó una *Coalición contra la Trata* que se reunió en Madrid para establecer una agenda de futuras acciones para la lucha contra este fenómeno¹²⁴. Las reuniones de este tipo se ven suspendidas por la Primera Guerra Mundial y son retomadas posteriormente a esta por la Sociedad de Naciones¹²⁵. Específicamente, en el año 1919, se creó un *Comité de*

122 No obstante el Protocolo de Clausura de la Convención, letra C establece la pena privativa de libertad se aplicará sin perjuicio de las penas accesorias correspondientes. Deutsches Reichs-Gesetzblatt (1913), p. 262.

123 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 55.

124 Aromaa (2007), p. 13.

125 El Pacto de la Sociedad de las Naciones se adoptó el 28 de abril de 1919 e instaba a los

seguimiento sobre la trata con fines de explotación sexual. Entre las funciones de este comité estaba el recibir los informes realizados por los gobiernos y las asociaciones sobre los salarios de las mujeres, su situación económica y la situación de la prostitución en los respectivos países. En estos informes se apreciaba que los países habían adoptado un sistema abolicionista¹²⁶, el cual venía acompañado a su vez de una disminución de la trata de mujeres y de una regresión de las enfermedades venéreas. Además se establecieron nexos de unión entre la prostitución, la trata y la pornografía calificándola como “publicaciones obscenas”¹²⁷.

En ese mismo año (1919), tiene lugar la “*Convención para la completa supresión de la esclavitud en todas sus formas y el tráfico de esclavos por tierra y mar*”, también conocida como *Convención de Saint-Germain* en la que se reunieron nuevamente los Estados firmantes de la Declaración de Bruselas para revisar los documentos suscritos con anterioridad relativos a la esclavitud y la trata de personas y con el objetivo de lograr la completa supresión de la trata de personas por tierra y mar¹²⁸. Esta Convención sirvió de antecedente inmediato de la Convención contra la Esclavitud de Ginebra¹²⁹.

Posteriormente, el comité de seguimiento sobre la trata apuntó la necesidad de revisar los instrumentos relativos a la trata de mujeres debido a que los instrumentos anteriores mostraron algunos retrocesos¹³⁰. Consecuencia de esto se convocó una nueva Conferencia Internacional en Génova en 1921, a la que acudieron treinta y cuatro Estados¹³¹, y cuyo resultado fue

Estados miembros no solo a asegurar condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para todos sino también a trabajar en pos de suprimir la trata de mujeres y niños con fines de explotación sexual. Naciones Unidas (2000a), p. 11.

126 Por ejemplo en Francia, Avril de Sainte Croix fue una de las figuras más destacables que esgrimieron las reivindicaciones abolicionistas en la Sociedad de Naciones a partir de 1919. Marcele Legrand Falco, fundadora en 1926 de la rama francesa del movimiento abolicionista llevó a cabo una campaña en Francia a favor de la abolición, los derechos civiles y la igualdad económica de las mujeres. En este mismo periodo, grandes asociaciones de defensa de los derechos humanos, como la Liga de Derechos Humanos se adhirieron a las abolicionistas. Markovich (2009), p. 8.

127 *Ver Ibid.*

128 *Ver* García Bastante (s.f.), p. 85.

129 Rebollo Vargas (2006), p. 34.

130 Trávníčková (2004), p. 43.

131 Estos países fueron: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, el Imperio Británico

la promulgación de la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921*¹³² la cual pretendía mejorar la protección establecida por la Convención de 1910 y dar la oportunidad a los países que no se habían adherido a la Convención de 1904 o de 1910 de adherirse a la de 1921 (Artículo 1).

En cuanto a la definición de trata de mujeres y menores, dicha convención no estipula ninguna en concreto, manteniendo como definición la estipulada en los artículos 1 y 2 de la Convención de 1910, con la única excepción que el objeto de protección no serán solo mujeres sino también menores de edad de ambos sexos.

Entre los aspectos más destacables de esta Convención están¹³³:

- No utilizar más el término *trata de blancas*, decisión que fue tomada en la Conferencia Internacional dado la confusión que el uso de dicho término provocaba, además de sus connotaciones racistas, por lo que se recomendó el abandono de este por el de *trata de mujeres y menores*, extendiendo de esta forma la protección a todas las razas y a todos los sexos¹³⁴.
- Elevar la edad del consentimiento para el mantenimiento de relaciones sexuales a los veintiún años (Artículo 5).
- Adoptar cuantas medidas sean necesarias para descubrir y castigar a quienes se dediquen a la trata de mujeres y menores (Artículo 2), así como la tentativa y actos preparatorios referentes a este delito (Artículo 3).
- Vigilar a las agencias y oficinas de empleo con el fin de proteger a las mujeres que buscan trabajo en otros países, así como el crear medidas legislativas o administrativas, en el ámbito de la emigración e inmigración

(con Canadá, la *Commonwealth* de Australia, la Unión de Sudáfrica, Nueva Zelanda e India), Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Noruega, Holanda, Persia, Polonia (con Danzig), Portugal, Rumania, Siam (ahora Tailandia), Suecia, Suiza y Checoslovaquia.

132 Convención que fue abierta a firma desde el 30 de septiembre de 1921 hasta el 31 de marzo de 1922.

133 Cfr. De León Villalba (2003), p. 89; Gómez Tagle (2004), p. 202; Martínez Osorio (2008), p. 16; Rebollo Vargas (2006), p. 34; Trávníčková (2004), p. 43.

134 Aunque en realidad, según Martínez Osorio, con la promulgación de este instrumento se pretendía distinguir esta conducta del comercio de esclavos negros del siglo XIX. MARTÍNEZ OSORIO (2008), p. 16.

que permitan el apoyo a las mujeres y niños en el momento de la partida, tránsito y llegada (Artículo 6).

La creación de la *Comisión consultiva sobre la trata de mujeres y menores*, formada por delegados oficiales de los diferentes gobiernos¹³⁵, que se encargaría del estudio de problemas concretos en relación con la trata y la protección de las mujeres contratadas para el teatro en el extranjero, la protección de las emigrantes, la creación de un cuerpo de policía exclusivamente femenino y la conservación o supresión de las casas de tolerancia¹³⁶.

No obstante, dicha Convención también tiene aspectos criticables. Así, sus regulaciones confirmaban, en gran medida, las políticas moralistas ya implantadas en la Convención de 1910; también se formalizó y legalizó una estricta separación entre la trata de mujeres y la prostitución de carácter local, creando un debate retórico que sin duda tuvo trascendencia en las líneas políticas alejándolas de la realidad social¹³⁷.

Posteriormente, en el año de 1924, la Sociedad de las Naciones promulgó la *Declaración de los Derechos del Niño*, la cual surgió de la necesidad de proteger a los menores de edad de las prácticas de explotación. Dicha Declaración incluyó la protección del niño contra la esclavitud y la trata de esclavos, afirmando que los niños debían ser protegidos de cualquier forma de explotación¹³⁸.

Al mismo tiempo, el Consejo de la Sociedad de Naciones creó la *Comisión Temporal sobre la Esclavitud* la cual, después de elaborar

135 Dicha comisión estaba constituida por diez representantes de otros tantos Estados designados por el Consejo de la Sociedad de Naciones y por cinco asesores pertenecientes a cinco entidades no gubernamentales que tenían como objetivo fundamental la lucha contra dicha trata. Estas entidades fueron: Asociación católica para la protección internacional de la joven, la Asociación judaica para la protección de la joven, la Federación de las Uniones de las Amigas de la joven, la oficina internacional de Londres para la represión de la trata de blancas y las grandes Asociaciones internacionales femeninas. De León Villalba (2003), Nota 4, pp. 89-90.

136 Y que para De León Villalba “en el fondo era la ratio última del tráfico, puesto que a ellas se dirigía a las mujeres traficadas”. De León Villalba (2003), p. 90.

137 Ver De León Villalba (2003), pp. 89-90.

138 Ver Naciones Unidas (2000a), p. 26.

un informe sobre la situación de la esclavitud¹³⁹, culminó con la firma la *Convención Relativa a la Esclavitud de 1926*¹⁴⁰. Esta fue la primera legislación internacional de esta naturaleza desde la *Conferencia de Berlín de 1885* y la *Conferencia de Bruselas de 1890* que llamaban a la completa supresión de la trata de esclavos¹⁴¹.

Dicha Convención definía la trata de esclavos como “*todo acto de captura, adquisición o cesión de cualquier individuo para venderle o cambiarle y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos*” (Artículo 1. 2).

De hecho, para MARTÍNEZ OSORIO, el problema terminológico de la trata pudo haber sido satisfactoriamente resuelto en los inicios del siglo XX, pero el entendimiento de la trata como una forma irregular de comercio sexual, ensombreció su verdadero entendimiento como una forma más de esclavitud. “*En realidad, las connotaciones claramente moralistas del momento hicieron ver este fenómeno como “algo aparte” y sujeto a explicaciones diferentes de las que correspondían al fenómeno de la esclavitud; aún y cuando la trata de mujeres y niñas, pudiera quedar comprendida dentro del artículo 1 de la Convención dictada para tales efectos en 1926*”¹⁴².

Entre los aspectos destacables de esta Convención están¹⁴³:

Fue la primera legislación internacional que definió la esclavitud¹⁴⁴ (Artículo 1). Así, estableció que la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

139 Informe cuyos resultados fueron presentados el 12 de junio de 1924. García Bastante (s.f.), p. 85; Cfr. Gómez Tagle (2004), p. 198.

140 Firmada concretamente el 25 de septiembre de 1926 por Albania, Alemania, Austria, Bélgica, el Imperio Británico, Canadá, el Commonwealth de Australia, la Unión de Sudáfrica, el Dominio de Nueva Zelanda, India, Bulgaria, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, España, Estonia, Abisinia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Liberia, Lituania, Noruega, Panamá, Holanda, Persia, Polonia, Portugal, Rumania, el Reino de Serbia, Croacia y Eslovenia, Suecia, Checoslovaquia y Uruguay. Posteriormente, esta Convención sería incorporada a la legislación de Naciones Unidas a través del Protocolo para Modificar la Convención sobre la Esclavitud, de 7 de diciembre de 1953.

141 Ver Schmidt (2004), p. 61.

142 Martínez Osorio (2008), p. 17.

143 Cfr. García Aran (2006); United Nations (2003), pp. 82-83.

144 Esta definición incluía las otras formas de esclavitud identificadas por la *Comisión Temporal sobre la Esclavitud* en 1924. United Nations (2003), pp. 82-83.

- Prohibía la esclavitud como relación jurídica institucionalizada y el ejercicio de los atributos de derecho de propiedad sobre las personas.
- Comprometía a los Estados a tomar las medidas necesarias para impedir y reprimir el embarque, desembarque y transporte de esclavos en sus aguas territoriales y, en general, en todos los buques que navegan bajo el pabellón nacional de las mismas (Artículo 3), así como el lograr, dentro del menor tiempo, la abolición total de la trata (Artículo 4).
- Comprometía a los Estados a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo llegue a condiciones análogas a la esclavitud (artículo 5).
- Permitía el trabajo forzoso, pero indicaba que solo podría exigirse para fines de utilidad pública, que debía estar reglamentado por las autoridades centrales competentes del territorio interesado y que mientras subsistiera ese trabajo forzoso u obligatorio, no se emplearía sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia (Artículo 5).
- Comprometía a los Estados a tomar las medidas pertinentes para imponer penas severas para castigar las infracciones según lo estipulado en la Convención.

Sin embargo, es criticable el hecho de que en las definiciones de esclavitud y de trata de esclavos de la Convención no se hiciera mención específica a la esclavitud infantil como categoría particular¹⁴⁵. Además, a pesar de regular que el trabajo forzado era posible solo para fines de utilidad pública, la definición de esta última no aparece en la Convención, dejándolo al arbitrio de cada Estado.

Ese mismo año, 1926, se celebró una reunión en Ginebra que culminó con la *Recomendación número 26, sobre protección de muchachas y mujeres emigrantes a bordo de los buques*. Al mismo tiempo se creó un *Cuerpo Especial de Expertos* a los que se encargó la tarea de delimitar las características de la trata. Consecuencia de esto, se presentó en 1927 el *Report of the Special Body*

145 Está claro que las actitudes de los gobiernos en aquel momento eran algo ambivalentes, y posiblemente más tolerantes ante el trabajo infantil de lo que lo son hoy. Ese enfoque había cambiado para cuando se redactó la Convención suplementaria; se incluyó una referencia específica a la explotación de los menores además de la prohibición explícita de la servidumbre por deudas de adultos y niños. Naciones Unidas (2000a), p. 28.

of Experts on Traffic in Women and Children [Informe del Cuerpo Especial de Expertos en Trata de Mujeres y Menores], que ponía de manifiesto la magnitud del problema, que afectaba a cientos de mujeres y niñas, así como las condiciones en que se efectuaban la trata de mujeres y niños en determinados países de América, Europa y Oriente Medio¹⁴⁶.

El informe definía la trata como el transporte directo o indirecto a un país extranjero de mujeres y jóvenes para satisfacer la pasión sexual de otra persona u otras personas con fines de lucro¹⁴⁷. También señalaba que existían cuatro tipos de víctimas: la prostituta, que ejercía dicha actividad en su propio país antes de ser captada; la semiprofesional o «*complacent girls*», que era la mujer profesional que se prostituía en ocasiones para ganar dinero extra; las artistas, que trabajaban como bailarinas o cantantes en auditorios y cabarets y a las que se engañaba con falsas promesas de mejores empleos y oportunidades; y por último, la mujer inexperta, proveniente de familias pobres y con pocas expectativas de futuro y a las que a veces se engañaba, sirviéndose de una promesa de matrimonio¹⁴⁸.

Los proxenetas eran los que reclutaban a las mujeres y las llevaban al extranjero para luego colocarlas en burdeles; una vez colocadas les enseñaban cómo operar y las hacían dependientes a ellos, cobrándose del dinero que ganaban. A juicio de los expertos, los proxenetas constituían “*el mal principal que había que eliminar para suprimir el tráfico de mujeres*”¹⁴⁹

La trata de mujeres se fue extendiendo hacia Asia y al Lejano Oriente, por lo cual la Sociedad de Naciones nombró a la *Comisión de Investigación en Trata de Mujeres y Menores en el Este*, la cual publicó un informe en 1932 que confirmaba en gran medida el informe de la comisión anterior, señalando

146 Ver De León Villalba (2003), pág. 90 y Rebollo Vargas (2006), p. 35.

147 Dicho informe también señalaba que el cuerpo de tratantes, estaba formado principalmente por «*madames*» y «*souteneurs*», sin estructuras organizativas. Los jefes normalmente eran proxenetas retirados con recursos económicos suficientes para crear prostíbulos y adelantar un dinero a los proxenetas a cambio de un porcentaje de las ganancias. Estos eran considerados los principales actores de la trata, puesto que eran los que conseguían a las mujeres y las conducían a los prostíbulos y, en consecuencia, debían ser el principal objeto de represión. De León Villalba (2003), p. 90.

148 De León Villalba (2003), pp. 90-91; citando a *Report of the Special Body of Experts on Traffic in Women and Children* (Ginebra, 1927), I parte, p. 9.

149 Maqueda Abreu (2009a), p. 10.

como el factor más importante en la trata internacional de mujeres con destino en Oriente la existencia de los prostíbulos¹⁵⁰.

Tras la redacción de este informe, la Liga de Naciones promulgó la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad*, de 1933¹⁵¹, la cual pretendía complementar al Convenio de 18 de mayo de 1904 y las Convenciones de 4 de mayo de 1910 y de 30 de septiembre de 1921, relativas a la represión de la trata de mujeres y menores¹⁵².

La Convención establecía que sería reo del delito de trata quienquiera que, para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido, aún con su consentimiento, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país, incluso cuando los diversos actos que sean los elementos constitutivos del delito se hubieran realizado en distintos países (Artículo 1).

El aspecto más criticable de esta Convención es que declaró punible la conducta aún con el consentimiento de la víctima, abandonado a partir de este momento la trata su inicial dependencia del consentimiento¹⁵³, considerándose asimismo punibles la tentativa, e incluso dentro de los límites legales, cualquier acto preparatorio.

Para MAQUEDA ABREU fue esta Convención “*la que se propuso dar un paso adelante en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses abolicionistas y reglamentistas separando, una vez más, las realidades de la trata y la prostitución: el Estado no tenía por qué tolerar internacionalmente lo que tolere a nivel nacional. [...] El principio de autonomía de la voluntad solo regiría en cuanto a la prostitución de mayores en el interior del país pero*

150 Sin embargo, a la vez que crecía internacionalmente la inquietud en torno a la trata y se iba generalizando la voluntad de combatirla, la prostitución permanecía invisibilizada bajo el clima de tolerancia oficial impuesto por el sistema reglamentista. Maqueda Abreu (2009a), p. 10.

151 Concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933 y que entró en vigencia el 24 de agosto de 1934, en concordancia con su artículo 8. Esta Convención fue posteriormente enmendada por el Protocolo de Lake Success, Nueva York de 12 de noviembre de 1947. League of Nations (1934), p. 431.

152 La Convención fue firmada por Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Gran Bretaña, Irlanda, India, Bulgaria, Chile, China, Polonia, Danzig, España, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Mónaco, Noruega, Panamá, Holanda, Portugal, Suecia, Suiza, Checoslovaquia y Yugoslavia. España firmó la Convención pero no la perfeccionó por la ratificación.

153 Cfr. De León Villalba (2003), p. 92; y Maqueda Abreu (2009b), p. 1245-1246.

decaía cuando hubiere un traslado al extranjero. La coacción, el abuso o el engaño dejaban de ser, pues, elementos constitutivos de la definición de la trata"¹⁵⁴.

1.2. INSTRUMENTOS EMANADOS DE NACIONES UNIDAS

La segunda mitad del siglo pasado el fenómeno de la trata se caracterizó por el incremento de los flujos migratorios debido a varias causas, entre ellas, la pobreza, consecuencia del enriquecimiento de la burguesía a costa de las clases más desfavorecidas. Así, más de un 50% de mujeres tuvieron que emigrar del campo a la ciudad e instalarse en ambientes suburbanos o dirigirse al *primer mundo* en condiciones de máxima vulnerabilidad, ilegalidad y clandestinidad que garantizaban su exclusión social y su explotación laboral y sexual¹⁵⁵.

Otras características de la trata fueron los diversos conflictos armados que tuvieron lugar en diferentes partes del mundo así como el cambio radical de la *moral sexual* a partir de los años 70, que provocó un incremento en la demanda de la prostitución y actividades conexas a la misma como la pornografía y el exhibicionismo sexual¹⁵⁶.

En este sentido, la estructura de la trata se volvió más compleja y selectiva, dado que la explotación de la prostitución se distanció de los burdeles clásicos o de la figura del típico rufián o la *madame* encargada del burdel. Al contrario, aparecen redes criminales internacionales que crean y mantienen contactos *comerciales* generalmente entre países en vías de desarrollo y los más industrializados, diversificando y ampliando sus actividades a toda aquella que pudiera reportarles ganancias millonarias, especialmente a las vinculadas a la industria del ocio (saunas, clubs, salones de masaje, hoteles, servicios de acompañantes, salones de té, bares, etc.) Así, MAQUEDA ABREU afirma que "*se está en presencia de una clientela más dependiente de las modas, y que prefiere mujeres extranjeras, que aparte de ser más 'baratas', son muy 'exóticas'* [...]"

154 Maqueda Abreu (2009a), p. 10-11. Quien también afirma que a partir de esta Convención la gran mayoría de las Convenciones "*presumieron su condición de víctimas, declarando irrelevante su consentimiento*" Maqueda Abreu (2009b) p. 1245-1246.

155 Ver Osborne (2004), p. 12; y Maqueda Abreu (2007), p. 296.

156 Martínez Osorio (2008), p. 18.

Un exotismo que se relaciona con estereotipos sexistas-racistas más clásicos [...]”¹⁵⁷.

Sin embargo, lo más característico en esta segunda fase histórica, es la progresiva preocupación de los organismos internacionales ante los sectores considerados vulnerables: mujeres, niños y niñas; esto dio lugar a diferentes pronunciamientos y programas de acción tanto de organismos mundiales como Naciones Unidas y sus diferentes organizaciones, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), entre otros; así como de organismos de carácter regional.

Particularmente, las Naciones Unidas desde su conformación hasta el día de hoy ha emitido diferentes documentos con el objeto de atacar el fenómeno criminal de la trata de personas. En este sentido, se cuenta con varios instrumentos que establecen la prohibición de la trata; ya sean instrumentos generales de derechos humanos como instrumentos específicos que abordan la trata de forma particular¹⁵⁸. Asimismo, en algunos de estos instrumentos se establecen mecanismos o garantías internacionales de protección de los derechos que estos tratados establecen¹⁵⁹.

También es válido mencionar a los órganos no convencionales, los cuales llevan a cabo la acción general de Naciones Unidas en materia de

157 Maqueda Abreu (2002a), p. 259; Ver también Maqueda Abreu (2003a), p. 64; (2003b), p. 6; y (2002b), pp. 440-441.

158 “Cabe poner de manifiesto la relevancia de dichos Convenios y Protocolos con base fundamentalmente en los siguientes argumentos:

1. Valor normativo de las Convenciones y Protocolos adoptados en estas esferas una vez han sido firmados y ratificados por un determinado Estado.
2. La propia consolidación de determinados derechos en la esfera supranacional a través de su inclusión en textos aprobados por organismos de referencia a nivel internacional-universal aumenta la legitimidad y el reconocimiento social de lo allí dispuesto, con independencia de que un determinado Estado no se haya adherido al mismo.
3. En relación con materias respecto de las cuales existe un importante consenso en la esfera internacional, el desarrollo del proceso legislativo interno sobre la base de lo aprobado previamente en las esferas mencionadas facilita la adhesión y el desarrollo de las iniciativas legislativas coherentes con los criterios asentados en el ámbito supranacional”. Boldova Pasamar; Urruela Mora et al. (2010), p. 9.

159 “En realidad, si no existieran las mencionadas garantía o mecanismos internacionales de protección, los derechos proclamados en los distintos textos servirían para bien poco, salvo para ser citados en ocasiones memorables o en declaraciones políticas, muchas veces privadas de auténtico contenido”. Chueca Sancho (1997), p. 33.

derechos humanos. Entre estos pueden destacarse la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión de la Condición de la Mujer, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁶⁰.

Para efectos de nuestro estudio, en este apartado analizaremos los diferentes instrumentos vinculantes y no vinculantes que abordan la trata de personas, ya sea dentro del contexto general de los derechos humanos o desde una perspectiva específica al delito en estudio.

A pesar de la existencia de múltiples instrumentos que de una u otra forma abordan la trata de personas, es válido tener en cuenta las críticas que hace CHUECA SANCHO respecto al estado actual de la codificación de los tratados internacionales de derechos humanos. Así, crítica la existencia de textos internacionales de derechos humanos de desigual valor jurídico (Resoluciones, Recomendaciones, Declaraciones, Tratados), ya que esto constituye, sin duda, un problema para la comprensión de la protección internacional. Asimismo, el elevado número de tratados existentes no contribuye precisamente a la claridad, por lo tanto, debería reducirse drásticamente su número y concretar algunos de los derechos en ellos recogidos de un modo demasiado abstracto. También es necesario que se incluya los nuevos derechos que van surgiendo y se actualice aquéllos cuyo contenido ha quedado desfasado.

Por otro parte, añade, debe existir una más intensa participación de los Estados en los Tratados de derechos humanos, debido a la desigualdad respecto a las ratificaciones y adhesiones a dichos instrumentos. Asimismo, recomienda la democratización en el acceso a los mecanismos internacionales a través de la participación de las organizaciones internacionales en los tratados de derechos humanos¹⁶¹

1.2.1. Instrumentos generales vinculantes

En este apartado estudiaremos a los Tratados (que pueden presentarse en forma de Convenciones, Pactos y Acuerdos) que suponen por parte de

160 Un estudio detallado sobre los órganos convencionales y no convencionales de protección de derechos humanos en Chueca Sancho (1997).

161 Chueca Sancho (1997), pp. 70-72.

los Estados un reconocimiento de obligación legal hacia estos instrumentos. Comenzaremos con el estudio de aquellos instrumentos generales de derechos humanos que contengan dentro de su articulado regulaciones relativas a la trata de personas.

1.2.1.1. Convenciones de Ginebra

Después de terminada la Segunda Guerra Mundial y con la finalidad de garantizar un tratamiento humanitario durante el desarrollo de las guerras, las Naciones Unidas promulgaron las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y dos Protocolos adicionales, los cuales conforman la piedra angular de la ley humanitaria internacional¹⁶². En este sentido, la utilización a gran escala de la violación, la prostitución forzosa, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra¹⁶³, e incluso en los conflictos armados internos, conllevó a que se establecieran regulaciones específicas contra la trata de personas. Entre estas cabe mencionar el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra el cual establece que todas las personas que no toman parte activa en las hostilidades o que caigan en poder del adversario, sean tratadas humanitariamente sin distinción de raza, color, religión o fe, sexo, condición económica o cualquier otro criterio similar.

Respecto a la regulación de la trata de personas, las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos I y II prohíben específicamente la esclavitud y la trata

162 De León Villalba (2003), p. 92.

163 Por ejemplo, entre 1932 y el final de la segunda guerra mundial el ejército imperial japonés reclutó por la fuerza a aproximadamente 200.000 mujeres para dedicarlas a la prostitución. Los militares japoneses fueron responsables de secuestrar a mujeres, la mayoría procedentes de Corea, pero otras fueron traídas de China, Indonesia, Filipinas y otros países asiáticos controlados por el Japón. En su mayoría eran muchachas de entre 11 y 20 años de edad. Se afirma que se utilizaron diversos métodos, entre ellos la violencia física, el rapto y el engaño, para ejecutar la política oficial de proporcionar servicios sexuales a los soldados japoneses. *Ver* Chávez (1996), p. 4; También en el caso de la guerra de Bosnia-Herzegovina existen pruebas de que se detuvo a mujeres croatas, musulmanas y serbias, algunas en campamentos especiales organizados expresamente con el propósito de cometer abusos sexuales, durante largos períodos. *Ver* Mazowiecki (1993), párr. 61. Incluso en algunos casos las obligaban a que sirvieran de esclavas sexuales de los soldados enemigos, quienes las golpeaban, torturaban y amenazaban. Las mujeres también eran detenidas en hoteles, fábricas, escuelas o iglesias con el solo fin de satisfacer los deseos sexuales de los soldados y otros enemigos. *Ver* United Nations (1994), párr. 249.

de esclavos en todas sus formas, así como la prostitución forzada, dado que esta práctica ha sido utilizada como instrumento de las guerras modernas con aparente impunidad¹⁶⁴.

En concreto, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)¹⁶⁵ regula en el artículo 27 que las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Se prohíben expresamente la violación y la prostitución forzada. Las mujeres tienen derecho en todas las circunstancias a que su persona, su honor y sus derechos familiares sean respetados; siempre serán tratadas con humanidad y protegidas contra cualquier acto de violencia.

En el mismo sentido, el artículo 147 del mismo Convenio establece como infracciones graves las que implican cualquiera de los actos de tortura o tratos inhumanos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; la detención ilegal; el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; entre otros, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio.

De igual forma, los Protocolos I y II ratifican las obligaciones para las partes en conflicto de tratar humanitariamente a las personas bajo su control y requieren que las mujeres estén protegidas contra la violación, la prostitución forzada y la agresión sexual. Así, el Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales¹⁶⁶ regula el respeto a la persona como un principio fundamental a través del párrafo 1 del artículo 11, el cual afirma que *“No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada, la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma”*.

164 Ver Naciones Unidas (2000a), p. 21.

165 La cual se refiere a la protección de las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. (Art. 4 Convenio IV).

166 Aprobado el 8 de junio de 1977.

El mismo Protocolo también prohíbe los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor¹⁶⁷ y concede protección especial y respeto a las mujeres, en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor¹⁶⁸.

El Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional¹⁶⁹ también prohíbe los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; así como la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas¹⁷⁰.

De igual forma, regula que los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades¹⁷¹.

1.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966¹⁷² y entró en vigencia diez años después. Respecto al tema de la trata de personas establece en su artículo 8 que “*Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas*”. Estas “formas” son las que inciden sobre cualquiera de los derechos de la personas, aislada o conjuntamente. Por ejemplo, las que podrían ejercerse sobre el derecho al trabajo remunerado, a la dignidad o el derecho a la libertad sexual.

Este Pacto también establece que nadie estará sometido a servidumbre ni será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, y equipara a la esclavitud y la trata de esclavos con la servidumbre.

No obstante, también establece una serie de supuestos que no habrán de considerarse trabajo forzoso u obligatorio, tales como: el cumplimiento

167 Inciso b del párrafo 2 del artículo 75.

168 Párrafo 1 del artículo 76.

169 De fecha 8 de junio de 1977.

170 Incisos e) y f) del párrafo 2 del artículo 4.

171 Artículo 4 (3) (c).

172 Específicamente el 16 de diciembre.

de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; los trabajos o servicios que —aparte de los mencionados— se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; el servicio de carácter militar y —en los países donde se admite la exención por razones de conciencia— el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; y el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales¹⁷³.

El artículo 9 regula el derecho a la libertad y seguridad personal, estableciendo concretamente que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. Consecuentemente la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud son una violación del derecho a la libertad y la seguridad de la persona.

El artículo 23 establece que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Esta disposición es violentada en los casos en que la persona no puede elegir libremente con quien contraer matrimonio o establecer una familia, o en el caso en que las mujeres son sometidas forzosamente como concubinas bajo el control de un hombre.

Asimismo, esta Convención establece el procedimiento de comunicaciones entre Estados mediante el cual un Estado puede reclamar contra otro Estado por violación de los derechos humanos¹⁷⁴. No obstante, este sistema es facultativo, por lo tanto, los Estados que sean parte de Pacto deben efectuar una declaración adicional admitiendo expresamente que reconocen la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir comunicaciones entre Estados¹⁷⁵.

173 Artículo 8.

174 Artículo 41.

175 Sin embargo, en la práctica estos procedimientos interestatales nunca han sido utilizados ya que los Estados se muestran muy cautos ante tales procedimientos y, si surgen diferencia en este ámbito, prefieren buscar otros modos de arreglo. *Ver* Chueca Sancho (1997), pp. 48-49.

1.2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966¹⁷⁶. Dentro de su articulado se encuentran regulaciones contra la trata de personas, entre estos cabe mencionar concretamente el artículo 6 de dicho Pacto que reconoce el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado; y el artículo 7 establece como obligación de los patronos el brindar una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo igual; condiciones de existencia dignas; seguridad y la higiene en el trabajo y el descanso.

Respecto al matrimonio forzado, el apartado primero del artículo 10 regula que este solo será válido con el libre consentimiento de los futuros esposos; mientras que el apartado tercero protege a los niños y adolescentes de la explotación económica y social al prohibir el empleo de estos en trabajos peligrosos para su salud o moral, o que conlleven un peligro para su vida o normal desarrollo. Igualmente establece que el empleo a sueldo de mano de obra infantil debe ser sancionado por la ley.

1.2.1.4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁷⁷ es considerada el instrumento más amplio en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres¹⁷⁸. Ya desde su preámbulo establece que la discriminación contra la mujer viola los principios

176 Concretamente el 16 de diciembre.

177 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de septiembre de 1979. Resolución 34/180. Entró en vigencia en 1981, después de ser ratificada o adherida por 20 Estados. Hasta 2010, 187 países habían ratificado o se habían adherido a la Convención, mientras que Estados Unidos, la había firmado pero no ratificado. Solo siete países, a saber, Irán, Nauru, Palaos, Somalia, Sudán, Tonga y el Vaticano no habían firmado la convención. Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

178 Para García Bastante "La escasa efectividad de la Convención de 1949 debido a la falta de compromiso de los Estados firmantes, es reconocida por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres []" García Bastante (s.f.), p. 86.

de igualdad de derechos y respeto a la dignidad humana. Así, la Convención define “*discriminación contra la mujer*” como “*Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”¹⁷⁹.

Por lo tanto, se establece la obligación de los Estados Parte de eliminar toda forma de discriminación existente tanto *de iure* como *de facto*, en el ámbito público como privado. Consecuentemente, deberán adoptar las medidas necesarias para cumplir con esta obligación. Todas estas regulaciones contra la discriminación de la mujer se encuentran vinculadas a la trata de mujeres, dado que esta es considerada una forma de discriminación, consecuentemente, la Convención en su conjunto puede ser aplicada para la regulación y combate de esta.

Por ejemplo, la pobreza, el desempleo, las condiciones desiguales en el trabajo y la falta de oportunidades causadas por las prácticas discriminatorias contra las mujeres aumentan las oportunidades para la trata, además de contribuir al surgimiento de nuevas formas de explotación de la mujer como el turismo sexual, el trabajo doméstico forzoso en países desarrollados y la venta de esposas. Estas condiciones desiguales también pueden conllevar a algunas mujeres e incluso niñas a ser víctimas de prostitución forzada¹⁸⁰.

En la Convención también podemos enumerar artículos que atañen específicamente a la trata de mujeres, a saber:

- El Artículo 5 establece que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. En este sentido, podemos incluir dentro de estos patrones socioculturales las prácticas como

179 Artículo 1 de la Convención.

180 *Cfr.* United Nations (1993), p. 3 y SDD (2003), p. 225.

los matrimonios forzados o la dote. Del mismo modo, estos patrones o prácticas discriminatorias pueden contribuir a la explotación de las mujeres como objetos de sexuales¹⁸¹.

- El art. 6 de la Convención requiere a los Estados Parte que tomen todas las medidas necesarias, incluso medidas legislativas, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y su explotación en la prostitución.
- El art. 16 establece la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurar que tanto hombres como mujeres tienen el mismo derecho para contraer matrimonio y para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

Este mismo artículo establece la invalidez del matrimonio con menores y la consiguiente obligación de adoptar todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio.

Dentro de la Convención también se establece la formación del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer con el fin de monitorear la implementación de las medidas reguladas en esta¹⁸². Entre sus atribuciones están el recibir y analizar de los Estados Parte los informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y sobre los progresos realizados en este sentido¹⁸³. También el Comité está a cargo de informar anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y puede hacer sugerencias y recomendaciones generales¹⁸⁴ basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Parte¹⁸⁵.

Estas sugerencias y recomendaciones no son legalmente vinculantes pero se espera que los Estados Parte las apliquen de buena fe, dado que estas

181 *Ver* United Nations (1993), p. 2.

182 Sobre el funcionamiento de este Comité *Ver* Chueca Sancho (1997), pp. 39-40.

183 Artículo 18 de la Convención.

184 Las Sugerencias son usualmente dirigidas a los organismos de Naciones Unidas mientras que las Recomendaciones Generales están dirigidas a los Estados Parte.

185 Artículo 21 de la Convención.

contienen interpretaciones de las regulaciones establecidas en la Convención. En el tema relativo a la trata de mujeres el Comité ha emitido la Recomendación General No. 19 que menciona formas de explotación de la mujer.

1.2.1.5. Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989¹⁸⁶. Esta Convención pretende establecer un marco integral de protección del menor a través de regulaciones legislativas, de policía y administrativas. Asimismo, la Convención debe ser interpretada como un conjunto de normas indivisibles, y en este sentido, todo el articulado puede ser vinculado a la protección de los menores contra la trata.

La Convención cuenta también con varios artículos específicos dirigidos a proteger a los menores de edad de este flagelo. Entre estos cabe mencionar:

- El artículo 11 establece la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero¹⁸⁷.
- El artículo 19 requiere de los Estados el tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger a los niños y niñas de todas formas de violencia física o mental, maltrato o explotación, incluyendo el abuso sexual, mientras estén al cuidado de sus padres, representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
- El artículo 21 contiene regulaciones respecto a la adopción de menores y su protección contra la trata para adopciones ilícitas. De igual forma dispone que las adopciones no han de dar lugar a beneficios financieros indebidos.
- El artículo 32 reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

186 Resolución 44/25.

187 Lo que en palabras de Boldova Pasamar es una de las cuestiones fundamentales dado que “Una parte importante de la trata de menores se materializa en desplazamientos internacionales forzados de niños con fines de explotación laboral, sexual, de tráfico de órganos, etc.” Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 13.

- El artículo 34 hace especial alusión a formas concretas de explotación y abuso sexuales. En particular subraya la necesidad de que los Estados Parte tomen las medidas necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño en la prostitución¹⁸⁸ u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.
- El artículo 35 remarca la necesidad de que los Estados Parte tomen todas las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma¹⁸⁹. Este artículo es más amplio que el artículo 34 que solo se refiere a la pornografía y la prostitución infantil.
- El artículo 36 regula que se debe proteger al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar. De esta forma se establece una protección aún más amplia, si bien menos específica.
- El Artículo 38 obliga a los Estados Parte a adoptar todas las medidas posibles para asegurar que los menores de 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades ni sean reclutados en las fuerzas armadas. En el caso de reclutarse a menores que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, la Convención pide a los Estados Parte el procurar dar prioridad a los de más edad.

Este artículo resulta controvertido pues parece aceptar que las partes enfrentadas permitan a los y las menores en edades de 15, 16 y 17 años alistarse en las fuerzas armadas. Sin embargo, si interpretamos el art. 38 conjuntamente con el art. 3 del Convenio 182 de la OIT, el reclutamiento de

188 Algunos interpretaban que el término “*explotación del niño en la prostitución*” significaba que los adultos podían legítimamente pagar por mantener relaciones sexuales con niños que habían alcanzado la edad del consentimiento sexual (por ejemplo, de 16 ó 17 años), pero que no resultaba lícito en ninguna circunstancia que nadie más se beneficiase del dinero obtenido. En junio de 1999, sin embargo, el Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999 de la OIT, confirmó que “*la utilización de niños para la prostitución*” está abarcada en la expresión “*las peores formas de trabajo infantil*” y que las normas internacionales hacen inadmisibles que nadie utilice en la prostitución a un niño que ha alcanzado la edad de consentimiento (inciso b) del artículo 3). Dottridge (2002), p. 36.

189 Para Dottridge “*Esta disposición es más global y por consiguiente más protectora, que el Convenio para la represión de la trata ya que no vincula la trata de niños a la explotación sexual.*” Dottridge (2002), p. 44.

menores comprendidos en ese grupo específico de edad sería válido solo si es *voluntario*, dado que el citado artículo del Convenio 182 define como peor forma de trabajo de trabajo infantil el reclutamiento *forzoso u obligatorio* de niños - toda persona menor de 18 años según el artículo 2 del mismo Convenio- para utilizarlos en conflictos armados¹⁹⁰.

- El artículo 39 establece el compromiso de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas con el fin de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de los menores víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o que sean utilizados en conflictos armados.

Esta Convención también regula la formación del Comité de los Derechos del Niño —integrado por dieciocho expertos— cuya finalidad es examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte¹⁹¹. En este sentido, los Estados Parte se comprometen a presentar cada cinco años al Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos¹⁹². El Comité también tiene la potestad de formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en los informes recibidos, así como de realizar visitas periódicas a los distintos países¹⁹³.

Las competencias del Comité de Derechos del Niño son, sin embargo, muy limitadas: únicamente conoce los informes que le envíen los Estados

190 Cfr. Chueca Sancho (2006), p. 147; y Dottridge (2002), p. 45.

191 Artículo 43 de la Convención.

192 En las directrices para entregar los Reportes sugeridas por el Comité se pide a los Estados que provean toda la información estadística e indicadores relevantes respecto a la trata de menores. También se les solicita que presenten información sobre todas las medidas adoptadas- incluyendo medidas legislativas y penales- para prevenir la trata de menores. SDD (2003), p. 254.

193 Artículos 44 y 45 de la Convención. No obstante, como bien apunta Chueca Sancho las competencias del Comité de Derechos del Niño son muy limitadas ya que “*al no haber ningún procedimiento de comunicación de un Estado contra otro o de los particulares contra un Estado, la incidencia real de su trabajo es muy escasa. A pesar de todo, la publicidad de los trabajos de estos Comités puede contribuir a la efectividad. Al menos puede contribuir a paliar las situaciones más sangrantemente violatorias de los derechos humanos*”. Chueca Sancho (1997), pp. 40-41.

partes en la Convención, examina esos informes y a su vez remite un informe anual a la Asamblea General (art. 44). Al no haber ningún procedimiento de comunicación de un Estado contra otro o de los particulares contra un Estado, la incidencia real de su trabajo es muy escasa.

A pesar de todo, la publicidad de los trabajos de estos Comités puede contribuir a la efectividad. Al menos puede contribuir a paliar las situaciones más sangrantemente violatorias de los derechos humanos

1.2.1.6. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares tiene su antecedente en la primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial que fue celebrada en Ginebra en 1978. En dicha Conferencia se recomendó que se elaborase una convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios y se creó un grupo de trabajo para elaborarla¹⁹⁴. El Grupo de Trabajo terminó la redacción de la Convención en 1990, y el 18 de diciembre de ese mismo año la Asamblea General aprobó la Convención, que quedó abierta a la firma de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Tras doce años y medio reunió 21 Estados partes, cumpliendo así su art. 87, que exigía un mínimo de 20 Estados partes¹⁹⁵. Hasta el año 2013, solo 46 países¹⁹⁶ –seis de ellos europeos¹⁹⁷– son parte de la misma¹⁹⁸.

194 Cubías Medina (2006), p. 83.

195 Ver Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005a), p. 122.

196 Se puede consultar el estado actual de ratificaciones en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

197 Estos son Albania, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia y Turquía. El resto de países de Europa no han suscrito la Convención a pesar de la opinión favorable compartida por la Comisión Europea que considera deseable su ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea. Ver “*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Immigration and Asylum Policies*”. Document COM (94) 23 final, 23/02/1994, Párr. 109, 110 y 132.

198 Para García Bastante “*La poca disposición de los países de destino de la trata y el tráfico de personas para ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos que pretenden la protección de los derechos de las personas migrantes facilita la entrada de estos colectivos en redes y mafias de trata. Considerando a dichos grupos como una segunda categoría en su territorio y dificultándoles notablemente la adquisición de unos derechos de ciudadanía que*

Cabe señalar que ninguno de los Estados más receptores flujos migratorios del hemisferio occidental¹⁹⁹ se encuentra entre los actuales Estados Parte de la Convención, a pesar de que algunos de ellos hubieran participado activamente en la redacción de la Convención y ninguno hubiera votado en contra de la misma en el momento de su adopción por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas²⁰⁰. La mayor parte de las ratificaciones provienen sobre todo de países emisores de flujos migratorios que intentan proteger a sus ciudadanos²⁰¹.

Así, en relación con la Unión Europea, CHUECA SANCHO y ÁGÜELO NAVARRO afirman que esta debe rescatar el sentido y los derechos humanos presentes entre otros textos, ya que la Unión sufre una gran carencia que se deja sentir cada día en la vida de numerosas personas²⁰². La superación de esta carencia exige la adhesión a la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, puesto que la Unión tiene personalidad jurídica interna e internacional y puede celebrar tratados internacionales en las materias en las que sea competente. En el momento en el que la Unión Europea se decida a convertirse en parte en este tratado internacional comenzará a realizar una política efectiva de derechos humanos para todas las personas, incluidos los inmigrantes, sin ninguna discriminación. Por lo tanto, puesto que la Unión Europea ya tiene importantes competencias en materia de migraciones, “¿cuándo se planteará la misma Unión Europea la adhesión a este tratado internacional?”²⁰³.

Añade CHUECA SANCHO que la no ratificación de esta Convención se debe, en parte, a la mala interpretación que los países receptores han tenido

les hagan menos vulnerables.” García Bastante (s.f.), p. 89.

199 Por ejemplo Estados Unidos, Canadá, entre otros. Tampoco lo ha hecho España, ante lo cual CHUECA SANCHO cuestionaba en el año 2009, “¿Ratificará España algún día la Convención internacional sobre os Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, como decía el programa electoral del Partido en el Gobierno?”

200 Kariyawasam (2006), p. 23.

201 No obstante, Chueca Sancho y Ágüelo Navarro apuntan que la ratificación por parte de Estados de origen y, a la vez, de recepción de inmigrantes ha ido avanzado, tal como sucede en los casos de Chile, México, Libia, Turquía y Uruguay. Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005a), p. 122.

202 Sobre la protección de los derechos humanos en la Unión Europea en relación con el fenómeno de la inmigración *Ver en general* Chueca Sancho (2002a), (2002b) y (2009).

203 Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005a), p. 122. Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005b), pp. 223 y 224; Chueca Sancho (2005), pp. 271-272.

de la Convención al considerar que esta favorece la migración irregular ya que el otorgar más derechos a los migrantes convertiría a un Estado en más atractivo para los trabajadores migrantes²⁰⁴, esto a pesar que la Convención establece en su artículo 35 que los Estados Parte están obligados a adoptar medidas para combatir la migración ilegal. Así, afirma, “*Estamos ante un tratado internacional importante, que no realiza una política de puertas abiertas (como demagógicamente defienden sus detractores) y constituye el núcleo mínimo de Derechos Humanos que todo Estado democrático debe atribuir a los extranjeros, sea cual fuere su situación regular o regular*”²⁰⁵.

Esta Convención constituye un instrumento comprehensivo y progresivo en términos de protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, haciendo continuo énfasis en la dignidad y los derechos humanos de estos, lo que la convierte en el texto más avanzado en la materia que gira sobre el eje de los derechos humanos de todas las personas sea cual fuere su situación migratoria²⁰⁶. Así, intenta establecer un marco jurídico que garantice la protección contra todas las formas de hostilidad y violencia motivadas por el racismo y la xenofobia; y es aplicable en todas las fases del proceso migratorio —en el país de origen, el país de tránsito y el país de empleo²⁰⁷— tanto a los trabajadores migrantes documentados o legales como a los trabajadores migrantes en situación irregular, quienes deben ser tratados en igualdad de condiciones con respecto a

204 En la misma línea Kariyawasam afirma que “*El concepto de otorgamiento de derechos a los trabajadores migratorios fue inspirado no solamente por el principio básico del respeto a la dignidad de todos los seres humanos, sino también por el deseo de desanimar el recurso de los empleadores a la fuerza irregular de trabajo, haciendo que tal utilización sea mucho menos beneficiosa. [...] Esta Convención no constituye un instrumento a favor de una política más liberal de inmigración [...] persigue únicamente asegurar que todos los derechos humanos sean también otorgados a los trabajadores migratorios, en reconocimiento de que también constituyen una parte de nuestra amplia familia humana.*” Kariyawasam (2006), p. 24.

205 Asimismo, agrega el autor que es necesario reforzar el estatuto de derechos del migrante en el plano internacional a través, en particular, de la ratificación de los Tratados internacionales destacables en materia de protección de los derechos de los inmigrantes, entre los que cabe destacar la Convención de sobre la protección de todos los trabajadores migrantes y sus familiares. Chueca Sancho (2009), pp. 343 y 344. Ver también Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005a), p. 123; y Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005b), p. 223.

206 Ver Chueca Sancho y Ágüelo Navarro (2005a), p. 122.

207 Artículo 1.2 de la Convención.

los nacionales, en aspectos como las condiciones de vida y de trabajo, acceso a la justicia, libertad de movimiento y protección social²⁰⁸.

A pesar que esta Convención es una reiteración de los derechos humanos reconocidos a los migrantes internacionales en otros instrumentos de derecho internacional²⁰⁹ su valor radica en sistematizar un estándar normativo universal en materia de derechos y libertades de todos los trabajadores migratorios y sus familias incorporando un estándar mínimo de derechos reconocidos a los trabajadores migrantes, dada a su situación vulnerable que se desprende de la inherente condición de ser extranjero en otro Estado²¹⁰.

Respecto a la trata de personas, esta Convención contiene regulaciones cuya finalidad es el proteger al trabajador migrante y sus familiares de verse sometidos a formas de explotación, entre estas, la servidumbre por deudas, la prostitución forzada u otras formas o prácticas análogas a la esclavitud. En este sentido, las víctimas de trata deben ser consideradas trabajadores migrantes —y, por lo tanto, deben ser protegidas por la Convención— siempre que se vean involucradas en una actividad remunerada en un país distinto del de origen, incluso cuando no reciban las remuneraciones prometidas por los empleadores. La misma protección debe aplicarse a los familiares de las víctimas.

Específicamente entre las normas pertinentes a la trata de personas podemos mencionar:

- Los artículos 52 y 53 que establecen el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a elegir con libertad su empleo o actividad remunerada.
- El artículo 54.2 que regula el derecho del trabajador migratorio a recurrir

208 El aspecto de la protección social incluye el acceso a servicios, tales como los servicios de salud, legales, de educación, formación vocacional y vivienda. OIT (2009), p. 13.

209 Como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Convenciones contra la Esclavitud, los Convenios de la OIT y otros tratados de derechos humanos.

210 Cfr. Kariyawasam (2006), pp. 18-27; Bonet Pérez (2006), pp. 93-115; Cubías Medina (2006), p. 85; United Nations (2003), pp. 144-146. *Contra* De Lucas quien considera que la Convención “*sigue siendo en buena medida un brindis al sol, salvo quizá en algunos aspectos relacionados con la lucha contra la inmigración clandestina (contratación y tráfico ilegal de inmigrantes)*, en lo que supone de explotación [...]” De Lucas (2006) p. 32.

ante las autoridades competentes del Estado de empleo cuando su empleador incumpla las condiciones del contrato de trabajo.

- El artículo 66 que establece que el Estado deberá autorizar, aprobar y supervisar las operaciones de contratación de trabajadores migratorios.
- El artículo 68 el cual exige a los Estados — tanto a los receptores como a los de envío y tránsito— que colaboren y adopten medidas para imponer sanciones efectivas a quienes hagan uso de la violencia y de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios.
- El artículo 82 que regula la prohibición de renuncia a los derechos y libertades reconocidos así como la revocación de tales derechos y libertades a través de cláusulas contractuales, lo que conlleva la prohibición de ejercer algún tipo de presión sobre los trabajadores migratorios o sus familiares dirigida a que renuncien a tales derechos o acepten verse privados de su ejercicio.

La Convención también regula la creación del *Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*²¹¹, el cual está conformado por 14 expertos²¹². Su función principal es el examinar los informes presentados por los Estados Parte sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole adoptadas en cumplimiento de la Convención. Vistos los informes el Comité formula observaciones al Estado, las cuales son de naturaleza cuasi contenciosa y, por lo tanto, no son vinculantes para el Estado denunciado²¹³.

1.2.1.7. Estatuto del Tribunal Penal Internacional

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional fue adoptado el 17 de julio de 1998²¹⁴ por la *Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional* y, hasta octubre de 2010, cuenta con 114 Estados Parte²¹⁵.

211 Este Comité celebró su sesión inaugural en marzo de 2004 en Ginebra.

212 Artículo 72 de la Convención. La regulación del funcionamiento del citado Comité se encuentran en los artículos 72 a 78.

213 Artículo 74 de la Convención.

214 El Estatuto entró en vigencia el 1 de julio de 2002 en concordancia con su artículo 126. Registrado en las Naciones Unidas bajo el No. 38544.

215 A saber 31 Estados africanos, 25 Estados latinoamericanos, 15 Estados asiáticos, 18 Estados de Europa del Este y 25 de Europa occidental y otros países. Para obtener una lista actualizada

El objetivo principal del Estatuto es no dejar sin castigo aquellos crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional²¹⁶, por lo que, para la consecución de este objetivo, establece una Corte Penal Internacional de carácter permanente e independiente²¹⁷ pero vinculada con Naciones Unidas²¹⁸.

La Corte ejerce su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el Estatuto, sin embargo, su jurisdicción es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales²¹⁹ y su competencia se limita a los crímenes descritos en el Estatuto, siendo estos el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión²²⁰; y siempre que los elementos materiales del crimen se hubiesen realizado con intención y conocimiento²²¹, teniendo en cuenta que esta intención y conocimiento pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso²²².

En este sentido, podemos afirmar que este Estatuto es de fundamental importancia dado que establece la regulación jurídico-penal de los crímenes de su competencia. Por lo tanto, dado nuestro tema de estudio, nos centraremos en analizar las regulaciones jurídico-penales de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en tanto en cuanto estén vinculados a la trata de personas.

de los Estados Parte del Estatuto Ver <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/> España firmó el Estatuto el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 24 de octubre de 2000. Pese a haber ratificado el Estatuto, España declaró respecto al artículo 103 párrafo 1 (b) "*España declara su buena voluntad de aceptar en el tiempo apropiado, a personas sentenciadas por la Corte Penal Internacional, siempre que la duración de la sentencia no exceda al máximo estipulado para cualquier crimen bajo la ley española.*" El Salvador no ha firmado el Estatuto alegando que algunas disposiciones de la Constitución pueden verse afectadas por el Estatuto. En nuestra opinión la negativa de El Salvador se debe más a motivos políticos. Ver en general sobre las razones expresadas por El Salvador para negarse a firmar el Estatuto Argumedo (s. f.), pp. 25.

216 Sin embargo, en el Preámbulo del Estatuto se establece que nada de lo dispuesto en este deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado.

217 Artículo 1 del Estatuto.

218 Artículo 2 del Estatuto.

219 Ver Preámbulo del Estatuto.

220 Artículo 2 del Estatuto.

221 Como lo señala el artículo 30 del Estatuto.

222 Diario (2002), p. 116.

Respecto a los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto los define como cualquiera de los actos enumerados en su artículo 7.1²²³, entre los que menciona a la esclavitud, la esclavitud sexual y la prostitución forzada; cuando se cumplan dos condiciones:

1. Que la acción se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; entendiéndose por “ataque contra una población civil” la línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos enumerados en el artículo 7.1, contra una población civil, con el fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque, esto es, que el Estado o la organización promueva o aliente activamente el ataque, sin que sea necesario que los actos constituyan un ataque militar²²⁴.

De acuerdo con los *Elementos de los Crímenes* regulados por la Corte Penal Internacional, a pesar que la política de un Estado o de una organización de cometer un ataque contra una población civil se realiza mediante la acción de dicho Estado u organización, esta política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión

223 Art. 7.1.- A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

224 Ver Artículo 7.2 letra a) del Estatuto y Diario (2002), p. 120.

deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. Sin embargo, la existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización²²⁵.

2. Que se realice con conocimiento de dicho ataque, si ser necesario que el autor tenga conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático que esté comenzando, este elemento existirá si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole²²⁶.

Respecto a la esclavitud, el artículo 7.2 c) del Estatuto la define como “*el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad²²⁷ sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de dichos atributos en el tráfico de personas, en particular; mujeres y niños*”²²⁸.

En este sentido, los elementos que conforman al crimen de lesa humanidad de esclavitud son:

1. Que el autor ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, por ejemplo comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos; o les imponga algún tipo similar de privación de libertad, que, en algunas supuestos, puede incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de una persona a una condición servil²²⁹. También

225 Diario (2002), p. 120, nota 6.

226 *Ibid.* p. 119.

227 A saber, *ius utendi, ius fruendi* y *ius abutendi*. En el derecho español estos atributos se encuentran regulados en el artículo 348 del Código Civil que establece que “*La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”. En el caso salvadoreño, los atributos de la propiedad se regulan en el artículo 568 del Código Civil, que estatuye que “*Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario.*”

228 García Aran añade, respecto a esta definición que “*La propiedad, por definición, se ejerce sobre las cosas (plena in re potestas), no sobre las personas. Por esta razón, la definición de esclavitud no puede basarse en el ejercicio del derecho de propiedad sobre las personas, sino en el ejercicio de todos o alguno de sus atributos.*” García Aran (2006), p. 6.

229 Según se define 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.

se incluye en la conducta descrita la trata de personas, en particular de mujeres y niños²³⁰.

2. Que la conducta se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. Que el autor tenga conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Sería erróneo el interpretar el crimen de lesa humanidad esclavitud por lo que respecta solamente a las formas tradicionales de esclavitud. En cualquier caso, las nuevas formas de esclavitud pueden ser juzgadas por la Corte Penal Internacional al equipararse con el artículo 7.1 letra k) que también regula que son crímenes de lesa humanidad “*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”.

En lo relativo al crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, este debe cumplir tres elementos:

1. Que el autor ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, en las mismas condiciones establecidas *supra* respecto al crimen de lesa humanidad esclavitud.
2. Que el autor haga que esa o esas personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual.
3. Que la conducta se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Es necesario mencionar que en los *Elementos de los Crímenes* establecidos para la Corte Penal Internacional²³¹ se establece que dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o

230 Diario (2002), p. 121.

231 En virtud del artículo 9 del Estatuto.

más personas con un propósito delictivo común²³². Resulta curioso que no se realice la misma aclaración respecto al delito de lesa humanidad esclavitud, en el cual puede concurrir esta misma circunstancia.

Respecto al crimen de lesa humanidad de prostitución forzada, este debe cumplir los siguientes elementos²³³:

1. Que el autor haga que una o más personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como podría ser en el caso del temor a la violencia sobre una persona u otras personas de su entorno, la intimidación, la detención, la opresión psicológica, el abuso de poder, o la incapacidad de dar libre consentimiento.
2. Que el autor u otra persona obtengan, o esperen obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

En cuanto a los crímenes de guerra, el artículo 8 del Estatuto establece un listado de estos, siendo destacables para nuestro tema de estudio los siguientes:

- a) La infracción grave regulada en los Convenios de Ginebra de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga, siempre y cuando esta acción se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala del citado crimen²³⁴. Para ser autor de este crimen de guerra se debe cumplir los siguientes elementos²³⁵:
 1. Que el autor obligue a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas

232 Diario (2002), p. 123.

233 *Ibid.*, p.124.

234 Letra a) número v) del artículo 8 del Estatuto.

235 Diario (2002), p. 131.

armadas de esa persona o personas, o a servir en las fuerzas de una potencia enemiga.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
 5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, en específico, la acción de obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra²³⁶; y la acción de cometer actos de esclavitud sexual y prostitución forzada²³⁷.

Respecto al crimen de guerra de obligar a participar en operaciones bélicas, este debe cumplir los siguientes elementos:

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas contra su propio país o sus propias fuerzas.
2. Que esa persona o personas hayan sido nacionales de una parte enemiga.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente.

En relación con el crimen de guerra de esclavitud sexual, este debe cumplir los mismos elementos²³⁸ que los establecidos para el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual con la diferencia de que la conducta debe tener lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y estar

236 Letra b) número xv del artículo 8 del Estatuto.

237 Entre otras acciones reguladas en la letra b) número xxii) del artículo 8 del Estatuto.

238 Diario Oficial (2002), p. 145.

relacionada con él; y que el autor sea consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

En los *Elementos de los Crímenes* se hace la misma aclaración que la hecha al crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual respecto a que dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común.

En el caso del crimen de guerra de prostitución forzada, este debe cumplir con los mismo elementos²³⁹ que para el crimen de lesa humanidad de prostitución forzada, solo que en este caso la conducta debe tener lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y debe estar relacionada con él; y el autor debe ser consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, a saber, aquellos conflictos armados que tengan lugar en el territorio de un Estado cuando exista un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos²⁴⁰; son crímenes de guerra las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en este tipo de conflictos armados, dentro del marco establecido de derecho internacional, y en particular, el cometer actos de esclavitud sexual, prostitución forzada²⁴¹ y reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades²⁴².

Respecto al crimen de guerra de esclavitud sexual crimen de guerra de prostitución forzada, estos deben cumplir los mismos elementos²⁴³ que los establecidos para el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual y prostitución forzada respectivamente.

239 Diario Oficial (2002), p. 145.

240 Por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

241 Letra e) número vi del artículo 8 del Estatuto.

242 Letra e) número vii del artículo 8 del Estatuto.

243 Diario (2002), p. 145.

En cuanto al crimen de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades, este debe cumplir los siguientes elementos²⁴⁴:

1. Que el autor reclute o aliste a una o más personas menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que el autor sepa o debiera saber que se trataba de menores de 15 años.
3. Que la conducta tenga lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y esté relacionada con él.
4. Que el autor sea consciente de circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado.

Es válido destacar que aunque en el tipo penal se haga diferencia entre conflicto internacional o no internacional no se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional, por lo mismo, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que determinan si el conflicto tiene carácter internacional o no internacional. En todo caso, solo se exige que el autor tenga el conocimiento de las circunstancias de hecho que determinen la existencia de un conflicto armado²⁴⁵.

Las penas a imponer al autor de cualquiera de los crímenes anteriormente mencionados²⁴⁶ son²⁴⁷:

- a) La reclusión por un número de años que no exceda de 30;
- b) La reclusión perpetua si existiere justificación de la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Además, se podrá imponer como penas complementarias a la reclusión:

- a) El pago de una multa con arreglo a los criterios enunciados en el Estatuto;
- b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen²⁴⁸.

244 *Ibid.*, p. 148.

245 Diario (2002), p. 128.

246 Al igual que todos los crímenes mencionados en el artículo 5 del Estatuto.

247 Artículo 77 del Estatuto.

248 Esto sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1.2.1.8. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados fue adoptado unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000 y surgió de la preocupación de los Estados por los efectos perniciosos y generales que tienen para los niños y las niñas los conflictos armados; el hecho de que en las situaciones de conflicto armado los niños se convierten en un blanco, así como los ataques directos a lugares donde suele haber una considerable presencia infantil, como escuelas y hospitales²⁴⁹.

El objetivo del Protocolo es aumentar la protección de los niños y niñas con miras a evitar que participen en conflictos armados, y tiene su antecedente en otras fuentes de derecho internacional como el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que regula como crimen de guerra la participación, reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales²⁵⁰; así como el Convenio No. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil en el que se prohíbe, entre otros, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados²⁵¹.

En su articulado se establece que los Estados Parte velarán por que *“no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”*²⁵², ni permitirán la participación directa en las hostilidades²⁵³, el reclutamiento obligatorio o cualquier tipo de reclutamiento o utilización en hostilidades por parte de grupos armados irregulares.

249 Ver Preámbulo del Protocolo.

250 Letra e) número vii del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

251 Artículo 3 Convenio 182 de la OIT. También influyó a la adopción de este Protocolo la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de diciembre de 1995 que recomendó, entre otras cosas, que las partes en conflicto que tomaran todas las medidas viables para que los niños menores de 18 años no participaran en hostilidades.

252 Artículo 2 del Protocolo.

253 Artículo 1 del Protocolo.

Respecto al reclutamiento voluntario de personas menores de edad en las fuerzas armadas el artículo 3 establece que los Estados Parte se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad²⁵⁴; y deberán adoptar las salvaguardias correspondientes para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción; que ese reclutamiento se realiza con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; de que los menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar y; que esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

Sin embargo, el reclutamiento voluntario de niños y niñas mayores de 15 años solo se le es autorizado a las fuerzas armadas, por lo que los grupos armados distintos de estas no deberán, en ninguna circunstancia, reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años²⁵⁵.

Aunque el Protocolo no establece regulaciones jurídico penales, si regula la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar las prácticas de reclutamiento y utilización de menores de edad en las fuerzas armadas o grupo armados²⁵⁶; y en general cada Estado Parte debe adoptar todas las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones del Protocolo dentro de su jurisdicción²⁵⁷.

1.2.2. Instrumentos generales no vinculantes

En este apartado estudiaremos aquellos instrumentos generales de Derechos Humanos que proporcionan directrices y principios dentro de un marco normativo y que, a pesar de no vincular jurídicamente a los Estados, crean igualmente obligaciones morales. Nos centraremos en específico con nuestro tema de estudio, la trata de personas.

254 En concordancia con el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

255 Artículo 4 del Protocolo.

256 Artículo 4 (2) del Protocolo.

257 Artículo 6 del Protocolo.

1.2.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Esta Declaración fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y es un documento de gran trascendencia dado que pretendía ser el “ideal común” de todos los pueblos por la defensa de la libertad, la justicia y la paz; marcando el inicio de una segunda fase en la defensa de los derechos y de la dignidad de los seres humanos²⁵⁸. A pesar de que la Declaración no es vinculante, es ampliamente reconocida como una autoridad y equiparada al estatus de derecho consuetudinario. Además, muchos de los derechos regulados en la Declaración son asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los cuales son legalmente vinculantes²⁵⁹.

Respecto a los artículos vinculados a la trata de personas, el artículo 1 establece que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”; y el artículo 3 garantiza el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona; siendo aún más específico el artículo 4 que manifiesta “*Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.*”

El artículo 16 de la Declaración también contempla como derecho fundamental el contraer matrimonio “*solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos.*”; mientras que el artículo 23 garantiza el derecho a la libre elección de empleo, a condiciones justas y favorables de trabajo y a una paga equivalente al trabajo desempeñado.

1.2.2.2. Declaración de los Derechos del Niño.

Esta Declaración fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959²⁶⁰ y considera que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección, cuidados especiales y la debida protección legal²⁶¹.

258 García Bastante (s.f.), p. 85.

259 Ver SDD (2003), p. 55.

260 Resolución 1386 (XIV).

261 Preámbulo Declaración de los Derechos del Niño.

En este contexto, al respecto de la trata de niños y niñas establece en su principio 9 que *“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.”*

1.2.2.3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer

Esta Declaración fue adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de Naciones Unidas²⁶² dada la urgente necesidad del reconocimiento de los derechos y principios de las mujeres respecto a la libertad, seguridad igualdad, integridad y dignidad de todos los seres humanos; así como el abordar el tema de la violencia contra la mujer, la cual constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades²⁶³.

Respecto a su articulado vinculado a la trata de mujeres, el artículo 1 regula el término “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.”* A su vez, el artículo 2 de la Declaración menciona múltiples actos que constituyen violencia contra la mujer, entre los que se encuentran, la violencia relacionada con la explotación; la trata de mujeres y la prostitución forzada²⁶⁴. Respecto de esta última, la Declaración distingue entre prostitución libre y prostitución forzada, condenando solamente a la última modalidad²⁶⁵.

De igual forma, el artículo 3 estipula el derecho de la mujer, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad, en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole, siendo destacables respecto a la trata de

262 Resolución 48/104.

263 Ver Preámbulo de la Declaración.

264 Artículo 2.

265 Cfr. Carmona Cuenca (2007), p. 48 y Serra Cristóbal (2007), p. 362.

mujeres el derecho a la libertad y la seguridad de la persona²⁶⁶ y el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables²⁶⁷.

El artículo 4 insta a los Estados a condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para justificar la no eliminación de una conducta de violencia contra la mujer; así como castigar todo acto de violencia contra la mujer conforme a la legislación nacional, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.

1.2.3. Instrumentos específicos vinculantes

Después de la Segunda Guerra Mundial los textos referidos a la trata de personas cambiaron gradualmente de una referencia específica a la trata de blancas o de mujeres para incluirla dentro de un término más general, como trata de personas o de seres humanos²⁶⁸, con la finalidad de distinguir la migración voluntaria de personas de la trata para su explotación²⁶⁹. En este apartado estudiaremos a estos instrumentos internacionales que vinculan a los Estados y que tienen por objeto establecer una legislación internacional más específica respecto a la trata de personas.

1.2.3.1. Protocolos de modificación de los Convenios de la Sociedad de Naciones respecto a la trata de personas

Las Naciones Unidas elaboraron dos protocolos con la intención de actualizar aquellos instrumentos emanados en el contexto de la Sociedad de Naciones respecto al tema de la trata de personas y, por lo tanto, no afectaron a su configuración dado que solamente venían a validar a estos convenios en el nuevo contexto de la posguerra. Estos protocolos son:

El Protocolo de modificación de la Convención para la represión de la trata de mujeres y niños, concluida en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933; que fue firmado en Nueva

266 Artículo 3 letra c).

267 Artículo 3 letra g).

268 Sin embargo, en el texto de estos instrumentos la referencia a la trata de mujeres y niñas no acaba de abandonarse.

269 *Ver* Maqueda Abreu (2009b), p. 1248.

York en 1947²⁷⁰ y contó con 8 países signatarios: Brasil, Dinamarca, Grecia, Irán, Luxemburgo, Holanda, Nicaragua y Noruega²⁷¹.

El *Protocolo de modificación del Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas; del Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas; Protocolo firmado en Nueva York el 3 de diciembre de 1949*²⁷² misma fecha en la que entró en vigencia²⁷³, y cuyo principal objetivo era el transferir las funciones asumidas en un primer momento por el Gobierno de Francia a las Naciones Unidas. Contó con 13 Estados signatarios y una totalidad de 33 Estados Parte²⁷⁴.

1.2.3.2. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena

La idea de crear un nuevo Convenio internacional para la represión de la trata y de la explotación de la prostitución ajena surgió después de que en 1927 y 1932 la entonces Sociedad de Naciones realizara dos importantes investigaciones con el objetivo de demostrar que la existencia de burdeles y la reglamentación de la prostitución favorecían la trata nacional e internacional. Los trabajos de redacción se iniciaron en 1937 y se vieron suspendidos durante la Segunda Guerra Mundial²⁷⁵.

270 Protocolo aprobado por la Asamblea General en Resolución 126 (II) de 20 de octubre de 1947. Fue firmado y entró en vigencia el 12 de noviembre del mismo año, en concordancia con el artículo V del Protocolo. Fue registrado en Naciones Unidas bajo el número 770 en fecha 24 de abril de 1950.

271 A enero de 2011 cuenta con 42 Estados parte, de los cuales ni España ni El Salvador forman parte. Para consultar la lista actualizada de los Estados Parte Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-7&lang=en1&chapter

272 Este Protocolo fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 256 (III) de fecha 3 de diciembre de 1948. Está registrado en Naciones Unidas bajo el No. 446.

273 En concordancia con el artículo 5 del citado Protocolo. Las enmiendas establecidas por el anexo del Protocolo entraron en vigencia el 21 de junio de 1951 respecto del Convenio del 18 de mayo de 1904, y el 14 de agosto de 1951 respecto de la Convención del 4 de mayo de 1910, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 5 del Protocolo.

274 De los cuales ni España ni El Salvador forman parte. Para consultar la lista actualizada de los Estados Parte Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-6&chapter=7&lang=en

275 Ver Markovich (2009), p. 9; y Trávncková (2004), p. 44.

Una vez terminada la guerra y ya conformada las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social²⁷⁶ encargó al Secretario General que reanudara los trabajos de redacción los cuales fueron realizados con las bases establecidas por el movimiento abolicionista que durante el siglo XIX había luchado contra la predominante política reglamentista en toda Europa²⁷⁷. La redacción del Convenio culminó en 1949 —a un año de la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, con su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁷⁸; fue firmado el 21 de marzo de 1950 por 25 Estados y entró en vigor 25 de julio de 1951²⁷⁹.

Este Convenio pretende agrupar y sobre todo extender el alcance de las regulaciones anteriores referentes a la trata de mujeres y niños²⁸⁰ por lo que ya desde su título utiliza una expresión que abarca tanto a hombres como a mujeres con independencia de su nacionalidad o edad, al mismo tiempo que pretendía planificar la acción de los Estados en la lucha contra la trata, aunque posteriormente solo se utilizó para definir el ámbito y los efectos dañosos del fenómeno de la explotación de la prostitución²⁸¹. Así, su objetivo principal es la persecución de la explotación de la prostitución por un tercero, excluyéndose de esta persecución la prostitución en sí misma²⁸².

276 Por medio de su Resolución 43 (IV), del 29 de marzo de 1947.

277 Ver De León Villalba (2003), pp. 94-95.

278 Resolución 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949.

279 En un principio una buena parte de países de Europa se abstuvieron de ratificar el Convenio, entre estos Bélgica, Dinamarca y Suecia, y algunos votaron en contra, como fue el caso de Francia y Reino Unido. Tampoco lo secundó Estados Unidos. Sin embargo, salvo contadas excepciones, el modelo diseñado por este Convenio se impuso en la mayoría de las legislaciones del entorno europeo, y progresivamente terminaron ratificándolo. Ver Maqueda Abreu (2009a), p. 13; Pérez Cepeda (2002b), p. 46. En la actualidad el Convenio está ratificado por ochenta y un países, entre los que se encuentra España, no así El Salvador. Para consultar la lista actualizada de países signatarios Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en

280 Estas regulaciones son: el Acuerdo internacional para la represión de la trata de blancas de 1904; la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910; la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921; y la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933.

281 Cfr. Pérez Cepeda (2002b), p. 46; ROYO (2003), p. 39. Este último califica a este aspecto como “*de una importancia caudal...*”.

282 Ver Rey Martínez (2004), p. 27.

Debido a la influencia de las investigaciones hechas por la Sociedad de Naciones, ya desde su Preámbulo la Convención establece su postura abolicionista al declarar que «*la prostitución y el mal que le acompaña, es decir, la trata de seres humanos con fines de prostitución son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona y ponen en peligro el bienestar del individuo, la familia y la comunidad.*»²⁸³ A partir de esta Convención y durante el resto del siglo XX se daría la progresiva eliminación del sistema reglamentista para dar paso al predominio del sistema abolicionista, al menos en el continente europeo²⁸⁴.

Acertadamente, MAQUEDA ABREU afirma que al vincular formalmente trata y prostitución, no se toma en cuenta el principio de autonomía de la voluntad. “*El fantasma de la prostitución y la obsesión por controlar la moralidad y la sexualidad femeninas, figuraban en el ideario abolicionista que se había impuesto en los escenarios internacionales*”. También cita a GIAMARINNO²⁸⁵ quien afirma que bajo este discurso se legitiman estereotipos de género, creando víctimas en razón de una característica personal ligada a su sexualidad, que hace prescindir de su consideración como sujetos de derechos fundamentales violados, en primer lugar el derecho a su libertad de elección²⁸⁶.

283 En palabras de Royo “Esta Convención representaba el triunfo de una larga batalla de más de un siglo por la abolición de todos los reglamentos que pretendían regular la prostitución o de reconocerla como un trabajo, estigmatizando de por vida a aquellas mujeres que ejercían esta actividad” Royo (2003), p. 39. En el mismo sentido, Wassyla Tamzali, Directora del Programa Mujer Mediterránea de la UNESCO, en su Ponencia de fecha 22 de noviembre de 1999 en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer para el estudio del tráfico internacional de mujeres, niños y niñas, manifestaba que la Convención de 1949 representa “el final de un largo camino, ya que los primeros Tratados europeos de 1902 y de 1903, de Versalles, de Bruselas y de Suiza, condenaban solo el tráfico cuando se hacía sin el consentimiento de las mujeres.” Boletín (2003), p. 16.

284 “*Esta pareció ser una línea asumida hasta que el nuevo panorama, debido al aumento cuantitativo de las migraciones, lleva a que en los foros internacionales empiece a debatirse, en concreto sobre la necesaria diferencia de trato según exista o no consentimiento de la persona ‘traficada’.*” Jareño Leal (2007), p. 79. Desarrolla con más detalle el sistema abolicionista en Europa Bolaños Naranjo (2003), p. 6.

285 Giammarinano, M. G. (2000) La rappresentazione simbolica Della tratta como riduzione in schiavitù. *I colori Della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale.* Carchedi et al (coord.). Franco Angeli. p. 98.

286 Maqueda Abreu (2009b), pp. 1246-1247.

Respecto a las regulaciones jurídico-penales relacionadas con la trata de personas contenidas en el Convenio, el artículo 1 establece la obligación de los Estados Parte de castigar a todo aquél que concierte, dirija o corrompa a otra persona hacia la prostitución, o que explote su prostitución, aún contado con el consentimiento de esta²⁸⁷; este artículo engloba así a los tratantes y reclutadores, en cuanto los verbos concertar y dirigir son equiparables a las acciones de captar, trasladar, transportar, acoger y recibir.

En su articulado la Convención no hace especial referencia a la trata interna²⁸⁸, pero sí a la trata internacional (artículos 17, 18 y 19). Sin embargo, NACIONES UNIDAS interpreta que a tenor del artículo 17 del Convenio no es necesario que la captación sea transfronteriza para poder calificarla de trata, si bien el mencionado artículo exige a las Partes que, en relación con la inmigración y la emigración, comprueben si dicha trata tiene por finalidad la prostitución²⁸⁹. En el mismo sentido, DE LEÓN VILLALBA interpreta que el Convenio no requiere que el tráfico se dé a través de fronteras internacionales, lo cual es muy importante dado que una parte significativa del tráfico ilegal ocurre en las fronteras nacionales²⁹⁰. *Contra* UNITED NATIONS quien crítica que el Convenio solo aborda la trata con cruce de fronteras y con fines de prostitución²⁹¹.

El artículo 3 del Convenio establece la obligación de castigar la tentativa o todo acto preparatorio de comisión y el artículo 4 regula la posibilidad de

287 *"Uno de los primeros puntos de discusión fue la necesidad de introducir el móvil económico como un elemento más de la conducta, partiendo de la base de que este era el móvil para el mantenimiento de la prostitución, si desaparecía el beneficio, igualmente desaparecería la prostitución. Por el contrario, desde la Secretaría General se mantenía que dicho elemento era irrelevante, e incluso en algunos casos inconveniente, puesto que la finalidad última de la convención no era castigar a aquellos que obtenían beneficios de la prostitución, sino proteger a las personas de ser atraídas de cualquier forma a la misma. Y esta fue, finalmente, la línea seguida"*. De León Villalba (2003), p. 94.

288 En cualquier caso, podríamos inferir la inclusión de la trata interna cuando el artículo 5 menciona que las víctimas perjudicadas por cualquiera de las infracciones reguladas por la Convención tendrán derecho a constituirse en parte civil, teniendo los extranjeros igualdad de condiciones que los nacionales; o inferir también la trata interna en el artículo 20 que establece la obligación de los Estados de vigilar a las agencias de colocación, ya que no hace distinción entre agencias para la colocación internacional o nacional.

289 Naciones Unidas (2000a), p. 12.

290 De León Villalba (2003), p. 94.

291 SDD (2003), p. 95.

castigar, con arreglo a las leyes de cada Estado, la participación intencional en las infracciones reguladas en los artículos 1 y 2. En cualquier caso, la Convención establece que en la medida que lo permitan las leyes nacionales, se consideren como infracciones distintas los actos de participación en todos los casos en que ello sea necesario para evitar la impunidad.

El artículo 2 de la Convención establece la obligación de castigar a aquél que mantuviere una casa de prostitución, la administre o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiación o diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena. Al respecto MAQUEDA ABREU afirma que la negativa a toda forma de reglamentación estatal del ejercicio de la prostitución provino particularmente de la preocupación de los Estados por la indeseada imagen de tolerancia legal que se transmitía con dicha reglamentación. Sin embargo, a pesar de las controversias surgidas a instancia de los países que querían mantener los exámenes obligatorios de las prostitutas para controlar el peligro del contagio venéreo, la iniciativa contó con el respaldo de los países firmantes del Convenio, la Federación Abolicionista Internacional y la Alianza Internacional de Mujeres. *“Con todo, resulta difícil admitir que estuviere presente en los firmantes la idea de evitar la estigmatización de las prostitutas”*²⁹².

Si bien este Convenio representó un avance respecto a la consideración de la trata como un delito que afecta a todos los seres humanos sin distinción de sexo ni edad, también contiene varios aspectos criticables que podrían justificarse dado el contexto histórico de la elaboración del Convenio²⁹³ y, por lo tanto, hacen que este haya perdido legitimación por su falta de adecuación a la realidad actual²⁹⁴.

Así, podemos apuntar varias críticas respecto a la definición de la trata de personas regulada por el Convenio. En primer lugar, es criticable que la

292 Maqueda Abreu (2009a), p. 11.

293 *“Como señala Markovich, la violencia masculina contra las mujeres no constituía una cuestión central en materia de derechos humanos como lo es hoy”*. CIMTM (2002), p. 13, siguiendo a Markovich (2001). También Cfr: Rebollo Vargas (2006), p. 36.

294 Por ejemplo, el Convenio también carece de disposiciones relativas a formas de explotación que no se habían generalizado en 1949, a saber las industrias de las esposas encargadas por correo, el turismo del sexo y el tráfico de órganos. Phinney (s.f.), p. 7.

definición solo abarque la trata con fines de explotación sexual, entendiendo tanto a la trata como a la explotación sexual como sinónimos; lo cual restringe su interpretación respecto a otras modalidades de la trata²⁹⁵ ²⁹⁶. En segundo lugar, aunque quizás unas de las críticas más destacables a este Convenio, es el no establecer la importancia del consentimiento en su definición de trata, dado que esto va en contra del principio de autonomía de la voluntad y niega la existencia de la migración hacia otros países o el ejercicio de la prostitución de forma consentida, imponiendo de esta forma una censura moral a ciertos comportamientos sexuales²⁹⁷.

Una tercera crítica que se realiza al Convenio es la falta de definición de “ejercicio de la prostitución” y cuando se debe entender que se está ante una prostitución forzada o voluntaria²⁹⁸; dejándose esta decisión al arbitrio de cada Estado y consiguientemente dando lugar a interpretaciones ambiguas²⁹⁹.

Por estas razones el Parlamento europeo en 1995 hizo un llamamiento a la Comisión y Estados miembros para redactar una nueva Convención que reemplazara al desactualizado e ineficaz Convenio de 1949, señalando la necesidad de que la nueva Convención se enfocase en los comportamientos de coacción y engaño y sugiriendo que la trata de personas fuese definida como *«el acto ilegal del que directa o indirectamente favorece la entrada o la permanencia de un ciudadano proveniente de un tercer país, con la*

295 Esto llevo a que en el año 2000 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas hiciera varias sugerencias a fin de que se ampliara la definición de trata de personas para abarcar formas de captación que no están directamente vinculadas con la prostitución, así como el movimiento transfronterizo de hombres, mujeres o niños con fines distintos de la prostitución, cuando estén sujetos a coerción o hayan sido engañados con respecto a la naturaleza de la situación que les espera; sugiriendo que una definición más amplia comprendería *“el transporte de una persona de un lugar a otro con el objeto de someterla a la dominación efectiva e ilegal de otras personas mediante la violencia o la amenaza de violencia, el abuso de una posición de autoridad conferida en virtud de una relación determinada o el engaño”*. Naciones Unidas (2000a), p. 14.

296 Cfr. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 10; De León Villalba (2003), p. 93; y United Nations (2003), p. 95;

297 Cfr. Maqueda Abreu (2009a), pp. 12-13.

298 De hecho, en un estudio realizado por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en el año 2000 se señaló que ningún instrumento internacional contenía una definición de la prostitución, siendo la prostitución comúnmente interpretada como cualquier acto sexual ofrecido a cambio de una recompensa o con fines de lucro. Naciones Unidas (2000a), p. 12.

299 Cfr. Rebollo Vargas (2006), p. 36; y United Nations (2003), p. 95.

finalidad de su explotación, utilizando el engaño o cualquier otra forma de constricción o abuso de una situación de vulnerabilidad o de ilegalidad administrativa»³⁰⁰.

Sin embargo, para DE LEÓN VILLALBA, “*la distinción entre prostitución voluntaria y forzada, y su consecuente descriminalización ha sido aprovechada por las grandes organizaciones que tienen en la explotación del sexo su mejor negocio. En esta dirección, se ha llegado a afirmar que la distinción entre voluntaria y forzada sirve solo para hacer una explotación más aceptable que la otra*”.

Así, valora negativamente al Convenio debido a tres causas; la primera porque legitima la explotación sexual de las prostitutas que aceptan «libremente» su profesión; la segunda porque ignora el efecto global del mercado del sexo, reduciendo la victimización de la mujer a los casos más extremos de tortura y esclavitud y la tercera porque ignora, igualmente, el papel de la prostitución en la situación de desigualdad y discriminación de la mujer en la sociedad actual³⁰¹.

La Convención en ningún caso responsabiliza penalmente a las personas en situación de prostitución ni a las víctimas de la trata, es más, en ambas situaciones las mujeres son consideradas como víctimas que hay que proteger. Esto es destacable en el sentido que así se evita que los reclutadores y traficantes utilicen el argumento del consentimiento como instrumento de defensa al ser perseguidos por la justicia. De igual forma, la Convención hace recaer la carga de la prueba sobre los que organizan la explotación de la prostitución y de la trata con fines de prostitución, y no sobre sus víctimas. En el mismo sentido, el artículo 5 establece la posibilidad de que las víctimas de los delitos regulados por la Convención puedan constituirse como acusación civil.

No obstante, en algunos países se ha hecho uso, por ejemplo, del artículo 2 de la Convención para perseguir a las mujeres que ejercen la prostitución cuando estas han alquilado un piso³⁰²; a pesar que esta acción esté en contra de lo regulado en el artículo 16 del mismo Convenio que

300 European Parliament (1996), p. 88. *Disponible en* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51995IP0326:EN:HTML> (última visita 4/02/2011).

301 De León Villalba (2003), p. 93

302 Y que Markovich califica como violación de uno de los derechos humanos más elementales de la persona como es el derecho a una vivienda. Markovich (2009), p. 10.

establece el compromiso de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para la rehabilitación y reinserción social de las víctimas de prostitución³⁰³.

En el mismo sentido, el Convenio también obliga a los Estados Parte – artículo 17– a adoptar medidas específicas de protección hacia los inmigrantes o emigrantes, posibles víctimas de la trata y en particular a las mujeres y a los niños, proporcionándoles la información necesaria tanto en el lugar de llegada o de partida, como durante el viaje para evitar que caigan en manos de tratantes. También se regula la obligación de los Estados de vigilar los lugares públicos, las estaciones, los aeropuertos y adoptar medidas para que las autoridades competentes sean informadas de la llegada de personas cómplices o culpables, así como de las víctimas de la trata.

Curiosamente, apunta MAQUEDA ABREU, estos mismos artículos que regulaban los derechos de la víctimas a la vez las privaban expresamente del derecho al anonimato al prever que debía recabarse información sobre su identidad y su estado civil, haciendo así peligrar, además, su propia seguridad personal. La posibilidad de conocer su identidad como prostitutas o ex prostitutas, podría acarrearles la encarcelación a la llegada a su país o el ser víctimas de represalias, incluso mortales. *“No era, desde luego, la mejor fórmula de proteger a las víctimas del tráfico”*³⁰⁴.

Claro ejemplo de la línea abolicionista seguida por esta Convención es su artículo 6 que regula la obligación de los Estados Parte de *“derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente”* que obligue a las personas que se dedican a la prostitución o que son sospechosas de dedicarse a ella, a inscribirse en un registro especial, poseer algún documento especial, o cumplir con requisitos excepcionales para fines de vigilancia o notificación. Con este artículo queda prohibido a los Estados el legalizar, reglamentar o reconocer a la prostitución como un trabajo, ya que el derecho al trabajo está ligado a prácticas administrativas que incluyen controles, registros y reglamentación³⁰⁵.

303 Sin embargo, algunas organizaciones no gubernamentales han denunciado que este artículo podría engendrar prácticas discriminatorias con las prostitutas sobre las que hace demasiado hincapié en lugar de destacar la responsabilidad de los hombres en la prevención de la prostitución. Maqueda Abreu (2009a), p. 13.

304 Maqueda Abreu (2009a), p. 12.

305 Ver Markovich (2009), pp. 10-11; y CIMTM (2002), p. 13.

Mientras que el artículo 14 establece la obligación de los Estados de crear un servicio encargado de centralizar la información sobre la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena. El objetivo principal de estos servicios es de facilitar la prevención y el castigo de las infracciones reguladas por el Convenio³⁰⁶. En la misma línea el artículo 15 regula la posibilidad de los Estados de compartir entre sí información detallada respecto a las infracciones cometidas en conformidad a lo regulado en el Convenio, siempre que lo permita la ley interna de cada Estado.

Otro puntos relevantes regulados en esta Convención son la obligación atribuida a los Estados de ejercer control de las agencias de colocación con el objetivo de evitar que las personas que buscan trabajo, en especial las mujeres y los niños, “*se expongan al peligro de la prostitución*” (Artículo 20); y la obligación de los Estados de comunicar sus textos legales o reglamentos relativos a la Convención, así como todas las medidas adoptadas para la aplicación de la misma (Artículo 21)³⁰⁷. Sin embargo, es criticable el hecho que la figura del comprador de “servicios sexuales”, el cliente, permanezca invisible; así como la falta de mecanismos de control efectivos del Convenio³⁰⁸.

Consecuentemente, debido a las divergencias en cuanto a la regulación de la prostitución que impidieron la efectiva definición de los objetos comunes de la acción represiva y preventiva que se debía desarrollar en el plano internacional, muchos de los Estados firmantes de la Convención no la ratificaron, lo que conllevó a una falta de incidencia de esta Convención³⁰⁹.

Finalmente, el Convenio también cuenta con un Protocolo final el cual establece que ninguna de las disposiciones reguladas por el Convenio podrá interpretarse en perjuicio a medidas más severas que hayan adoptado los

306 Sin embargo, Francia es el único país abolicionista que ha creado un organismo de este tipo, en vista de la ratificación de la Convención en abril de 1960, denominado Oficina Central para la Represión de la Trata de Seres Humanos (OCRTEH). Markovich (2009), p. 11.

307 No obstante, esta disposición no es respetada. Numerosos Estados parte de la Convención de 1949 no aplican este artículo y otros hasta han adoptado leyes que están en perfecta contradicción con los principios de la Convención. Markovich (2009), p. 11.

308 La única instancia encargada de realizar un informe anual sobre el seguimiento del Convenio es el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud de Naciones Unidas.

309 Pérez Cepeda (2002b), p. 46.

Estados Parte en cuanto a la regulación de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena³¹⁰.

1.2.3.3. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud

Esta Convención tiene su antecedente en un informe conjunto realizado por las Naciones Unidas y la OIT —y que fue publicado en 1955— en el cual se llegó a la conclusión de que pesar de las prohibiciones del Convenio N° 29 de la OIT, no se había eliminado el trabajo forzoso y que “*nuevos sistemas de trabajo forzoso impuesto con fines económicos o utilizado como medio de coacción política... planteaban nuevos problemas y exigían la adopción de medidas en el plano internacional*”³¹¹. Además existía la necesidad de incluir otros elementos para la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las prácticas análogas a la esclavitud; así como el regular formas o modalidades de esclavitud que no estaban contempladas en la Convención sobre la Esclavitud de 1926³¹², como la servidumbres por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio forzado, la venta de mujeres por parte de sus padres, tutores, familia o por herencia, o la explotación de niños, niñas o adolescentes (artículo 1)³¹³.

Fue así como dentro del marco de una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en fecha 30 de abril de 1956³¹⁴

310 Así, para Markovich conforme a lo dispuesto en este Protocolo final, nada impide a países como Suecia, que han adoptado una ley que penaliza la compra de servicios sexuales, que sean al mismo tiempo Estados parte de la Convención de 2 de diciembre de 1949. Nada impide a los Estados que han ratificado la Convención, adoptar una ley similar a la ley sueca. Markovich (2009) p. 12.

311 Ver Documento E/2815 (1955) de las Naciones Unidas.

312 Convención incorporada a la legislación de Naciones Unidas a través del Protocolo para Modificar la Convención sobre la Esclavitud, de 7 de diciembre de 1953. Ver United Nations, *Treaty Series*, vol. 182, No. 2422; disponible en <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/f2psc.htm> Última visita, 9/02/2011.

313 Cfr. Naciones Unidas (2000a), p. 5; Schmidt (2004), p 61; SDD (2003), p. 84.

314 Resolución 608 (XXI). Esta Convención Suplementaria fue firmada por 35 Estados y a febrero de 2011 cuenta con 123 Estados Parte. El Salvador fue uno de los Estados firmantes y España ratificó la Convención el 21 de noviembre de 1967. Para ver una lista actualizada de los países firmantes Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src= UNTSONLINE&mtdsg_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&lang=en#Participants Última visita 9/02/2011.

se aprobó la Convención suplementaria³¹⁵, la cual ya no se limitaba al dominio, al comercio y al transporte como notas esenciales de la esclavitud, sino que también incorporaba prácticas relacionadas con la explotación con fines económicos de las que, esencialmente, son víctimas las mujeres y los niños³¹⁶. Entre los aspectos más destacables de esta Convención están, en primer lugar —y de forma muy distinta de su antecesor de 1926— el ampliar el radio de acción y permitir englobar perfectamente, no solo la trata de personas con finalidades de explotación sexual, sino también otras formas posibles que la trata puede tener³¹⁷; en segundo lugar, el definir a la esclavitud, sus instituciones y prácticas análogas, a saber:

La “esclavitud”, tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición (Artículo 7);

La “servidumbre por deudas” como el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, y si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios (Artículo 1 a).

La “servidumbre de la gleba” como la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición (Artículo 1 b).

315 Como su propio nombre lo dice, esta Convención no vino a reemplazar a la Convención sobre la esclavitud sino que se suma a ella.

316 *Ver* Rebollo Vargas (2006), p. 35. En un principio la Convención suplementaria también regulaba la abolición de las prácticas que podían conducir a formas de trabajo forzoso; sin embargo, se consideró que las protecciones internacionales contra el trabajo forzoso eran inadecuadas y que era preciso aprobar otra convención para fortalecer la prohibición contra el trabajo forzoso. Naciones Unidas (2000a), p. 5.

317 Martínez Osorio también señala que la distinción entre esclavitud y prostitución forzada quedó definitivamente eliminada por medio de la Convención de 1956. Martínez Osorio (2008), p. 18.

Toda institución o práctica en virtud de la cual (Artículo 1 c):

- i) La situación en que una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas.
- ii) Cuando el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) Cuando la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona³¹⁸.

Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (Artículo 1 c).

Según NACIONES UNIDAS, esta disposición se introdujo pensando en la práctica concreta de las “adopciones ficticias”, es decir, aquellas que se producen cuando una familia, por lo general con dificultades económicas, cede o vende un niño a una familia más rica, oficialmente para que lo adopte, pero en realidad para que trabaje en la casa de la familia rica sin disfrutar ni de la misma condición ni del mismo tratamiento que los niños normales del hogar donde ha sido adoptado³¹⁹; pero, de hecho, la disposición abarca una gama más amplia de prácticas que conllevan la explotación de los niños³²⁰.

En tercer lugar establece regulaciones jurídico-penales respecto la trata de esclavos; así, establece que esta última significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una

318 Esta costumbre, conocida como “levirato”, supone un nuevo casamiento inmediato con un miembro de la familia del difunto. Naciones Unidas (2000a), p. 24.

319 Una práctica similar, que todavía sigue denunciándose a menudo, se refiere a los niños enviados a casa de parientes u otras personas que, según esperan los padres del niño, se encargarán de su educación pero que en realidad explotan el trabajo infantil. El grupo más numeroso de niños que se encuentran en esta difícil situación, cifrado actualmente en millones, sobre todo de niñas, son los empleados como criados residentes en la casa. Naciones Unidas (2000a), p. 29.

320 *Ibid.*

persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado (Artículo 7 c); exigiendo que se castiguen a las personas declaradas culpables de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte con penas muy severas; de igual forma pide se castigue la complicidad en dicho acto. (Artículo 3.1).

En este punto NACIONES UNIDAS presenta una crítica a esta definición de trata respecto al carácter intencional del delito ya que su exigencia puede suponer dificultades prácticas de aplicación, “tal vez conviniera considerar la preparación de instrumentos adicionales que en algunos casos harían más flexible esta condición relativa al aspecto subjetivo del delito”³²¹.

El artículo 3 también establece que constituirá delito que los buques y las aeronaves autorizados a enarbolar su pabellón transporten esclavos, debiendo castigar a las personas culpables de dicho acto o de utilizar el pabellón nacional con ese propósito (artículo 3.2. a).

Otra regulación jurídico-penal se encuentra contenida en el artículo 6 que establece que el hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella para quedar reducida a esclavitud, el hecho de inducir a una persona a someterse o a someter a una persona dependiente de ella a un estado servil³²² que resulte de cualquiera de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados Parte en la Convención y las personas declaradas culpables de ellos incurrirán en penalidad.

Sin embargo, cabe apuntar que mientras que las regulaciones contra la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud contenidas en las

321 Naciones Unidas (2000a), p. 16.

322 La expresión “persona de condición servil” indica toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención. (Artículo 7 b). Apunta Naciones Unidas que existen varios métodos para concertar la esclavitud o la condición servil de una persona para fines de prostitución o de otras formas de explotación. Los principales son, entre otros, los siguientes: i) el secuestro; ii) la compra; o iii) la captación mediante las promesas engañosas de un empleo y de una vida mejor. Naciones Unidas (2000a), p.13.

Convenciones sobre la esclavitud son legalmente vinculantes respecto a los Estados Parte; la prohibición de la esclavitud y de las prácticas análogas a la esclavitud en sí mismas aplican a todos los Estados, como parte de la costumbre internacional y del *ius cogens*. Esto significa que la esclavitud es ilegal en todos los Estados, aún en los Estados que no son parte de las Convenciones contra la esclavitud³²³.

En esta línea, la regulación jurídico penal contenida en el artículo 5 ha quedado ya en desuso, la cual establecía que en cualquier país donde la esclavitud o las instituciones y prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención no hubieran sido completamente abolidas o abandonadas, el acto de mutilar o de marcar a fuego, o por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil -- ya sea para indicar su condición, para infligirle un castigo o por cualquier otra razón --, o la complicidad en tales actos, constituirá delito en la legislación de los Estados Parte en la Convención, y las personas declaradas culpables incurrirían en penalidad.

Otras regulaciones no penales relevantes son las contenidas en el artículo 3 que regula que los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para impedir que sus puertos, aeropuertos y costas sean utilizados para el transporte de esclavos (artículo 3.2. b); así como la obligación de intercambiar información con objeto de conseguir una coordinación práctica de las medidas tomadas por ellos para combatir la trata de esclavos y de comunicar mutuamente todo caso de trata de esclavos y toda tentativa de cometer dicho delito que lleguen a su conocimiento. (Artículo 3.3). Por otra parte el artículo 4 establece que Todo esclavo que se refugie a bordo de cualquier buque de un Estado Parte en la Convención quedará libre *ipso facto*.

1.2.3.4. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios

Esta Convención fue abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General el 7 de noviembre de 1962³²⁴ y entró en vigor el 9 de diciembre de

323 Ver SDD (2003), p. 82.

324 Resolución 1763 A (XVII). La Convención fue firmada por 16 países y a febrero de 2011 cuenta con 55 Estados Parte. España accedió a la Convención en fecha 15 de abril de 1969,

1964³²⁵. La Convención surgió con el objetivo de eliminar ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia que eran incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos³²⁶. Así, pedía a los Estados el adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, entre otras cosas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los menores de edad y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso.

Aunque esta Convención no contiene legislación jurídico-penal específica respecto a la trata de personas establece en su artículo 1 la prohibición de contraer legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley³²⁷.

También establece en su artículo 2 la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, no pudiendo contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad. Además, en concordancia con su artículo 3, todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto.

mientras que El Salvador no forma parte de la misma. Para obtener una lista actualizada de Estados Parte Ver http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=XVI-3&chapter=16&lang=en Última visita 11 de febrero de 2011. El texto de la Convención se encuentra en United Nations (1964), p. 231 y ss. Disponible en http://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/12/19641223%2002-15%20AM/Ch_XVI_3p.pdf Última visita 11 de febrero de 2011.

325 De conformidad con el artículo 6 de la Convención.

326 Ver Preámbulo de la Convención y la Resolución 843 (IX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 17 de diciembre de 1954.

327 Sin embargo, el mismo artículo 1 en su número 2 establece que no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

1.2.3.5. 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

Después de firmada la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, no volvería a promulgarse un instrumento internacional específico –y en el ámbito de Naciones Unidas- sobre la trata personas hasta el año 2000. Sin embargo, se realizaron varias conferencias con el objeto de atajar el tema, principalmente por el problema que no existía una claridad o un consenso sobre la definición de trata de personas. Para llegar a una definición moderna, actualizada e internacional de la trata se realizaron varias conferencias, a saber³²⁸:

- La Conferencia de Derechos Humanos realizada en Viena, Austria en 1993 y en la cual por primera vez se recopiló información sobre casos de trata de mujeres extranjeras judicializados en diferentes países europeos, en los cuales se evidencian violaciones a los derechos humanos. Como resultado de esta conferencia se determinó que la trata de personas es una violación a los derechos fundamentales.
- La Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer llevada a cabo en Pekín en 1994, que tuvo como resultado el dejar incluido en dos artículos de la declaración de Beijing el tema de la Trata de Personas.
- Por iniciativa de la Relatora de Naciones Unidas de la Violencia contra la Mujer se realizó en 1996 un diagnóstico mundial sobre la trata, cuyos resultados convencieron a muchos gobiernos de la necesidad de combatir este problema mediante la elaboración de instrumentos internacionales específicos.
- La Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet llevada a cabo en Viena en 1999, en la cual los Estados manifestaron su preocupación por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en Internet³²⁹ y otros medios tecnológicos modernos, pidiendo en particular en sus conclusiones, la penalización en todo el mundo de la

328 Ver Artola (2005), pp. 1-2.

329 Sobre la pornografía infantil Ver Boldova Pasamar (2010).

producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de Internet³³⁰.

En este período también se experimentó el acrecentamiento de la trata internacional de menores con fines de venta, prostitución y utilización en la pornografía, lo que llevó a la Comisión de Derechos Humanos a redactar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo específicamente a atacar estos fenómenos delictivos. Así, 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 se aprobó y remitió³³¹, a través del Consejo Económico y Social, a la Asamblea General, para su adopción.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo en fecha 25 de mayo de 2000³³² con el objetivo de asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación de sus disposiciones³³³ dirigido a ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³³⁴.

El valor agregado que tiene este Protocolo es que va más allá del enfoque dado por la Convención de los Derechos del Niño al especificar la obligación de tomar medidas concretas respecto a la venta de menores y su utilización en la pornografía. A pesar que el Protocolo no utiliza el término de trata de menores en sí, define el concepto de venta de niños cuyos verbos rectores son equiparables a la trata. Así, según lo estipulado por el artículo 2 del Protocolo por venta de niños se entiende "*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.*"

330 Sobre la adaptación del derecho penal a las nuevas tecnologías *Ver Urruela Mora et al.* (2010).

331 En su 56º período de sesiones (marzo/abril de 2000).

332 Resolución A/RES/54/263.

333 Especialmente de los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

334 *Ver* Preámbulo del Protocolo.

En el mismo artículo 2 también se define a la prostitución infantil como “*la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”; y a la pornografía infantil como “*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”.

En este mismo sentido, el artículo 3 del Protocolo establece la obligación de los Estados Parte a regular dentro de su legislación penal las conductas de:

- i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de: a) Explotación sexual del niño; b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño; c) Trabajo forzoso del niño;
- ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;
- iii) Ofertar, poseer, adquirir o entregar un niño con fines de prostitución.
- iv) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil³³⁵.

El Protocolo requiere que estas ofensas sean castigadas con penas adecuadas a su gravedad tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, como si han sido cometidas a título individual, al contrario de lo regulado en el Protocolo contra la Trata de Naciones Unidas que estudiaremos *Infra*. De igual manera se regula el castigo en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en los mismos, debiendo establecerse igualmente la oportuna responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos previamente enunciados. La responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

El Protocolo también regula otras consecuencias jurídicas de los delitos mencionados en el artículo 3, a saber:

- a) Incautar y confiscar, los bienes materiales, activos y otros medios utilizados

335 Mientras que el artículo 9 también establece que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para prohibir efectivamente la producción y publicación de material en que se haga propaganda de los delitos enunciados en el Protocolo.

para cometer o facilitar la comisión de los delitos a que se refiere el Protocolo; así como las utilidades obtenidas de esos delitos;

- b) Adoptar medidas para cerrar, temporal o definitivamente, los locales utilizados para cometer esos delitos.

Respecto a la jurisdicción penal el Protocolo establece que los Estados Parte adoptarán las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos regulados por el Protocolo, cuando esos delitos se cometan en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave matriculados en dicho Estado. También concede jurisdicción a los Estados Parte respecto a los delitos regulados por el Protocolo en los casos en que el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio; o cuando la víctima sea nacional de ese Estado (Artículo 4).

El Protocolo también pide a los Estados Parte que presten toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos regulados en el Protocolo, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder. (Artículo 6).

1.2.3.6. Convención contra el Crimen Transnacional Organizado y su Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños

El fenómeno de la globalización y la modernización de las actividades económicas ha conllevado al mismo tiempo a la globalización del crimen organizado, el cual se ha valido de las mismas ventajas tecnológicas para expandir sus actividades criminales. Esta nueva dimensión de la delincuencia organizada y la poca eficacia de las acciones emprendidas representó un reto mayor que afrontar para los legisladores dado que en un principio no se contaba con la legislación suficiente para perseguir y castigar este nuevo tipo de criminalidad.

La inexistencia de legislación eficaz contra esta nueva forma de organización criminal se convirtió en una creciente preocupación para los diferentes Estados. Así, se dieron los primeros intentos de redactar una convención contra la delincuencia transnacional organizada en el año 1992,

cuando 150 Estados interesados en el asunto se reunieron con este fin. Sin embargo, no fue posible llegar a un texto de consenso que dejara satisfechos a todos los Estados, dejando así un aire de pesimismo respecto a la posibilidad de que se lograra una legislación internacional adecuada.

No fue hasta el año 1998 que la Asamblea General de Naciones Unidas³³⁶ decidió establecer un comité especial intergubernamental con la finalidad de elaborar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional, además de elaborar instrumentos internacionales que abordaran la trata de mujeres y niños, el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico ilícito de armas de fuego³³⁷. En 1999 la Asamblea General³³⁸ pidió al Comité Especial que intensificara sus trabajos a fin de terminar el Anteproyecto de Convención en el año 2000.

El Comité presentó una propuesta que fue discutida y finalmente, en diciembre del 2000, en el marco de una Conferencia Mundial convocada por Naciones Unidas³³⁹, 147 países³⁴⁰ firmaron en Palermo, Italia, la *Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional* y sus dos *Protocolos Complementarios*, uno contra la trata de personas, en especial mujeres y niños –el cual desarrollaremos *Infra*, y un segundo contra el tráfico ilícito de migrantes por aire, mar y tierra.

Esta Convención –que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003³⁴¹– es considerada uno de los instrumentos más relevantes que se han firmado en los últimos tiempos en virtud de que ha logrado reunir un alto consenso internacional para crear un marco jurídico común que combata el crecimiento del crimen organizado transnacional. Según lo establece su artículo 1, el propósito de la Convención es promover la cooperación para prevenir y

336 En su resolución 53/111, de 9 de diciembre de 1998.

337 Ver el proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Naciones Unidas (2000b), disponible en <http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/8session/4r7s.pdf>

338 En su Resolución 54/126, de 17 de diciembre de 1999.

339 Ver Preámbulo de la Convención y Cfr. García Bastante (s.f.), p. 88.

340 Resolución A/RES/55/25. Entre los países firmantes se encuentran El Salvador y España. A junio de 2013 la Convención cuenta con 176 Estados Parte. Para una lista actualizada de los Estados Parte ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en#7 (Última visita 17/02/2011.)

341 En concordancia con su artículo 38.

combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Para cumplir con este propósito la Convención establece medidas contra el crimen organizado y busca fortalecer los controles fronterizos, pero respetando las diferencias culturales y legales de los Estados Parte. Entre los aspectos más destacables de esta Convención podemos mencionar:

1) Busca la armonización conceptual y terminológica.

La Convención cuenta con un texto detallado que está dirigida a unificar las diferentes acepciones que podrían tener los Estados Parte respecto al crimen organizado transnacional, cuestión que, en la realidad, resulta difícil dado que cada país tiene criterios distintos de interpretación. Al unificar conceptos la Convención pretende fomentar un lenguaje jurídico común y fortalecer la cooperación entre los Estados Parte, pero respetando las diferencias y especificidades de los distintos ordenamientos jurídicos, dado que el objeto de las definiciones establecidas por la Convención es explicar los términos utilizados a fin de definir el alcance de la aplicación y los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención.

Así, en concordancia con su artículo 4, los Estados Parte están obligados a cumplir sus obligaciones con arreglo a la Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados³⁴². Consecuentemente los Estados Parte no están obligados a introducir en sus legislaciones las definiciones propuestas literalmente por la Convención, debiendo captar el espíritu de las diferentes disposiciones³⁴³; pero si están obligados a verificar la coherencia de las definiciones reguladas en la Convención con los delitos, definiciones y usos legislativos de su derecho interno³⁴⁴.

Respecto a los conceptos básicos del derecho penal sustantivo estos se encuentran regulados en el 2 de la Convención, a saber:

342 Cfr. artículo 4. En el número 2 del mismo artículo también se establece que nada de lo dispuesto en la Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

343 Ver Naciones Unidas (2004), p. 12.

344 Ver *Ibid.*, p. 7.

“*Grupo delictivo organizado*” se define como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

De esta definición se puede inferir que no se incluye a aquellos grupos que no pretendan obtener un beneficio económico o material como podría ser el caso de los grupos políticos, sociales, insurgentes o terroristas. Sin embargo, en los *travaux préparatoires* de la Convención se pide que dentro del término “beneficio de orden material” se incluyan beneficios personales como la gratificación sexual para abarcar así a grupos como las “redes pedófilas”.

No obstante, si estarían contemplados dentro de las disposiciones de la Convención los delitos comprendidos en ella cometidos por estos grupos políticos, sociales, insurgentes o terroristas³⁴⁵; por ejemplo, si cometen un robo para obtener beneficios económicos y/o materiales. Cabe mencionar que dadas las dificultades de probar la finalidad del grupo algunas delegaciones propusieron en los *travaux préparatoires* de la Convención que se suprimiera de la definición la referencia a dicha finalidad³⁴⁶.

“*Delito grave*” será aquel que lleve aparejada una pena privativa de libertad de al menos cuatro años o una pena más grave.

La definición no exige que los Estados Parte regulen expresamente esta definición en su legislación penal, sin embargo, deben asegurarse que todos los delitos tipificados en la Convención tengan las penas previstas y que tengan en cuenta la gravedad del delito. De igual forma, los Estados deben procurar que la naturaleza grave del delito y la necesidad de disuadir su comisión se tengan en cuenta en el proceso, el fallo y las prácticas y decisiones correccionales. Además, los Estados deberán tomar en cuenta la gravedad del delito a la hora de regular la libertad anticipada o la libertad condicional³⁴⁷.

345 Así, la Convención en su Preámbulo, exhorta a todos los Estados a que reconozcan los vínculos existentes entre las actividades de la delincuencia organizada transnacional y los actos de terrorismo, teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de la Asamblea General, y a que apliquen la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para combatir las actividades delictivas en todas sus formas, conforme a lo dispuesto en dicha Convención.

346 Ver Naciones Unidas (2004), p. 13; y Naciones Unidas (2008), nota 16.

347 Ver Artículo 11 de la Convención y Naciones Unidas (2004), pp. 14 y 22.

“*Grupo estructurado*” es aquel no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Esta definición debe entenderse en sentido amplio, de manera que incluya tanto a los grupos jerarquizados o con estructuras complejas como a los que carecen de jerarquías. Sin embargo, sí entran dentro de la definición aquellos grupos que comentan delitos que entrañen algún elemento de preparación organizada³⁴⁸.

“*Bienes*” se entiende como los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

“*Producto del delito*” son los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

“*Embargo preventivo*” o “*incautación*” son la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;

“*Decomiso*” es la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

“*Delito determinante*” es todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de alguna de las conductas referidas al *blanqueo del producto del delito estipuladas* en el artículo 6 de la Convención.

Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la Convención y los delitos de *participación en un grupo delictivo organizado, corrupción y obstrucción de la justicia* tipificados en los artículos 5, 8 y 23 de la Convención. Además se pide que los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluyan entre estos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados. Los delitos determinantes incluyen los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado

348 Ver Naciones Unidas (2004), pp. 14 y 22.

Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el artículo 6 de la Convención si el delito se hubiese cometido allí³⁴⁹.

“*Entrega vigilada*” es la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos;

“*Organización regional de integración económica*” es una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella.

Por su parte, el artículo 3 establece la definición de “*delito transnacional*” como aquel que:

1. Se comete en más de un Estado.
2. Tiene lugar en un solo ámbito territorial pero su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro.
3. Se realiza en un solo Estado, pero en él interviene un grupo delictivo organizado que lleva a cabo actividades criminales en varios Estados.
4. Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro.

2) Incorpora la penalización de conductas criminales específicas.

La Convención establece la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las conductas criminales reguladas por esta, cuando se cometan intencionadamente. Así, los delitos deben tipificarse en el derecho penal y no

349 Cfr. Artículo 6, número 2 de la Convención.

limitarse con medidas administrativas o complementarias³⁵⁰. Sin embargo, los Estados no están obligados a tipificar los delitos de la misma manera que se en la Convención, basta con que la conducta descrita sea penalizada (artículo 11.6). Las conductas criminales a penalizar son:

1. Participación en un grupo delictivo organizado

El Artículo 5 establece que los Estados Parte deberán tipificar como delito, cuando se cometan intencionadamente las conductas de:

- i) Acordar con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado³⁵¹.
- ii) Participar activamente, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, en:
 - a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;
 - b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita. Estas otras actividades pueden no constituir delito, pero deben cumplir una función de apoyo para las actividades y objetivos delictivos del grupo.

Con los incisos i) y ii) la Convención pretende abarcar las posibles aplicaciones en los diferentes países, así el inciso i) puede

350 Cfr. artículo 5.1 de la Convención; Naciones Unidas (2000c), párrafo 9 y Naciones Unidas (2004), p 28.

351 El artículo 5 de la Convención también pide que Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

ser aplicado en aquellos países cuyos sistemas jurídicos están basados en el derecho anglosajón y tipifican la conducta como *conspiración*; mientras que el inciso ii) puede ser aplicado en aquellos países con sistema jurídico romanista que no permiten la penalización de un simple acuerdo para cometer un delito o no reconocen a la conspiración como delito y, por lo tanto, tipifican la conducta como *asociaciones ilícitas*. También hay países que combinan ambos criterios. Al regular ambas posibilidades se permite una actuación eficaz contra los grupos criminales organizados sin necesidad de que los Estados tengan que elegir entre una u otra noción, e incluso que la conducta pueda ser castigada en aquellos países que no cuenten con el concepto jurídico pertinente. De igual forma, los Estados pueden introducir ambos delitos para abarcar diferentes tipos de conducta³⁵².

- iii) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. Al regular estas conductas se pretende no dejar sin castigo a los dirigentes de las organizaciones criminales que solo imparten órdenes pero no participan activamente en las actividades delictivas.

Estas conductas deben ser castigadas ya sea que se realicen separadamente o en conjunto, al igual que deben ser castigadas como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva. Por otro parte, la Convención no se ocupa de la prohibición de formar parte de determinadas organizaciones.

2. *Blanqueo del producto del delito*

Los Estados Parte de la Convención están obligados —en conformidad con el artículo 6 de la Convención— a adoptar en su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que fuesen necesarias para tipificar como delito las conductas intencionales de:

- i) Convertir o transferir bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto de un delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los

352 Ver Naciones Unidas (2004), pp. 24-29.

- bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- ii) Ocultar o disimular de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
 - iii) Adquirir, poseer o utilizar bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto de un delito;
 - iv) Participar en la comisión de cualquiera de los delitos anteriormente mencionados, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

En la práctica estas regulaciones se manifestarían en la obligación de los Estados de exigir a sus bancos de mantener registros apropiados y de hacerlos disponibles para inspecciones cuando se tenga la sospecha que provienen de actividades de crimen organizado; o la prohibición del secreto bancario para ocultar actividades criminales³⁵³.

En el número 2 del mismo artículo 6 se pide a los Estados Parte que velen para que en sus legislaciones se pueda aplicar la gama más amplia posible de delitos determinantes, es decir, aquellos delitos del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de las conductas descritas en dicho artículo. Sin embargo, en el mismo numeral se establece que de requerirlo los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el mencionado artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

Cabe enfatizar que en la misma Convención el artículo 34.2 pide a los Estados Parte que los delitos de *participación en un grupo delictivo organizado*, *blanqueo del producto del delito*, *corrupción* y *obstrucción de la justicia* tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 respectivamente; sean tipificados en las leyes nacionales con independencia del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado³⁵⁴, a excepción, lógicamente,

353 Ver SDD (2003), p. 99.

354 Dado que "Todo requisito de transnacionalidad o de participación de grupo delictivo organizado complicaría innecesariamente y obstaculizaría la labor de aplicación de la

de lo que el artículo 5 de la Convención exige respecto a la participación de un grupo delictivo organizado. Sin embargo, aún en este caso no debería ser exigido el elemento de la transnacionalidad³⁵⁵.

Del mismo modo el número 3 del citado artículo 34 establece la posibilidad de que los Estados Parte adopten medidas más estrictas o severas que las previstas en la Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

3. *Corrupción*

El artículo 8 de la Convención establece la obligación de los Estados de tipificar como corrupción las conductas intencionadas de:

- a) Prometer, ofrecer o conceder a un funcionario público³⁵⁶, directa o indirectamente, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;
- b) Solicitar o aceptar por un funcionario público, directa o indirectamente, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Del mismo modo se deberá tipificar como delito la participación como cómplice en las conductas anteriormente descritas. El mismo artículo en su número 2 también establece la posibilidad de que los Estados Parte consideren el tipificar como delito otras formas de corrupción, o los actos de corrupción cometidos por un funcionario público extranjero o un funcionario internacional.

4. *Obstrucción de la justicia*

En concordancia con el artículo 23 de la Convención los Estados

ley". Naciones Unidas (2004), p. 21.

355 Cfr. con la Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención. Naciones Unidas (2000c), párrafo 59. Disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1s.pdf (última visita 22/02/2011).

356 Entendiéndose por "funcionario público" todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función. Cfr. Art. 8 número 4 de la Convención.

Parte deberán tipificar como delito, cuando se cometan intencionadamente, las conductas de:

- a) Hacer uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la Convención;
- b) Hacer uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la Convención.

Sin embargo, en la Convención se aclara que estas disposiciones no estarán en contra a lo dispuesto por la legislación interna de los Estados Parte que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

3) **Pide a los Estados Parte penalizar y criminalizar los delitos contemplados en sus Protocolos.**

Mientras que la Convención contra la Delincuencia Organizada se centra fundamentalmente en los delitos que propician las actividades lucrativas de los grupos delictivos organizados, sus Protocolos complementarios tienen por objeto determinados tipos concretos de actividad delictiva organizada, estipulando normas de derecho sustantivo y procesal para ayudar a los Estados Parte a armonizar su legislación y eliminar diferencias que puedan obstaculizar la cooperación internacional.

Según lo establece el artículo 37 de la Convención y el artículo 1 de cada uno de los Protocolos estos están interrelacionados de tal manera que las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandi* a los protocolos adicionales. Consecuentemente los Estados deben ratificar la Convención antes de hacerlo con cualquiera de los protocolos.

A la hora de legislar, los Estados deberán tener en cuenta que las disposiciones reguladas en la Convención y sus Protocolos no cuentan con el mismo grado de obligación. En general, las disposiciones pueden ser clasificadas en tres categorías:

- a) Medidas que son obligatorias; es decir aquellas que contengan la expresión “los Estados deberán”.
- b) Medidas que los Estados deben considerar o procurar su aplicación, haciendo un genuino esfuerzo para determinar si esa medida es compatible con su sistema legal; generalmente para este tipo de medidas se utiliza la expresión “los Estados deberán considerar la posibilidad de”.
- c) Medidas que son opcionales. Estas medidas son aquellas en las que se utiliza la expresión “los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de”.

Cabe enfatizar que cuando la Convención o sus protocolos complementarios hacen referencia a penalizar una conducta, esta debe hacerse en conformidad con el derecho penal. La única excepción a esta regulación está establecida en el párrafo 2 del artículo 10 que manifiesta que la responsabilidad de las personas jurídicas puede ser de índole penal, civil o administrativa, según la legislación interna de cada Estado.

4) Regula la responsabilidad de las personas jurídicas

La Convención también establece en su artículo 10 la obligación de cada Estado Parte de adoptar las medidas que sean necesarias a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que estén involucrados un grupo delictivo organizado. Así, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa y existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que compete a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Huelga aclarar que la regulación de responsabilidad de las personas jurídicas que hace la Convención tiene en cuenta la diversidad de enfoques de las diferentes legislaciones, por lo tanto, los Estados Parte no están obligados a establecer la responsabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas si no es compatible con su ordenamiento interno; siendo suficiente para cumplir con la Convención establecer la responsabilidad civil y/o administrativa –incluidas sanciones monetarias- para las personas jurídicas.

Esta regulación dentro de la Convención es muy relevante ya que no todos los tratantes son personas físicas, algunos tratantes funcionan dentro de una empresa o sociedad.

5) Regula las acciones a tomar con el producto del delito.

El artículo 12 de la Convención regula la obligación de los Estados de tomar las mayores medidas que estén a su alcance en sus legislaciones internas para permitir el decomiso del producto de los delitos comprendidos en la Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; o de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos regulados por la Convención.

Con esta disposición la Convención pretende establecer una norma mínima a cumplir por los Estados para controlar el producto del delito. La Convención también establece disposiciones relevantes respecto al embargo preventivo y la incautación (artículos 12 a 14).

6) Establece reglas procesales.

La Convención también establece las reglas procesales a seguir por los Estados para las infracciones reguladas en la Convención, con el objetivo de asegurar que las personas que participen en un delito delitos grave regulado por la Convención sean castigadas, independientemente del lugar donde cometan la actividad delictiva. Así, establece reglas respecto a la prescripción y la jurisdicción.

Respecto a la jurisdicción, esta se regula en el artículo 16 de la Convención. Así, el número 1 del citado artículo regula que los Estados deberán establecer jurisdicción:

- a) En los supuestos acordes con el principio de territorialidad, es decir, cuando los delitos se cometan en el territorio del Estado o a bordo de las aeronaves y buques con bandera nacional, en conformidad con los tratados y leyes.
- b) En los caso en que no se pueda extraditar a una persona por motivos de nacionalidad, debiendo aplicar el principio *aut dedere aut judicare*, incluso cuando los delitos hubiesen sido cometidos fuera del territorio de dicho Estado (artículos 15.3 y 16.10). Cabe enfatizar que los Estados solo estarán obligados a aplicar este principio cuando la extradición se rechace por motivos de nacionalidad, por lo tanto, los Estados no están obligados a establecer jurisdicción respecto a los delitos cometidos por los no nacionales.

La Convención también establece en el número 2 del mismo artículo la posibilidad de que los Estados establezcan jurisdicción por delitos ejecutados fuera de su territorio cuando se cumpla alguno de los siguientes principios:

- a) Principio de extraterritorialidad pasiva, esto es, cuando uno o varios de sus nacionales sean víctimas en el extranjero de alguno de los delitos regulados por la Convención; así como cuando se cumpla el principio de extraterritorialidad activa, es decir, que el delito se cometa en el extranjero por uno de sus nacionales o por un apátrida que resida en su territorio³⁵⁷.
- b) El principio de justicia universal siempre que el delito esté relacionado con delitos graves regulados por la Convención y/o blanqueo de dinero realizados fuera de su territorio pero con miras a ser ejecutados dentro de su territorio.

Además, el número 4 del mismo artículo sugiere a los Estados la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado no lo extradite.

Con estas disposiciones se pretende reducir o eliminar los vacíos jurisdiccionales que puedan permitir que los criminales encuentren refugio en otro país, además de garantizar que cuando existan grupos delictivos que operen en diferentes países, cualquiera de estos pueda tener jurisdicción sobre las conductas criminales de estos grupos y de este modo facilitar la coordinación entre los distintos Estados interesados. Sin embargo, estas reglas se aplicarán sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, y sin excluir el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados de conformidad con su derecho interno.

Respecto a la prescripción, la Convención pide a los Estados en su artículo 11 que establezcan plazos prolongados de prescripción para los delitos regulados en esta y en sus protocolos; y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia³⁵⁸.

357 *Cfr.* Naciones Unidas (2000c), párrafo 26.

358 "Muchos Estados no tienen normas de este tipo, mientras que otros la tienen y las aplican de manera general o con limitadas excepciones". Naciones Unidas (2004), p. 133.

7) Promueve la cooperación internacional a través de la extradición, la asistencia judicial y las investigaciones conjuntas.

La piedra angular de la Convención es la cooperación internacional ya que dedica mayor parte de su articulado para establecer reglas de cara a conformar la estructura que ayude a los Estados Parte a promover esta cooperación. Así, los Estados se obligan a reforzar la cooperación internacional y a desarrollar y formar a sus funcionarios en aspectos claves como la asistencia técnica, destinada a agentes judiciales y a los cuerpos de seguridad del Estado.

Entre las herramientas de cooperación internacional con que se cuenta para luchar efectivamente contra la trata de personas se encuentra la extradición, que se encuentra estrechamente vinculada con la asistencia judicial recíproca que incluye los decomisos e incautaciones, entre muchas otras formas de cooperación.³⁵⁹

La Convención también regula provisiones que requieren que los gobiernos adopten leyes para confiscar el activo de los tratantes. El activo será propiedad del Estado en el que sean localizados, teniendo consideración prioritaria respecto a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados el Estado Parte que deba indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos³⁶⁰.

8) Establece la introducción de medidas de protección a víctimas y testigos.

El artículo 25 de la Convención regula la obligación de los Estados Parte de adoptar —en la medida de sus posibilidades— medidas apropiadas

³⁵⁹ Cfr. artículos 16 a 27 de la Convención.

³⁶⁰ Dado que la delincuencia transnacional cuenta con millones de dólares y sus activos están localizados en todas partes del mundo, ningún país debería reclamar la propiedad sobre todo el activo simplemente porque el activo es encontrado en su territorio. El activo debería ser compartido por todos los países afectados, con la consideración particular basada en las necesidades de las personas tratadas. De igual forma se pide que con el activo confiscado se contribuya, con una parte o su totalidad, a un fondo establecido por las Naciones Unidas para asistir a los países en vía de desarrollo y a los países con economías en transición a combatir la trata de personas. Sin embargo, cabe enfatizar que dichas contribuciones solo deberían hacerse después del pago de compensación, restitución y daños ocasionados a las personas tratadas y después del suministro del apoyo financiero a las organizaciones que proporcionan servicios de asistencia a las personas tratadas, ya que las víctimas a menudo vuelven a sus hogares sin dinero, con una deuda adquirida y una necesidad presente de apoyar a los miembros de su familia.

para prestar asistencia y protección a las víctimas, en particular en casos de amenaza de represalias e intimidación. En otras palabras, los Estados deben actuar siempre que cuenten con los recursos necesarios.

Entre las medidas establecida en la Convención está la obligación de los Estados Parte de legislar normas probatorias que permitan que el testimonio de las víctimas y testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicaciones como videoconferencia u otros medios adecuados, ya que muchas víctimas o testigos son menores de edad o están muy asustados para hablar abiertamente frente a los tratantes. Sin embargo, esta protección no debe limitarse al período de duración de los procesos judiciales ya que a menudo los tratantes o sus conexiones no son capturados y pueden amenazar a los testigos y víctimas.

Otro punto relevante regulado por la Convención es el relativo a la indemnización de las víctimas, estableciendo la obligación los Estados de propiciar procedimientos adecuados que permitan a las víctimas obtener indemnización y restitución. Consecuentemente las víctimas deben tener también derecho al acceso a los tribunales para obtener compensación y restitución de los activos de los tratantes.

La Convención también establece que los Estados deben asegurar que las víctimas y testigos no sean repatriados cuando la amenaza de venganza o la intimidación por parte de los tratantes continúa en el país de destino³⁶¹. Si un Estado es incapaz de asegurar la integridad física de una persona dentro de su territorio y es inseguro el retorno de la persona a su país de origen, debería considera la re-ubicación en un tercer país³⁶².

361 Lamentablemente, en la actualidad, la mayor parte de los Estados, de hecho, deportan a las víctimas y testigos a sus países de procedencia sin cerciorarse del peligro a su integridad antes de su regreso.

362 Sin embargo, son pocos los terceros países que han ofrecido asistir a las personas tratadas. El problema es más verosímil cuando la persona es trasladada un país pobre o pequeño para la trata. Las personas tratadas en un país más rico podrían ser permitidas a permanecer en este de forma permanente, mientras que por lo general personas tratadas en países más pobres son deportadas.

9) Anima a la adopción de políticas y medidas de prevención.

La Convención cuenta con distintos artículos que establecen medidas de prevención y combate de las distintas figuras delictivas reguladas en ella. Así, el artículo 7 establece medidas para combatir el blanqueo de dinero; el artículo 9 regula medidas contra la corrupción y en artículo 31 sugiere medidas de prevención que los Estados deben procurar poner en práctica, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno y sus recursos económicos.

1.2.3.7. *Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*

El Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de Noviembre del 2000³⁶³; y quedó abierto para la firma de los Estados del 12 al 15 de diciembre del 2000 en Palermo, Italia³⁶⁴. Fue firmado por 117 Estados³⁶⁵ y entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003³⁶⁶.

Este Protocolo representa una evolución de los instrumentos internacionales en relación con el objeto de protección, que en un primer momento giraban básicamente alrededor de la entonces llamada *trata de blancas* y que posteriormente, en el marco de Naciones Unidas, residía en el tráfico de personas para su explotación sexual, con especial atención a las mujeres y niñas. Además, hasta finales del siglo XX, el concepto de trata seguía siendo difuso, obsoleto o desfasado; y en muchos países las penas

363 Resolución A/RES/55/25 de 15 noviembre de 2000 de la 55ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas. Este Protocolo fue desarrollado por la Comisión de Crimen de las Naciones Unidas ubicado en Viena, Austria. Al mismo tiempo se elaboró el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 25 de febrero de 2000, anexo a la Convención sobre Derechos del Niño. Por otra parte ARTIGAS documenta que el origen del Protocolo contra la trata se debió a una preocupación de Argentina por el tema de la trata de menores y porque consideraba que una perspectiva exclusiva de derechos humanos en el tema de la trata sería insuficiente; en ese sentido, abogó para que el problema fuera abordado en una estrategia contra el crimen organizado transnacional. Artigas (2003), p. 46.

364 Por esta razón también es conocido como “Protocolo de Palermo”.

365 Entre los países firmantes se encuentran El Salvador y España.

366 Con arreglo al artículo 17 del Protocolo. A junio de 2013 cuenta con 156 Estados Parte. Para ver una lista actualizada de los Estados Parte Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en.

previstas para la trata de personas eran muy inferiores a las establecidas para el tráfico de drogas o de armas. Consecuentemente, con la aprobación de este Protocolo, se inicia una tercera fase de control jurídico internacional de la trata de personas, ampliando la conceptualización del delito de trata, el cual no se circunscribe únicamente a la trata de mujeres y niñas ni a la trata con fines de explotación sexual³⁶⁷.

Con este Protocolo los Estados Parte se comprometen a luchar contra las redes mundiales de delincuencia organizada y combatir la trata de personas, ya que dado a la globalización del capital, la información y la tecnología, las redes de trata operan como una industria transnacional; además del hecho que estos grupos delictivos suelen también dedicarse a otras actividades ilegales, como el tráfico ilícito de migrantes, de drogas, de armas o de otros productos prohibidos, además de practicar la corrupción y el blanqueo de dinero. En este sentido, el artículo 2 del Protocolo establece como su finalidad el prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños y con pleno respeto a los derechos humanos; y el promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

La importancia de dicho Protocolo deriva del hecho de establecer un concepto de trata de personas adaptado a la realidad en la actualmente dicho fenómeno se produce, con el objeto de constituir un modelo que inspire la tipicidad y uniformidad de cara a establecer la tipicidad de los comportamientos prohibidos, a la vez que crea nuevas penas para combatir este delito, y promueve la cooperación policial y judicial transfronteriza, de tal manera que se cuente con una definición internacionalmente aceptada y unos mecanismos de persecución, protección y prevención en los que deberán basarse las legislaciones nacionales y que servirán para armonizar las leyes en los diferentes países³⁶⁸.

Sistemáticamente este se divide en Preámbulo, Disposiciones Generales, Protección de las víctimas de la trata de personas, Medidas de Prevención y Cooperación y Disposiciones Finales. Entre los aspectos más destacables con los que cuenta este Protocolo podemos mencionar:

367 Ver García Bastante (s.f.), p. 89; Pérez Cepeda (2002b), pp. 47-49; Royo (2003), p. 41.

368 Ver Pérez Cepeda (2002b), pp. 47-49; Royo (2003), p. 41.

1) El carácter complementario que tienen el Protocolo respecto de la Convención contra el crimen organizado

Como ya apuntábamos *supra*, al ser un Protocolo complementario de la Convención contra la Delincuencia Organizada las disposiciones reguladas en esta se aplican al Protocolo *mutatis mutandis*, es decir, con las modificaciones procedentes en cada caso³⁶⁹, y todos los delitos estipulados en el Protocolo se consideran también delitos a tenor de la Convención contra la Delincuencia Organizada, según lo establece el artículo 1.1 de la Convención contra el crimen transnacional organizado y el artículo 37 del Protocolo.

Esta disposición garantiza que cualquier delito tipificado por un Estado para penalizar la trata de personas, quede automáticamente incluido en el ámbito de las disposiciones básicas de la Convención, como es el caso de las disposiciones que regulan la cooperación internacional en los casos de extradición (artículo 16) y la asistencia judicial recíproca (artículo 18); entre otras disposiciones imperativas de la Convención³⁷⁰. Consecuentemente, son igualmente aplicables a los delitos establecidos en el Protocolo las obligaciones reguladas por la Convención en los artículos 6 (blanqueo de dinero), 10 (responsabilidad de las personas jurídicas), 11 (proceso, fallo y sanciones), 12 a 14 (decomiso e incautación), 15 (jurisdicción), 16 (extradición), 18 (asistencia judicial recíproca), 20 (técnicas especiales de investigación), 23 (obstrucción de la justicia), 24 a 26 (protección de los testigos y de las víctimas e intensificación de la cooperación), 27 (cooperación en materia de cumplimiento de la ley), 29 y 30 (capacitación y asistencia técnica) y 34 (aplicación de la Convención).

Por lo tanto, la Convención y el Protocolo deben interpretarse conjuntamente y ha de darse por lo general el mismo significado a las disposiciones que tengan una formulación parecida o paralela. Consecuentemente, ningún Estado puede ser parte del Protocolo al menos que sea parte de la Convención.

369 Cfr: Naciones Unidas (2000c), p. 12.

370 Cfr: Naciones Unidas (2007), p. 5.

2) Establece la definición jurídico-penal de la trata de personas

El Protocolo, en el Capítulo I, establece un concepto común de trata de personas y pide a los Estados que tipifiquen y penalicen el delito en su legislación interna. La relevancia de esta definición radica en ser la primera definición internacional jurídicamente vinculante acordada por el consenso de los Estados. Al establecer esta definición los Estados también pretendían asegurar normas comunes en todos los Estados miembros del Protocolo; asegurar una repuesta penal y un marco jurídico adecuado; y reforzar la cooperación internacional en cuanto a la investigación de los casos de trata y a la protección de las víctimas³⁷¹.

Así, el artículo 3 literal a) del Protocolo define la trata de personas como: *“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 otras, 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.”*

De acuerdo con esta definición el delito de trata personas tiene tres elementos constitutivos, a saber:

- **La acción:** lo que se hace para cometer el delito: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas.
- **Los medios:** como se hace el delito: a través de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad³⁷² o la concesión o recepción

371 Cfr. Naciones Unidas (2010), p. 17.

372 Estas situaciones de abuso de vulnerabilidad puede ejemplificarse en las mujeres inmigrantes que se encuentran en los locales públicos de prostitución en España, las cuales son vulnerables por su triple condición de ser inmigrantes, ser mujeres y de no contar con recursos económicos ni oportunidades en sus países de origen. Ver Rey Martínez (2004), p. 39. Mientras que para Carmona Cuenca de acuerdo con la definición del Protocolo, *“el simple ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ sobre una persona que ejerza la prostitución (por no hablar de conductas más persuasivas), permitiría calificar su situación de trata de personas.”* Carmona Cuenca, E. (2007), p. 49.

de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

- **El propósito:** por qué se hace el delito: con fines de explotación, incluso la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados³⁷³, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Sin embargo, la lista de propósitos dada por el Protocolo no es exhaustiva; por lo tanto, los Estados pueden incluir en sus legislaciones internas otras formas de explotación que se adapten a sus realidades sociales y culturales.

Con respecto a la inclusión de la explotación de la prostitución ajena dentro de la definición de la trata, este punto generó mucho debate durante los trabajos de redacción del Protocolo dado que existen distintas posiciones entre los países sobre la prostitución y su carácter lícito o ilícito³⁷⁴. Así, hay países en donde la prostitución es un trabajo legal y otros en donde esta se penaliza. Sin embargo, el Protocolo es totalmente neutro en ese sentido, permitiendo que el país escoja internamente las actividades que le parezcan apropiadas en relación con la prostitución. Por esta razón, los términos de “explotación de la prostitución ajena” y “explotación sexual” fueron dejados intencionadamente sin definir³⁷⁵.

Así, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo, los Estados están obligados a penalizar la trata de personas, no siendo suficiente el contar con delitos que abarquen algunos de los elementos de la trata, sino que la trata de personas en sí debe ser regulada como delito³⁷⁶. Tal era la situación de la regulación jurídico-penal de la trata en España anterior a la reforma del Código Penal de 2010³⁷⁷.

373 La OIT sugiere respecto a la noción de explotación laboral, trabajo forzado o servidumbre que estas sean vinculadas con la Convención N° 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzado de 1930. esto facilitaría la implementación de ambos instrumentos en las legislaciones nacionales.

374 Ver Dammann (2005), p. 3.

375 La OIM recomienda que las disposiciones del Protocolo respecto a la prostitución u otras formas de explotación sexual sean complementadas e interpretadas conjuntamente con la Convención de los Derechos del Niño, guiados por el principio del interés superior del menor IOM (2006), p. 19.

376 Ver. United Nations (2006), p. 26.

377 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Entre los aspectos relevantes están, en primer lugar, el hecho que a pesar que la trata de personas se realiza muchas veces a través de las fronteras y se ven involucrados en ella frecuentemente grupos de crimen organizado; y a pesar de que la definición del Protocolo esté vinculada con la Convención contra el crimen organizado transnacional; las regulaciones jurídico-penales de la trata hechas en las legislaciones internas no deberían exigir como parte del tipo penal el elemento de la transnacionalidad o la participación de un grupo de crimen organizado³⁷⁸. Consecuentemente los fiscales o partes acusadoras no deberían que tener que probar estos elementos en orden a obtener una condena por trata de personas, todo esto de conformidad con el artículo 34.2 de la citada Convención³⁷⁹.

En segundo lugar, a pesar que el título del Protocolo y el artículo 2 letra a) hagan mención especial de las mujeres y de los niños, en la definición de trata no se hace tal distinción, por lo tanto, se considerará víctima de trata a cualquier persona, independientemente de su sexo, pero igual de su edad, origen racial o étnico, orientación o identidad sexual.

En tercer lugar, esta definición de trata refuerza la posición de las víctimas puesto que la carga de la prueba no recae sobre ellas³⁸⁰.

Asimismo, el mismo artículo 3 letras b), c) y d) establecen que el consentimiento emitido por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en la definición de trata; de igual

378 De hecho, los elementos de transnacionalidad o participación de un grupo delictivo organizado podrían ser requisitos para solicitar asistencia judicial u otro tipo de colaboración a terceros países.

379 *Cfr.* Naciones Unidas (2004), p. 249 y ss.; CIMTM (2002), p. 15. *Ctra.* Global Rights que critica esta definición por que en su opinión no es apropiada para ser utilizada en los códigos penales domésticos, dado que tiene demasiados elementos que tendrían que ser probados por los fiscales, haciendo así el procesamiento más difícil; a la vez que el lenguaje es un poco ambiguo y podría conducir a desafíos legales por parte de los demandados. Global Rights (2005), p 7.

380 Royo destaca el papel de La Liga Internacional de Derechos Humanos, conformada por aproximadamente 140 organizaciones abolicionistas, la cual ejerció una enorme presión sobre las delegaciones de los países representados a favor de la defensa de las víctimas del tráfico y de sus derechos más fundamentales, defendiendo una definición de trata que protegiera a todas las víctimas del tráfico, no solo a aquellas que pudieran probar que habían sido forzadas. Royo (2003), pp. 41-43.

forma no será válido el consentimiento de toda persona menor de 18 años, aun cuando este consentimiento se obtuviere sin recurrir a ningún medio de presión, amenaza o situación de vulnerabilidad; dado que lo que aquí se pretende castigar en sí, es la explotación de un menor de edad.

En cuanto a la penalización de la trata de personas, el Protocolo establece en su artículo 5 la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas legislativas precisas para tipificar como delito las actividades realizadas para la trata de personas cuando se realicen intencionadamente³⁸¹. La misma obligación tienen los Estados Parte de tipificar la tentativa, la participación como cómplice y la participación de otras personas que organicen o dirijan las actividades³⁸².

Respecto a la regulación de la tentativa el Protocolo pide a los Estados que esta sea regulada con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico (art. 5.2 letra a) dado que el concepto de tentativa no existe en las regulaciones penales de ciertos países. Por lo tanto, la regulación de la tentativa de la trata de personas será obligatoria en aquellos países que cuentan con la figura de la tentativa dentro de sus legislaciones penales, mientras que será facultativa en aquellos países que no la regulen³⁸³.

3) Pide a los Estados que tomen medidas de prevención de la trata y de protección a las víctimas de este delito.

Entre las medidas de prevención reguladas en el Protocolo están las medidas contra la corrupción, ya que muchos países no cuentan con leyes para investigar y procesar a funcionarios corruptos, a pesar del hecho que en la mayoría de los casos de trata no podría ocurrir sin la cooperación de funcionarios corruptos del gobierno.

Otro aspecto de prevención del delito que es válido destacar es el reconocimiento de la demanda como elemento favorecedor de la trata. Así

381 Rebollo Vargas apunta que “*parece difícilmente imaginable que puedan llevarse a cabo prácticas relacionadas con la Trata de Personas que no sean intencionadas, por lo que tal mención me parece superflua*”. Rebollo Vargas (2006) p. 49.

382 Naciones Unidas sugiere que los Estados Parte, además de penalizar la trata de personas, consideren, en conformidad con el artículo 9.5, la posibilidad de penalizar otras formas de explotación de personas, especialmente mujeres y niños. Naciones Unidas (2004), p. 280.

383 *Ver*: United Nations (2006), p. 26.

el artículo 9.5 establece la obligación de los Estados de adoptar o reforzar las medidas legislativas o de otra índole con el fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación que por ende pudiera conducir a la trata de personas, en especial de mujeres y menores de edad³⁸⁴.

El Protocolo también regula la protección de las víctimas de trata en sus artículos 6 a 8. Concretamente desarrolla la asistencia, protección, régimen aplicable y repatriación de las víctimas. Sin embargo, estas disposiciones no son de carácter preceptivo sino de carácter facultativo, lo cual es cuestionable pues deja a la voluntad de los Estados Parte la protección de las víctimas. Entre las prestaciones que se encuentran reguladas en estas disposiciones están el brindar a las víctimas de trata alojamiento, asesoramiento, información, asistencia médica, sociológica, material, oportunidades de empleo, educación y capacitación.

Sin embargo, a pesar de su carácter facultativo, debe interpretarse que en el caso de los menores de edad estas previsiones son de carácter obligatorio en tanto que el Protocolo establece que cada Estado Parte tendrá en cuenta las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

Otra regulación establecida en el Protocolo con la intención de proteger a las víctimas de trata es la relativa a la repatriación, ya que se prevé la posibilidad de que la víctima, cuando proceda, permanezca temporal o permanentemente el territorio del Estado receptor, atendiendo a factores humanitarios y personales. De igual forma se establece que los Estados Parte considerarán la posibilidad de adoptar medidas legislativas para permitir la permanencia de las víctimas en su territorio.

Además de estas regulaciones concretas para las víctimas de trata, el Protocolo –en sus artículos 9 a 13- establece medidas de carácter preventivo que instan a los Estados Parte a tomar medidas de carácter social y económico incidiendo en la cooperación bilateral o multilateral entre Estados y en factores como la pobreza, el subdesarrollo, la falta de oportunidades o la discriminación.

384 Por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud manifiesta que en el caso de la explotación sexual *“la demanda juega un papel crítico en el desarrollo y la expansión de la industria mundial del sexo”*. Naciones Unidas (2001), p. 28.

Se establecen además regulaciones fronterizas para prevenir y detectar la trata de personas.

Respecto a la judicialización de la trata el Protocolo hace referencia a los problemas de jurisdicción, la extradición, el traslado de personas para cumplir una pena, la realización de investigaciones conjuntas y la asistencia judicial recíproca. En cuanto a los fines de esta última están el recibir testimonios o tomar declaraciones a personas; efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos; examinar objetos y lugares; facilitar información elementos de prueba y evaluaciones de peritos; entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes; identificar o localizar el productos del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente y cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

Otro aspecto destacable regulado por el Protocolo es que ningún Estado firmante del Protocolo puede judicializar a una persona que haya sido víctima de trata de personas, por cualquier delito que haya cometido, en relación con su experiencia como víctima de este delito. Esto con el fin de evitar que las personas tratadas puedan ser acusadas por “la organización” o “la tentativa de comisión” de trata o a sabiendas “de la participación” o la asistencia de su propia trata, por lo cual la legislación interna debe claramente establecer el status de personas tratadas para que nunca sea castigada por la conexión en su propia trata. El Protocolo también requiere que las personas tratadas no sean procesadas por “trata” de alguna persona más. Así, si varias personas tratadas están juntas, ninguna de las personas tratadas debe ser procesada como una cómplice de la trata de otra persona tratada.

A pesar de las bondades de este Protocolo también ha recibido varias críticas. Así, los abolicionistas critican del Protocolo el hecho de que no se pronuncie sobre todos los aspectos del proxenetismo; o que tampoco prohíba a los Estados organizar e industrializar la prostitución, en concreto a través de controles administrativos o de la reglamentación legal de la prostitución, lo cual consideran como un retroceso. Los abolicionistas también insisten en la necesidad de tener en cuenta a la demanda, es decir, el cliente prostituidor,

como principal generador oculto de la prostitución y la trata; a la vez que alertan sobre la creciente tendencia a separar trata de prostitución³⁸⁵.

En contra de la posición de los abolicionistas es destacable señalar la posición de MAQUEDA ABREU que critica al Protocolo de crear confusión al abordar a las mujeres y niños como personas vulnerables a la trata, ya que de esta forma se niega el valor de reconocimiento del consentimiento de estas. Así, en nombre de su protección, las políticas estatales les cierran la vía de acceso al centro mundial, atribuyendo a las redes de ayuda la categoría de “nuevos negreros” y a ellos la condición de “esclavos”, es decir, se les impone el estatus de “no personas”³⁸⁶.

Mientras que WIECKO V. DE CASTILHO considera que el texto aprobado es ambiguo, en un esfuerzo para responder a las tendencias opuestas (la despenalización de la prostitución con el pleno reconocimiento del “trabajo sexual” y la criminalización de los clientes y los proxenetas para erradicar la prostitución). Apunta además que la vulnerabilidad de las víctimas no se puede generalizar a la mayoría de los casos en los que se produce la explotación de cualquier tipo, sino que depende de la interpretación de la policía, los fiscales y el poder judicial³⁸⁷.

1.3. INSTRUMENTOS EMANADOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha promulgado diferentes instrumentos que se relacionan con la trata de personas, desde el punto de vista de violación a los derechos fundamentales de los trabajadores³⁸⁸. Estos instrumentos son:

385 Ver CIMTM (2002), p. 15.

386 Maqueda Abreu (2009b), p. 1249.

387 Wiecko V. de Castilho (2007), p. 14.

388 La OIT también cuenta con también con órganos de control, a saber, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, formada por 21 miembros, y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, de composición tripartita (formada por representantes de los Estados miembros de la OIT, de los empresarios y los trabajadores). Sobre el funcionamiento de dichas comisiones *Ver* Chueca Sancho (1997), p. 41.

1.3.1. Convenio 29 sobre el trabajo forzoso

Este Convenio fue adoptado en Ginebra por la Conferencia General de la OIT en fecha 28 de junio de 1930³⁸⁹; y ha sido ratificado por 173 países. En él se establece la obligación de los Estados Parte de suprimir el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, y sancionar penalmente al que lo exija ilegalmente, (Artículo 25), entendiéndose como trabajo forzoso u obligatorio *“todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.”* (Artículo 2).

1.3.2. Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes

Este Convenio fue adoptado el 1 de julio de 1949 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1939, el cual no fue ratificado por ningún Estado Miembro, acordando que estas proposiciones deberían revestir la forma de un convenio internacional.

El Convenio, que ha sido ratificado por 48 países³⁹⁰, establece la obligación de los Miembros de mantener un servicio gratuito y apropiado encargado de prestar ayuda e información exacta; a los trabajadores migrantes, así como el tomar todas las medidas pertinentes contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir en error (artículos 2 y 3).

Pero además de estas obligaciones el artículo 6 del citado Convenio establece que es obligación de los Miembros el aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

- i) La remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de

389 Y entró en vigor el 1 de mayo de 1932. Este Convenio fue ratificado por España el 29 de agosto de 1932.

390 Entre ellos España que lo ratificó el 21 de marzo de 1967.

admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

- ii) La afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;
- iii) El acceso a la seguridad social.

El Convenio cuenta con dos anexos, el Anexo I regula el reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental. Según este anexo (artículo 3) solamente tendrán derecho a efectuar las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación:

- a) Las oficinas públicas de colocación u otros organismos oficiales del territorio donde se realicen las operaciones;
- b) Los organismos oficiales de un territorio distinto de aquel donde se realicen las operaciones, que estén autorizados a efectuar tales operaciones en ese territorio en virtud de un acuerdo entre los gobiernos interesados;
- c) Cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional.
- d) El empleador o una persona que esté a su servicio y actúe en su nombre, a reserva de la aprobación y vigilancia de la autoridad competente, si ello fuere necesario en interés del migrante;
- e) Una agencia privada, si la autoridad competente del territorio donde las operaciones deban celebrarse le concede previamente una autorización, en los casos y en la forma que determinen la legislación de ese territorio; o un acuerdo entre la autoridad competente.

El Anexo II del Convenio 97 regula el reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental. Este anexo establece que las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación podrán ser efectuadas por:

- a) El empleador o una persona que esté a su servicio y actúe en su nombre;
- b) Agencias privadas.

Además el Anexo II establece que el derecho a efectuar las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación deberá estar sujeto a la autorización previa de la autoridad competente del territorio donde dichas operaciones deban realizarse, en los casos y en la forma que determinen la legislación de ese territorio o un acuerdo entre la autoridad competente del territorio de emigración.

El artículo 9 del Anexo II regula que si un trabajador migrante, introducido en el territorio de un Miembro no obtiene, por una causa que no le sea imputable, el empleo para el cual fue reclutado u otro empleo conveniente, los gastos de su regreso y del de los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con él, comprendidos los impuestos administrativos, el transporte y la manutención hasta el lugar de destino y el transporte de los efectos de uso doméstico, no deberán correr a cargo del migrante.

El Artículo 10 regula que la autoridad competente del territorio de inmigración que considere que el empleo para el cual el migrante fue reclutado ha resultado ser inadecuado tiene la obligación de tomar medidas apropiadas para ayudarle a conseguir un empleo conveniente que no perjudique a los trabajadores nacionales; y deberá adoptar disposiciones que garanticen su mantenimiento, en espera de la obtención de tal empleo, o su regreso a la región donde fue reclutado, si el migrante está de acuerdo o ha aceptado el regreso en esas condiciones al ser reclutado, o bien su establecimiento en otro lugar.

1.3.3. Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso

Este convenio fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 25 de junio de 1957, y entró en vigor el 17 de enero de 1959. Ha sido ratificado por 169 países, entre ellos España que lo ratificó en fecha 6 de noviembre de 1967. Entre los instrumentos que sirvieron de referencia a la Conferencia General de la OIT para adoptar este Convenio está la Convención sobre la esclavitud de 1926, que establece que deberán tomarse todas las medidas necesarias para evitar que el trabajo obligatorio o forzoso pueda dar lugar a condiciones análogas a la esclavitud.

De igual forma se tomó como referencia la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, que prevé la completa abolición de la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba.

En general la OIT buscó armonizar las diversas proposiciones relativas a la abolición de ciertas formas de trabajo forzoso u obligatorio en violación de los derechos humanos a que alude la Carta de las Naciones Unidas y enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y El artículo 1 del citado Convenio regula la obligación de los Miembros de suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio en las siguientes circunstancias:

- a) Como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- c) Como medida de disciplina en el trabajo;
- d) Como castigo por haber participado en huelgas;
- e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

1.3.4. Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes

Este Convenio fue aprobado el 24 de junio de 1975 y entró en vigor el 9 de diciembre de 1978 habiendo sido ratificado por 23 países³⁹¹. Los países firmantes del Convenio consideraron que la emigración de los trabajadores motivada por las condiciones del mercado del empleo debería realizarse bajo la responsabilidad de los organismos oficiales del empleo o con arreglo a los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, surgiendo así la necesidad de nuevas normas especialmente dirigidas contra la existencia de tráficos ilícitos o clandestinos de mano de obra.

391 Este Convenio no ha sido ratificado por España.

De igual modo influyo para la adopción de este texto el problema de la vulnerabilidad de las mujeres contratadas para ocupar empleos, fuera de sus países de origen. También se pretendía pactar nuevas normas, para promover la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, y, en lo que se refiere a las cuestiones reglamentadas por la legislación o que dependen de las autoridades administrativas, para garantizarles un trato por lo menos igual al de los nacionales.

En el texto del Convenio se regula las migraciones en condiciones abusivas, estableciéndose en el artículo 1 el compromiso de los Estados miembros a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Parte de este compromiso comprende el adoptar disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes; la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para la organización de migraciones abusivas con fines de empleo, es decir las migraciones en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación; y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.

1.3.5. Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil

Este Convenio fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en fecha 17 de junio de 1999 y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000, contando actualmente con la ratificación de 169 países³⁹². La creación de este convenio surgió de la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, tomando como antecedentes el Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo; la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas; el Convenio sobre el trabajo forzoso y la Convención suplementaria de las Naciones Unidas sobre

³⁹² Entre estos países está España que ratificó el Convenio el 02 de abril de 2001.

la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

Por este Convenio los países firmantes se obligan a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, definiendo como “las peores formas de trabajo infantil”:

- a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y;
- d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños³⁹³.

393 Artículo 3 del citado Convenio.

II. REGULACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS

2.1. MODELOS DE TIPO PENAL Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existen varias propuestas de regulación jurídico-penal del delito de trata de personas que han sido elaboradas por organismos internacionales, legislaciones internas, organizaciones no gubernamentales y sectores doctrinales. A efecto de nuestro trabajo, estudiaremos principalmente los tipos penales propuestos por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de Naciones Unidas; el regulado por el artículo 177 bis del Código Penal Español y el regulado por el artículo 367-B del Código Penal salvadoreño, haciendo referencia a otras propuestas de tipo penal existentes a modo complementario.

2.1.1. Modelos de tipo penal

Tipo penal propuesto por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de Naciones Unidas

Este Protocolo establece en su artículo 3 letra a) el tipo penal de trata de personas de la siguiente manera:

“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 fin es de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En el mismo artículo 3, el mencionado Protocolo añade tres elementos que deben ser tomados en cuenta para la configuración penal del delito, a saber:

1. *Que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el tipo penal no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en este.*

2. *Que 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 tipo penal.*
3. *Que por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.*

Tipo penal propuesto por el Artículo 177 bis del Código Penal Español³⁹⁴

- "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.*
3. *El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.*
4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*
- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;*
 - b) la víctima sea menor de edad;*

394 Dicha redacción ha sido criticada por Manzanares Samaniego quien considera que el "nuevo artículo no se encuentra a la altura técnica deseable. Es posible que, además, los cambios experimentados por el Proyecto en sede parlamentaria no hayan sido muy afortunados". Manzanares Samaniego (2010), p. 215. De la misma opinión Terradillos Basoco, quien afirma que "La fórmula legal es, en este punto, de tal vaguedad e imprecisión que solo problemas puede crear al intérprete." Terradillos Basoco (2010), p. 2.

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

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

- 5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.*
- 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.*

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.
- 7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.*
- 8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.*

9. *En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.*
10. *Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*
11. *Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado."*

Tipo penal propuesto por el Artículo 367-B del Código Penal Salvadoreño

TRATA DE PERSONAS

Art. 367-B.- *El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.*

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, esta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo.

AGRAVANTES AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Art. 367-C.- El delito al que se refiere el art. 367-B del presente Código, será sancionado con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo e inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, en los siguientes casos:

- 1.- Si fuere realizado por funcionarios, empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.*
- 2.- Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o incapaz.*
- 3.- Si fuere realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.*
- 4.- Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa.*

Otras definiciones

Existen varias definiciones propuestas por diferentes organismos internacionales y no gubernamentales, así como en el ámbito doctrinal, las cuales nos pueden servir de apoyo referencial a la hora de analizar el tipo penal de la trata de personas. La mayoría de definiciones se centran en el elemento del traslado —algunas añadiendo inclusive el cruce de fronteras— con algún elemento de coacción combinado con la finalidad de explotación; sin embargo, estas varían respecto al lugar que toman diferentes elementos en la definición³⁹⁵.

395 Para Abramson la presencia o el lugar que estos elementos ocupen en la definición de trata responde a luchas que esconden diferencias políticas, legales y filosóficas. Así, los agentes encargados del cumplimiento de la ley ven el problema como uno causado principalmente por el crimen organizado vinculado con la inmigración ilegal y la explotación laboral de inmigrantes, mientras que los activistas anti-prostitución distinguen entre la trata para la industria del sexo y la trata con otros propósitos; y algunos grupos de mujeres se enfocan en la explotación indistintamente de la industria. Por lo que la autora afirma que “*aunque estas diferencias puedan parecer menores desde afuera, estas permearon el proceso de elaboración del Protocolo contra la Trata y afectaron a la definición aprobada.*” (traducción nuestra). Ver ABRAMSON (2003), págs. 473-474. De la misma opinión De León Villalba, (2003) pp. 27-32.

Así, entre estas definiciones se encuentra la propuesta por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) que presenta la siguiente definición de trata de personas:

“Por trata de personas se entiende la captación, transporte, compra, venta, transferencia, alojamiento o recepción de personas:

- i) mediante amenazas o recurso a la violencia, el secuestro, la fuerza, el fraude, el engaño o la coacción (incluido el abuso de autoridad), o la servidumbre por deudas, con el fin de:*
- ii) situar o mantener a esta persona, para obtener un pago o sin este fin, en una situación de trabajo forzado o en prácticas análogas a la esclavitud, en una comunidad distinta de la comunidad en la que esta persona vivía en el momento de cometerse el acto original descrito en i).”³⁹⁶*

Mientras que las Naciones Unidas³⁹⁷ propone una definición de Trata de Personas que sigue muy de cerca a las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 5 del Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata; a los artículos 2 (b) y 34 de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional y tomando como referencia las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³⁹⁸. La definición propuesta es:

- 1. Cualquier persona que:*
 - (a) Reclute, transporte, traslade, acoja o reciba a otra persona;*
 - (b) Por medio de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una*

396 Definición utilizada por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, en el informe “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer”. Ver Naciones Unidas (2000d), p. 9.

397 Ver United Nations (2009a), pp. 31-33. Ya en 1995 la Asamblea General de las Naciones Unidas había planteado una definición de trata de mujeres y niñas, la cual la establecía que esta consistía en “el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de fronteras nacionales e internacionales (...) con el propósito de forzar a la mujeres y niñas para colocarlas en situaciones de explotación sexual o económica, para el beneficio de los reclutadores, tratantes y organizaciones criminales, así como otras actividades ilegales relacionadas con la trata, como el trabajo doméstico forzado, matrimonios falsos, empleo clandestino y adopciones falsas.” Ver United Nations (1995), p. 2.

398 Disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf (última visita 24/05/2011).

posición de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra persona;

- (c) *Con el fin de explotación de esa persona;*
será culpable del delito de trata de personas y en caso de condena estará sujeto a pena de prisión de ... y/o una multa de / hasta...
2. *Esa explotación incluirá:*
 - (a) *La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual;*
 - (b) *El trabajo o servicios forzados o bajo coacción [incluido el trabajo en régimen de servidumbre y la servidumbre por deudas];*
 - (c) *La esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud;*
 - (d) *La servidumbre [incluida la servidumbre sexual];*
 - (e) *La extracción de órganos;*
 - (f) *[Otras formas de explotación definidas en la legislación nacional].*
 3. *Si la otra persona mencionada en el párrafo 1 (a) es un niño, la explotación también incluirá:*
 - (a) *El uso de [reclutamiento o la oferta de un niño] con fines ilícitos o para actividades criminales actividades [incluido el tráfico o la producción de drogas y la mendicidad];*
 - (b) *La utilización en conflictos armados;*
 - (c) *El trabajo que, por su naturaleza o por las circunstancias en que sea llevado a cabo, probablemente dañe la salud o la seguridad de los niños, según lo determinado por [citar el nombre de la legislación o autoridad nacional (trabajo), por ejemplo, el Ministerio de Trabajo];*
 - (d) *El empleo o utilización en el trabajo, cuando el niño no haya alcanzado el mínimo aplicable en edad laboral para dicho empleo o trabajo;*
 - (e) *[Otras formas de explotación].*
 4. *La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con el propósito de explotación se considerarán trata de personas, incluso si no se recurre a ninguno de los medios enunciados en el párrafo 1 (b).*

En el ámbito europeo la 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 víctimas³⁹⁹ propone como definición de trata de seres humanos

“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 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.

2. *Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.*
3. *La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.*
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.*
5. *Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1.*
6. *A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años.”*

También las ONG's han elaborado sus propias definiciones sobre trata de personas, así, *“Human Rights Caucus”*, una coalición de ONG's que

399 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo; disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:ES:PD> (última visita 24/05/2011).

estuvieron envueltas en el proceso de redacción del Protocolo de Naciones Unidas contra la trata de personas, la define como:

“La captación, transporte entre o fuera de las fronteras, compra, venta, traslado, acogida o recibimiento de personas

- (a) por medio de amenazas o el uso de secuestro, fuerza, fraude, engaño, coacción (incluyendo el abuso de autoridad, servidumbre por deudas);*
- (b) con el propósito de colocar o mantener a esta persona, ya sea por pago o no, en servidumbre, trabajo forzado o prácticas análogas a la esclavitud en una comunidad diferente a aquella en la que esta persona vivía en el momento del acto original descrito en (a)⁴⁰⁰.”*

En el ámbito doctrinal, DE LEÓN VILLALBA apunta que se ha definido al término “*Trafficking*” (Handel) como “*el conjunto de actos involucrados en la contratación o transporte de personas dentro de o por las fronteras, que impliquen engaño, coerción o fuerza, abuso de autoridad, esclavitud por deudas o fraude, con el propósito de poner a las personas en situaciones de abuso o explotación, como la prostitución forzada, condiciones de esclavitud, maltrato y crueldad extrema, explotación laboral o servidumbre doméstica en condiciones de explotación; dicho término puede incluir, igualmente, el secuestro, el falso encarcelamiento, la violación, el maltrato psíquico así como cualquier acción que viole derechos humanos fundamentales*⁴⁰¹.”

Mientras que TERRADILLOS BASOCO-PORTILLA CONTRERAS-POMARES CINTA-GUARDIOLA LAGO⁴⁰² presentan una propuesta alternativa al art. 177 bis, regulando a la trata de la siguiente manera:

- “1. Será castigado con la pena de 3 a 6 años de prisión como reo de trata de seres humanos, el que ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o*

400 *Ver Human Rights Caucus, Recommendations and Commentary on the Draft Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (1999); citado por Abramson (2003), nota 45.*

401 De León Villalba (2003), p. 59.

402 *Ver Terradillos Basoco-Portilla, Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), pp. 195-196. El resaltado en negrita es nuestro, para destacar los cambios propuestos respecto a la actual regulación del art. 177 bis español.*

*vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, **tratar con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes:***

- a) *Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.*
 - 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.*
3. *El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.*
4. *Se impondrá la pena en la mitad superior a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*
- a) *Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;*
 - b) *la víctima sea menor de edad y se emplee violencia, intimidación, engaño o se abuse de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.*
 - c) *Los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, además de la inhabilitación absoluta de seis a doce años.*
 - d) *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, además de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena.*
Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos, se impondrá la pena superior en grado.
5. *Cuando de los delitos comprendidos en este artículo fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en este Código, se le impondrá alguna de las penas establecidas en el artículo 33.7 de este Código.*

6. *En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos.*
7. *Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español."*

Y MARTÍNEZ OSORIO propone como tipo penal para el Código Penal salvadoreño:

"El que promueva, ofrezca, reclute, traslade, entregue o reciba para sí o para un tercero a una persona, con el propósito que dentro o fuera del territorio nacional:

- a) *Sea sometida a cualquier forma de explotación de las contempladas en el inciso tercero del presente artículo;*
- b) *Le sean extirpados sus órganos o tejidos dentro o fuera del territorio nacional;*
- c) *Para la realización de una adopción fraudulenta o de un matrimonio forzado; Será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años de prisión.*

Todo aquel que facilitare cualquiera de las conductas anteriores, será sancionado con la pena de prisión de dos a cuatro años.

Para efectos de este artículo, se entenderá por explotación la obtención de un provecho económico actual o futuro u otro tipo de beneficio para sí u otra persona, mediante el ejercicio coactivo de la prostitución ajena u otras prácticas sexuales como el exhibicionismo sexual y la pornografía, los trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, y la mendicidad.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en el inciso anterior, no podrá ser apreciado judicialmente como una causa excluyente ni atenuatoria de la responsabilidad penal.

La venta, cesión o entrega de un menor de edad o incapaz, para la práctica de cualquiera de las modalidades de explotación anteriormente mencionadas, será castigada con prisión de dos a cuatro años.

Si los actos de explotación de la víctima, no estuvieren regulados de forma independiente como tipos penales dentro de este Código u otra ley

especial penal, serán sancionados con la pena prevista en el inciso primero del presente artículo.

Los establecimientos que hayan sido utilizados para la práctica de las conductas antes descritas, podrán ser clausurados de forma temporal o definitiva por la autoridad jurisdiccional que conozca del respectivo proceso penal. Al efecto, y previa audiencia a los interesados si los hubiere, resolverá por medio de auto debidamente fundamentado con relación a su procedencia, pudiendo también dictarse en la sentencia cuando sea de forma definitiva⁴⁰³.

2.1.2. Bien Jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido constituye uno de los temas primordiales en la teoría del delito y en el derecho penal contemporáneo, dado que con este se busca proteger los intereses fundamentales de la persona humana y de la sociedad en general; además que por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en todo tipo penal debe subyacer un interés elevado a la categoría de bien jurídico, claramente identificado, sin *zonas de penumbra*, como exigencia irrenunciable del Derecho Penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁰⁴. Por lo tanto, para delimitar el bien jurídico protegido por la trata de personas es necesario determinar que conductas tiene la capacidad objetiva para crear el riesgo típicamente relevante para estos derechos, teniendo en cuenta además que la determinación del bien jurídico debe ser realizada en clave de derechos humanos⁴⁰⁵.

La importancia de determinar el bien jurídico de un delito deriva del hecho que el Derecho Penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de valores fundamentales del orden social⁴⁰⁶, y que sean presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social⁴⁰⁷. En este sentido, podemos definir a los bienes jurídicos como aquellas finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el

403 Martínez Osorio (2008), pp. 122-123.

404 Para más detalle sobre el concepto de bien jurídico protegido *Ver* Muñoz Conde (2001) pp. 90-103.

405 A favor García Aran (2006), p. 207; García Aran (2004), p. 375; Pérez Alonso (2008), p. 371.

406 *Ver* Jescheck/Weigend (2002), p. 6.

407 *Ver* Muñoz Conde, F.; García Arán, M. (2010) p. 59.

marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema⁴⁰⁸.

Además en la actualidad se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo *más* restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho penal como un *mal menor* que solo es admisible en la medida en que resulte del todo *necesario*, entonces el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos⁴⁰⁹.

En el ámbito doctrinal se han realizado diferentes aportaciones respecto al bien jurídico protegido por la trata de personas, así hay quienes consideran que protege la dignidad humana, otro sector doctrinal afirma que se protege la integridad moral; o la autonomía; o la libertad. Hay quienes apuestan por considerar que en la trata de personas es un delito pluriofensivo e incluso que protege un bien jurídico colectivo. Sin embargo, cualquiera de las posturas que se adopte podemos afirmar que nos encontramos ante un bien jurídico irrenunciable y, por lo tanto, el consentimiento dado por el sujeto pasivo es irrelevante⁴¹⁰.

Procederemos, pues, a analizar las diferentes posturas doctrinales respecto al bien jurídico protegido en la trata de personas, así como las dificultades surgidas a la hora de su determinación para posteriormente tomar una postura.

2.1.2.1. Dignidad humana

La explotación, cosificación y el trato como mercancía que sufre la persona a través de la trata de personas constituye un grave atentado contra los derechos humanos y lesiona gravemente su dignidad. Este es un punto en que coinciden unánimemente la doctrina y los textos internacionales⁴¹¹, dado

408 Ver Roxin, C. (2008), § 2, núm. marg. 9.

409 Ver Mir Puig (1989), p. 205.

410 Sobre el tema del consentimiento nos extenderemos *Infra*.

411 Ver por todos, Daunis Rodríguez (2010), pp. 12-13; Villacampa Estiarte (2004a), p. 1883; Villacampa Estiarte (2011b), pp. 397-400.

que en la trata de personas se produce una despersonalización de la persona tratada, la cual es considerada como una cosa o mercancía objeto de un negocio lucrativo.

El derecho comparado se ha expresado en similar sentido. Así, en el ámbito europeo, la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, consideraba a la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como *“un grave atentado contra los derechos fundamentales y, en particular, contra la dignidad humana”*⁴¹². Esta acción común fue posteriormente modificada por la Decisión Marco del Consejo, relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, que se refería a la trata de seres humanos como *“una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción.”*⁴¹³

Finalmente, esta Decisión Marco fue sustituida por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la cual siguiendo la misma línea de los documentos anteriores expresa que dicha Directiva busca respetar *“los derechos fundamentales y observa los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, principalmente la dignidad humana”*⁴¹⁴ y que *“la trata de seres humanos... constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física”*⁴¹⁵.

En igual sentido se expresa el art. 4 de la Constitución de El Salvador el cual considera que la esclavitud, la servidumbre o las condiciones análogas a la esclavitud menoscaban la dignidad de la persona.

Por esta razón algunos sectores doctrinales han llegado a considerar que la dignidad humana es el bien jurídico protegido en este delito. Sin embargo, a pesar del reconocimiento de la dignidad en numerosos textos internacionales esta no se encuentra definida. Por lo tanto, para analizar si la dignidad humana puede ser el bien jurídico protegido por la trata de personas debemos conocer

412 Consejo de la Unión Europea (1997), Preámbulo.

413 Consejo de la Unión Europea (2002), Considerando 3.

414 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2011), Considerando 11.

415 *Ibid.*, Considerando 33.

primero que entendemos por dignidad y cuál es el alcance jurídico de dicho concepto⁴¹⁶.

En el ámbito doctrinal se hace referencia a KANT por su gran aporte filosófico respecto al tema⁴¹⁷. Este afirma que la dignidad (*dignitas*) consiste en que el ser humano no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún ser humano, ni siquiera por sí mismo, sino siempre a la vez como fin y, por lo tanto, esta es contraria a la cosificación o instrumentalización del ser humano. Al mismo tiempo, el reconocimiento de esta dignidad se efectúa cuando el ser humano manifiesta respeto por otros seres humanos; de este modo, cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto no permite equivalente, entonces tiene dignidad. Otro aspecto significativo que apunta KANT respecto a la dignidad es que al ser esta inherente al ser humano este no puede auto enajenarse por ningún precio y tampoco puede obrar en contra de los demás seres humanos, ya que está obligado a reconocer la dignidad de la humanidad en todos los demás seres humanos⁴¹⁸.

Mientras que NIPPERDEY asevera que la dignidad “*se trata de la autonomía, la esencia, la naturaleza del hombre por antonomasia*” y, por lo tanto, dicho concepto no necesita de ninguna otra definición jurídica⁴¹⁹; y DÜRIG expresa que la dignidad humana se sitúa como cúspide del orden objetivo de valores consagrados en la Constitución y, por lo tanto, no solo resulta *valor moral* de contenido objetivo, sino también *valor jurídico* necesitado de procesamiento con las categorías propias del Derecho⁴²⁰; siendo

416 Y que para Serra Cristóbal esto “*es una tarea complejísima en la que, indudablemente, pesan condicionantes políticos, históricos, filosóficos, morales, religiosos... teniendo en consideración que los que es digno para una persona puede ser indigno para otra.*” Serra Cristóbal (2007), pp. 377-378.

417 A favor Beristain Ipiña, A. (2010), p. 42; Häberle (2008), p. 201; Rey Martínez (2004), pp. 62-64;

418 Kant (1989), pp. 334-335. (p. 462 Sección Segunda §37 y §38, según la numeración corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493)).

419 Nipperdey (1954) Die Würde des Menschen. *Die Grundrechte*. Nipperdey. Neumann, Nipperdey y Scheuner. Vol. II. p. 1; citado por Häberle (2008), p. 202.

420 Dürig, G. (1956) “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus art. 1 Abs. I in Verbindung mit art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”. *Archiv des öffentlichen Rechts*. p. 117 y ss.; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 25.

también un *valor propio*, siempre existente, siempre presente, intangible e irrenunciable⁴²¹.

MÜLLER afirma que la dignidad del hombre expresa el contenido más inmediato que toda persona puede exigir a la comunidad con base en su existencia humana⁴²²; y para LUHMANN la dignidad es la condición de posibilidad de la realización de valores sociales⁴²³. También es significativa la aportación de HÄBERLE quien manifiesta que a partir de una selección de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán se deduce que la dignidad es un *principio constitucional básico* que conlleva la prohibición de hacer del ser humano un mero instrumento u objeto, o la prohibición de sujetarle a un tratamiento que ponga en duda su cualidad elemental de sujeto⁴²⁴.

En cuanto a la doctrina española, podemos mencionar a GRACIA, quien afirma que la dignidad humana y/o jurídica coincide con la dignidad física que considera a la persona como un ser físico natural hecho (*factus*), pero simultáneamente es un ser moral (*faciendus*), con un tratamiento adecuado⁴²⁵; y CUESTA ARZAMENDI añade que la dignidad humana, ontológicamente considerada, es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo de la persona; *valor* que ennoblece a la persona por el solo hecho de existir, por lo cual todo hombre y mujer poseen esta dignidad y por tanto merecen protección⁴²⁶;

En el mismo sentido ALEGRE MARTÍNEZ define a la dignidad como “una característica propia e inseparable de toda persona, independientemente del

421 Maunz-Dürig, G. (1958) *Grundgesetz Kommentr.* München, C. H. Beck. Nota al margen nº 1 y 2; citado por Häberle (2008), p. 203.

422 Müller Müller, J. P. (1982) *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie.* p. 3; citado por Häberle (2008), p. 205.

423 Luhmann, N. (1986) *Grundrechte als institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie,* Aulf., Berlin, Duncker & Humblot, p. 48.; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 31.

424 Häberle (2008), pp. 183-184. El autor cita como referencia la Sentencia BVerfGE 50, 166 (175). También es válido mencionar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Baviera que entiende a la dignidad humana como “un valor espiritual y moral superior, y representa un valor moral propio, que es indisponible, independiente e inviolable”. Sentencia BayVfGH 8, 52, 57; citada por Starck (2008), p. 248.

425 Gracia (1989), pp. 14 y 121.

426 Cuesta Arzamendi, J. L. de la (1990) *El delito de tortura: concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código penal.* Bosch, Barcelona. 235 p.; citado por Beristain Ipiña, A. (2010), p. 44.

*momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelve su vida, y que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables que le son inherentes*⁴²⁷; a la vez, CHUECA RODRÍGUEZ entiende que la dignidad humana incluye la igualdad, la protección de la identidad y la integridad física y moral, y para los Estados sociales y democráticos de Derecho, la garantía del mínimo vital de subsistencia⁴²⁸.

En el ámbito jurisprudencial el Tribunal Constitucional Federal alemán designa a la dignidad de la persona como «*el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional*»⁴²⁹; y afirma que esta queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple objeto⁴³⁰. En el mismo sentido el Tribunal Supremo español ha definido a la dignidad como un *valor espiritual moral* inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, impidiendo que la persona sea tratada como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás, convirtiéndole en mera entidad sustituible⁴³¹. De igual forma, la Sala de lo Constitucional salvadoreña define a la dignidad como un *valor jurídico esencial* inherente a la persona humana por su calidad de tal, en el cual se cimientan todos los demás valores, así como todos los derechos fundamentales; y en efecto, lleva a concebir al ser humano como fin en sí mismo y no como instrumento para los fines de otros⁴³².

Sin embargo, también coincide la doctrina y la jurisprudencia en que la construcción jurídica de la dignidad está acompañada de muchas cuestiones polémicas dado que es básicamente una concepción filosófica⁴³³ que incluye contenidos muy diversos, con origen y consecuencias divergentes⁴³⁴; siendo que de esta idea general no se deduce un concepto

427 Alegre Martínez (1996), p. 29.

428 Chueca Rodríguez (2003), p. 37.

429 BVerfGE, 45, 187 y SS. (227), citada por Münch (1982), p. 11.

430 BVerfGE 9, 89 [95], citada por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 30.

431 STC 53/1985, II. Fundamentos jurídicos, número 8 y 9.

432 Sentencia 63-2007 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

433 Roxin, C. (2006), p. 20.

434 Beristain Ipiña, A. (2010), p. 40.

jurídico preciso de dignidad⁴³⁵ lo que la convierte en “*un concepto jurídico indeterminado*”⁴³⁶, “*ambiguo, poroso, polisémico*”⁴³⁷.

En este sentido, podemos citar dentro de la doctrina alemana a HÄBERLE, quien apunta que a pesar de la gran tradición jurisprudencial del Tribunal Constitucional federal alemán, no se ha podido reconocer una formulación “manejable” (*handliche*) de qué debe ser la dignidad pero se puede notar “entre líneas” de las distintas afirmaciones relativas a la dignidad humana, su relación con una determinada visión cultural específica de esta. Esto conlleva a una dependencia cultural respecto a determinadas concepciones de la dignidad y particularmente, de su dependencia a ideas religiosas⁴³⁸.

De igual forma MÜNCH afirma que el sentido jurídico exacto de la dignidad humana en cualquier caso es difícil de captar, sobretodo porque esta se presta en especial medida a discusiones de carácter interdisciplinario. Así, la teología, la filosofía y la ciencia política han sido consultadas cuando se ha tratado de la interpretación del concepto de dignidad, por lo cual la diversidad de interpretaciones existentes sobre la dignidad reflejan las distintas cosmovisiones de los intérpretes⁴³⁹. Además, los métodos tradicionales de interpretación de las leyes (gramatical, sistemático, teleológico e histórico) no conducen a un resultado inequívoco. Concluye afirmando que el hecho de que la dignidad de la persona es un concepto jurídico parece claro, aunque con la dificultad adicional de que dicho concepto en modo alguno es un concepto absoluto. Lo que no está tan claro —añade— es el contenido de este concepto⁴⁴⁰.

435 Rey Martínez (2004), p. 63. Además el autor cita a Sarlet, Ingo, *Dignidade da Pessoa Humana e directos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria deo Adrogado, Porto Alegre, 2002 –segunda edición– p. 39; quien manifiesta que “*es más fácil decir lo que la dignidad personal no es que lo que es*”.

436 Inconstitucionalidad 18-98 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

437 Rey Martínez (2004), p. 63.

438 Häberle (2008), p. 207. El autor cita como ejemplo las Sentencias BVerfGE 12, 1 (4); BVerfGE 24, 236 (246).

439 Añade Münch, siguiendo a R. Zippelius. *Bonner Kommentar*. Hamburg, art. 1.º, marg. i.; que el abanico de interpretaciones sobre la dignidad “*va desde una fundamentación de la dignidad de la persona humana teónoma hasta otra de carácter marxista, pasando por una moldeación de carácter autónomo*”. Münch (1982), p. 12.

440 Münch (1982), pp. 11, 12 y 18.

En el mismo sentido se expresan HOFMANN, que ve en la dignidad una “*manifiesta imposibilidad de definir con precisión su contenido*”⁴⁴¹; y DREIER apunta sobre la dificultad que presenta la dignidad para “*dotarla de contornos con los que su empleo se configure de modo metódicamente controlable y racionalmente reproducible*”⁴⁴².

En cuanto a la doctrina española, PECES-BARBA MARTÍNEZ afirma que en su origen la dignidad humana no es un concepto jurídico, sino más bien una construcción de la filosofía “*para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible*”⁴⁴³. Y REY MARTÍNEZ⁴⁴⁴ apunta tres dificultades específicas en la construcción jurídica del concepto de dignidad. La primera es que al ser la dignidad una idea axiológicamente abierta debe compaginarse con los diversos valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas sociedades contemporáneas. Consecuentemente, la configuración de este concepto responde a la relación con sus usos jurídicos concretos⁴⁴⁵.

La segunda dificultad es que se trata de un concepto en permanente proceso de desarrollo y construcción y, por lo tanto, se encuentra vinculado temporalmente⁴⁴⁶. Por ejemplo, a lo largo del tiempo, se han elaborado diferentes conceptos de dignidad⁴⁴⁷, entre estos está el que afirma la superioridad del ser humano sobre los demás seres vivos (defendido por la tradición cristiana y filosofía moral kantiana); el que hace énfasis en el reconocimiento de la humanidad sin necesidad de contraponerlo a seres vivos inferiores, animales irracionales y vegetales⁴⁴⁸.

441 Hofmann H. (1993) *Die versprochen Menschenwürde*. Berlin, Humboldt-Universität, pág. 5; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 33.

442 Dreier, H. (1996) Artike 1 I. *Grundgesetz Kommentar*. Bd. 1, Tübingen, Mohr Siebeck; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 33.

443 Peces-Barba Martínez (2003), p. 68.

444 Rey Martínez (2004), p. 63.

445 Piepoli, G. (2003), p. 45.

446 Rey Martínez (2004), p. 63; siguiendo a Sarlet, Ingo, *Dignidade da Pessoa Humana e directos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria deo Adrogado, Porto Alegre, 2002 –segunda edición- p. 41.

447 Así, Häberle cita la existencia de los conceptos de dignidad cristiano, “ilustrado-humanista”, marxista, teórico-sistemático y del “behaviorismo”. Häberle (2008), p. 202.

448 Ver Alonso Álamo, M. (2007), p. 3; citando a Gallego García, Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. *Derecho Penal liberal y dignidad humana*, Libro

La tercera dificultad consiste en que la dignidad se refiere a una cualidad inherente al ser humano y, por lo tanto, no se cuida de aspectos particulares de la existencia humana como es el caso de otros bienes tales como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc. Concluye afirmando que “*la dificultad de aprehensión del concepto de dignidad lo convierte en una institución inhábil para dotarla de la condición de bien jurídico, dada la escasa operatividad intrasistemática de un concepto tan vago*”⁴⁴⁹.

No obstante, como ha señalado MÜNCH, pese a la dificultad de determinar en qué consiste la dignidad, sí es posible fijar cuándo se vulnera su contenido⁴⁵⁰. Así, el Tribunal Administrativo Federal ha manifestado que la persona, por razón de la dignidad de la persona humana, «*por regla general no ha de ser meramente objeto de la acción del Estado*»⁴⁵¹. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español ha establecido en su jurisprudencia ejemplos que aunque aborden en específico la dignidad de la mujer son equiparables a la dignidad correspondiente a todo ser humano independientemente de su sexo. Así, afirma que la comisión de un acto no solo contrario a la voluntad de la mujer, sino venciendo su resistencia por la violencia, lesiona en grado máximo su dignidad personal⁴⁵², por lo tanto, la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento⁴⁵³ pues esto va contra su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal⁴⁵⁴. De igual forma, añade ALONSO ÁLAMO que a pesar que distintos conceptos conduzcan a distintas consecuencias cualquiera que sea el concepto de que se parta, la dignidad remite siempre a lo “*específicamente humano*”⁴⁵⁵.

Sin embargo, a pesar de las dificultades para determinar el concepto jurídico de dignidad existe un importante sector doctrinal que sostiene que es

Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez. Velásquez Velásquez (Coord.) Temis, Bogotá, 2005, p. 246.

449 Rey Martínez (2004), p. 63.

450 Münch (1982), p. 19. *Cfr.* Alonso Álamo (2007), pp. 3-4 y Serra Cristóbal (2007), nota 29.

451 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Bd. 1, p. 159. (p. 161); citado por Münch (1982), p. 19

452 STC 53/1985, Extracto nº 19.

453 *Ibid.* II. Fundamentos jurídicos, número 11 b).

454 STC 224/1999, II. Fundamentos jurídicos, número 5.

455 Alonso Álamo (2007), pp. 3-4.

esta el bien jurídico protegido por la trata de personas. Así, podemos citar al grupo doctrinal que defendía a la dignidad como el bien jurídico protegido por el tráfico ilegal de personas regulado en art. 318 bis del CP español –con anterioridad a la reforma de 2010- que regulaba los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, y en el cual se regulaba conjuntamente el tráfico y la trata de personas.

Así, cuando por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁴⁵⁶ se introdujo el Título XV bis de Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que contenían el artículo 318 bis VILLACAMPA ESTIARTE defendía que el bien jurídico protegido debía buscarse en los indicadores personales e individuales de quienes se ven sometidos a un traslado ilegal, que podían concretarse en la dignidad humana *“como base para el ejercicio del resto de derechos, en el impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción al trato vejatorio que representa convertir en ‘cosas’ a los seres humanos”*⁴⁵⁷. Opinión similar compartía SÁNCHEZ LÁZARO para quien el delito

456 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. se introdujo el artículo 318 bis, el cual expresaba:

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 se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.
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 prevariándose de su condición de autoridad, agente de esta 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.

457 Villacampa Estiarte, C. (2001), p. 1517. Ver también Villacampa Estiarte (2002) p. 1160-1162. Esta postura la mantuvo la autora tras la reforma de la LO 11/2003 justificando que así se evita que la conducta prevista en el tipo básico quede vacía de contenido, garantizando además el ligamen con las modernas formas de esclavitud; a pesar de reconocer que esta opción goza cada vez de menor apoyo legal. Ver Villacampa Estiarte, C. (2004a) pp. 1639-1642; (2004b), p. 6; (2005) pp. 1665-1668; (2006), p. 96 y (2009), p. 1124.

de tráfico ilegal de personas junto a los derechos de los ciudadanos extranjeros protege “*en última instancia su dignidad de personas*”⁴⁵⁸.

Posteriormente, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre⁴⁵⁹, un sector doctrinal continuo afirmando que la dignidad humana era el bien jurídico protegido por el tráfico ilegal de personas. Así PÉREZ CEPEDA, la enumera entre los derechos individuales (vida, integridad, salud, libertad, dignidad...) y afirma que la dignidad de la persona se proyecta en los derechos que le son inherentes en cuanto a tal. En este sentido, afirma que en el delito de tráfico de personas la puesta en peligro o la lesión de la dignidad humana se producirían siempre que el sujeto fuera degradado a la condición de mero objeto, instrumento o mercancía, a algo asible, medible, manipulable, inventariable y cuantificable;

458 Sánchez, Lázaro (2002), p. 289.

459 Ley de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta Ley modificó al artículo 318 bis, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, 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 5 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.
4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevalidándose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.
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 la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.
Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas 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 este, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

ya que esto conllevaría su anulación como ser libre. Por lo cual concluye que la dignidad humana es el único bien jurídico protegido capaz “*no sólo de fundamentar significativamente la tutela de intereses personales más tradicionales sino también en el sentido abstracto de cualidad humana*”⁴⁶⁰.

En opinión de PÉREZ ALONSO⁴⁶¹ la autora llega a concretar tanto la idea genérica de dignidad personal que podría en parte considerarse que en realidad está haciendo referencia a la integridad moral como derecho fundamental en el que se concreta el valor de la dignidad humana. Sobre esta postura doctrinal nos extenderemos *Infra*.

La autora también añade una orientación colectiva de la dignidad humana dado que este delito se constituye como un instrumento de tutela frente a lesiones a la dignidad humana de miembros de un grupo sensible, dado que en ese entonces el delito de tráfico de personas era un delito exclusivo contra los ciudadanos extranjeros. Esto le llevaba a manifestar que se estaba ante un delito pluriofensivo que presenta dos facetas, una colectiva, dado que protege la dignidad de los extranjeros en cuanto pertenecientes a un colectivo vulnerable; y otra individual, en tanto que protege los derechos de individuos particulares. Sin embargo, sostenía que prevalece el carácter colectivo, puesto que se trata de proteger la dignidad de un grupo⁴⁶².

Añadiéndose a la postura de PÉREZ CEPEDA, PÉREZ FERRER afirma que en el tráfico ilegal de personas se sitúa a la víctima en una posición en la que esta se ve privada de los derechos mínimos que tiene reconocidos por el ordenamiento jurídico. Estos derechos afectados son muchos de los inherentes a la condición de persona, por lo cual, hay una afcción a la libertad, la seguridad y sobre todo, a la dignidad de la persona sometida a tráfico, dado que se convierten en objeto del tráfico, afectándose de forma directa su dignidad⁴⁶³.

De igual forma, para TORRES FERNÁNDEZ la finalidad de explotación expresa el desprecio por la dignidad humana, “*con lo que esta podría considerarse en peligro, al menos remotamente*”, añadiendo que la puesta en peligro de la salud o la integridad de las víctimas, el uso de la violencia o

460 Pérez Cepeda (2004), pp. 172-173; Pérez Cepeda (2006b), pp. 120-121.

461 Pérez Alonso (2008), p. 349

462 Ver Pérez Cepeda (2004), pp. 170-180 y Pérez Cepeda (2006a), pp. 178-184.

463 Pérez Ferrer (2006) pp. 48-49.

intimidación, abuso de superioridad o de vulnerabilidad o el engaño expresan un desprecio absoluto hacia la persona convirtiéndola en un objeto y es por esto que consideradas todas estas circunstancias desde un enfoque unitario, bajo todas ellas late la dignidad humana⁴⁶⁴.

Ya refiriéndose al delito de trata de seres humanos regulado de forma concreta, —esto es con posterioridad a la reforma del CP español de 2010— hay autoras como ALONSO ÁLAMO que manifiesta que la dignidad ocupa un espacio propio entre los objetos de protección⁴⁶⁵; mientras que VILLACAMPA ESTIARTE mantiene su postura respecto la dignidad como bien jurídico protegido, añadiendo que las posibles formas de explotación, en la mayor parte de supuestos constituirán otros tantos delitos ya sea contra la libertad sexual, los derechos de los trabajadores, o de lesiones⁴⁶⁶.

También hay un sector doctrinal que justifica la protección de la dignidad humana como bien jurídico basándose en su ubicación dentro del Código Penal⁴⁶⁷. Así, JUANES PECES afirma que la trata de seres humanos afecta a la dignidad de la persona, apoyándose en la ubicación del art. 177 bis del CP español —situado entre los delitos de tortura y contra la integridad moral y los que protegen la libertad e indemnidad sexual— considerando así que lo que se trata de proteger en el tipo delictivo es el principio de dignidad humana⁴⁶⁸. De la misma opinión TERRADILLOS BASOCO-PORTILLA CONTRERAS-POMARES CINTA-GUARDIOLA LAGO⁴⁶⁹, para quienes la ubicación del precepto es correcta, e indican que el nuevo precepto protege bienes jurídicos de carácter personal, esencialmente la dignidad de la persona humana⁴⁷⁰.

464 Torres Fernández (2006), p. 8.

465 Alonso Álamo, M. (2007), p. 19.

466 Villacampa Estiarte (2010), p. 839; (2011b), pp. 396-409.

467 Sin embargo, ya con anterioridad hubo un sector doctrinal que sugería que el entonces delito regulado en el art. 318 bis del CP español se ubicara en los primeros Títulos del Libro II, correspondientes a bienes jurídicos de carácter personal; tras el Título correspondiente a los delitos de tortura y contra la integridad moral. Así opinaban De León Villalba (2003), pp. 251 y 264; Palomo del Arco (2001), p. 172; Rodríguez Mesa (2001), pp. 120-121; Villacampa Estiarte (2002) p. 1162;

468 Juanes Peces (2010), pp. 1 y 4.

469 Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), p. 196.

470 Situación similar sucede en el Código Penal francés que ubica el delito de trata de personas (Art. 225-4-1) entre los delitos contra la dignidad de las personas.

DE LEÓN VILLALBA manifiesta que su ubicación supone la adopción por el legislador de una de las líneas de interpretación propuestas doctrinalmente, y seguida por todos los organismos internacionales que erigen a la dignidad de las personas como el objeto jurídico protegido. Sin embargo, este autor parece apoyar también otras posturas. Así, ha afirmado que la dignidad humana es un *principio* fundamental y el primero vulnerado por las conductas de tráfico y que la violencia ejercida contra las personas traficadas y explotadas afecta de manera global a sus derechos fundamentales y, concretamente, a aquellos bienes jurídicos personalísimos que protegen las cualidades básicas como persona, entre estos la libertad sexual de la persona, su integridad física, su libertad ambulatoria y, en último extremo, de su propia vida ⁴⁷¹; pero sobre la base de estos otros bienes jurídicos afectados en la realización de la conducta de tráfico, subyace la dignidad de la persona ⁴⁷².

De igual forma, DAUNIS RODRÍGUEZ manifiesta que con la trata de seres humanos se lesiona la dignidad del sujeto pasivo cuando es transportado, captado o acogido en contra de su voluntad o con la intención de explotarlo; dado que cosifica a la persona al tratarla como una mercancía o cosa de la que se pretende obtener un beneficio económico. Sin embargo, termina decantándose por la protección de un bien jurídico pluriofensivo, con afectación a la libertad y dignidad del sujeto pasivo⁴⁷³. Dicha postura la estudiaremos *Infra*.

Sin embargo, la protección penal de la dignidad ha recibido también numerosas críticas por un amplio sector de la doctrina, debido distintas razones. La primera que podemos apuntar es la dificultad de establecer un concepto jurídico de dignidad y definir su contenido. Sobre esta cuestión ya nos hemos expresado *supra*.

Una segunda crítica es el hecho de que la dignidad es considerada un valor que aunque tiene una posición central, no es un derecho y, por lo tanto, de esta se derivan y en ella descansan los derechos personalísimos como la vida, la integridad, la libertad, el honor, la intimidad, etc.; o los derechos humanos,

471 Ver De León Villalba (2009), pp. 132-133.

472 Ver De León Villalba (2003), p. 60.

473 Daunis Rodríguez (2011), p. 130.

en su dimensión constitucional; cumpliendo así una función informadora e interpretativa de estos derechos⁴⁷⁴.

En la doctrina alemana apoyan esta postura DÜRIG, quien —como apuntábamos *supra*— ve a la dignidad no como un derecho fundamental, sino como un principio⁴⁷⁵, dado que la simple interdicción de instrumentalizar al ser humano no permite acotar positivamente para el derecho a la dignidad un ámbito de protección específico⁴⁷⁶; MOLTSMANN ve a la dignidad como “*la raíz y el lazo común de los diversos derechos humanos*”⁴⁷⁷; a la vez, DREIER para preservar la intangibilidad de la dignidad del ser humano, opta por negarle el carácter de derecho fundamental⁴⁷⁸; y ENDERS afirma que la dignidad humana no puede ser un derecho fundamental ilimitable dado a su limitada función normativa, por lo cual afirma que la dignidad en sí misma no puede ser objeto de la garantía estatal sino el fundamento de todos los derechos humanos. Por lo tanto, estamos ante un principio⁴⁷⁹.

Mientras que en la doctrina española tenemos la opinión de CEREZO MIR, quien ve en la dignidad un principio material de justicia de validez *a priori*, de manera que un derecho positivo que infrinja el citado principio carece de fuerza obligatoria y, por lo tanto, se le niega el carácter de Derecho⁴⁸⁰. De igual forma, GRACIA MARTÍN afirma que la dignidad humana no es ningún

474 Ver Alonso Álamo (2007), pp. 3-4; Villacampa Estiarte (2010) pp. 835-838.

475 Dürig, G. (1956) Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus art. 1 Abs. I in Verbindung mit art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*. p. 117; quien añade la peculiaridad de la dignidad humana induce a la doctrina alemana a adoptar una perspectiva negativa, que se limita a identificar ciertas conductas como lesiones de la misma. Dürig, G. (1958) art. 1, art. 2, art. 19 Abs. III. *Grundgesetz Kommentar*, Maunz-Dürig. München, C. H. Beck; ambos libros citados por Gutiérrez Gutiérrez (2005), pp. 26 y 32.

476 Dürig, G. (1958) art. 1, art. 2, art. 19 Abs. III. *Grundgesetz Kommentar*, Maunz-Dürig. München, C. H. Beck; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 32; quien añade que ni la jurisprudencia constitucional ni la mayoría de la doctrina ha seguido a DÜRIG a la hora de negar a la dignidad humana la cualidad de derecho fundamental. (p. 28).

477 Moltmann, J. (1990) Hombre, humanidad, naturaleza. *Concilium*, núm. 228, p. 313; citado por Beristáin Ipiña (2010), p. 43.

478 Dreier (1996) Artikel 1 I, *Grundgesetz Kommentar*. Bd. 1. Tübingen, Mohr Siebeck, p. 208.; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 38.

479 Enders, C. (1997) *Die menschenwürde in der verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1997; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), pp. 38-39.

480 Cerezo Mir (2004), p. 20.

bien jurídico, sino un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana y, por lo tanto, todo bien jurídico personalísimo (como la vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc.), es reconducible finalmente a la dignidad de la persona⁴⁸¹.

En similar sentido, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, manifiesta que el hecho de que se parta de la perspectiva negativa para perfilar el contenido de la dignidad humana y del alcance limitado del correspondiente derecho fundamental no permite una elaboración satisfactoria, dado que la intangibilidad y la relevancia jurídica de la dignidad humana le parecen incompatibles, la dogmática de los derechos fundamentales se enfrenta con el texto constitucional.

Así, —afirma— la dignidad de la persona, a la que son inherentes unos indeterminados derechos inviolables, no parece incorporar por sí misma un derecho fundamental⁴⁸²; por lo mismo el constituyente español no incluyó en el catálogo de los mismos a la dignidad humana, por resultar su procesamiento jurídico *quizá* particularmente complejo. Se reconocen como derechos singulares aspectos esenciales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad: por ejemplo, la integridad moral, la prohibición de la tortura y de los tratos vejatorios o degradantes, el honor, la intimidad y la propia imagen, pero la dignidad de la persona no opera en el ordenamiento jurídico español como derecho fundamental⁴⁸³. Concluye, siguiendo a HESSE⁴⁸⁴, que la solución más consecuente resulta al expulsar a la dignidad del elenco de los derechos fundamentales⁴⁸⁵.

Asimismo, PÉREZ ALONSO⁴⁸⁶ manifiesta que el valor de la dignidad humana presupone un estándar mínimo de derechos individuales o aspectos

481 Gracia Martín (1995), pp. 228-229.

482 Añade que tampoco existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 91.

483 Al margen de la garantía reconocida por el art. 53.1 de la Constitución, exclusivo del ámbito del recurso de amparo (art. 53.2 CE) Y ajena incluso a la protección reforzada que brinda el art. 168 CE.

484 Hesse, K. (1995) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 10. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 37.

485 Gutiérrez Gutiérrez (2005), pp. 37-40; 91-92.

486 Pérez Alonso (2008), p. 375.

concretos de dichos derechos, como la libertad personal, de decidir y de obrar, o la integridad personal, física y moral; en el mismo sentido, ROMEO CASABONA⁴⁸⁷ ve a la dignidad como *contenido nucleico* de los derechos fundamentales al tiempo que reconoce la función informadora e interpretativa de la dignidad sobre estos derechos.

De manera muy similar REY MARTÍNEZ⁴⁸⁸ siguiendo a PASQUALINI⁴⁸⁹ apunta que la dignidad es como el ADN o código genético de los derechos fundamentales, de modo que esta confiere unidad de sentido, de valor y concordancia práctica al sistema de los derechos, cumpliendo dos destacables funciones: una *hermenéutica*, por lo cual a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional; y una *integradora* que puede ayudar a descubrir nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos e, incluso abrir el reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales.

Finalmente, podemos citar a LANDA ARROYO quien afirma que la dignidad es un valor y principio constitucional, además de “*dinamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos*”⁴⁹⁰.

De la misma manera, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos se definió a la dignidad como el origen de todos los derechos humanos y, por lo tanto, es la persona humana el sujeto central y principal beneficiario de los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁹¹. Asimismo, la FISCALÍA DE EXTRANJERÍA española ha manifestado que la trata de personas protege un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ampararles frente a los abusos de terceros propiciados por situaciones de vulnerabilidad, “*lo que supone la instrumentalización*”

487 Romeo Casabona (1994), p. 67.

488 Rey Martínez (2004), p. 64.

489 Alexandre Pasqualini, citado por Sarlet, Ingo, *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria deo Adrogado, Porto Alegre, 2002 –segunda edición, p. 81.

490 Landa Arroyo (2002), p. 112.

491 Naciones Unidas (1993), Preámbulo.

*del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana*⁴⁹².

En el ámbito constitucional, en el caso de España, la Constitución manifiesta que los derechos *inviolables* son inherentes a la dignidad, la cual es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10 CE). De igual forma, la Constitución de El Salvador no enumera a la dignidad como un derecho fundamental, pero su jurisprudencia constitucional la define como un *valor jurídico esencial* inherente a la persona humana⁴⁹³.

En similar sentido se ha expresado la jurisprudencia española, la cual define a la dignidad como un *valor espiritual moral* inherente a la persona y, por lo tanto, es como el germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes, entre estos, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10), los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)⁴⁹⁴. De hecho el Tribunal Constitucional ha manifestado claramente que debe descartarse la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente dado que la dignidad de la persona no se reconoce en la Constitución como un derecho fundamental sino como fundamento del orden político y la paz social⁴⁹⁵.

Análoga postura adopta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que establece al artículo 1.1 de la Ley Fundamental alemana⁴⁹⁶ —que regula a la dignidad humana— como punto de partida

492 Fiscalía de Extranjería (s.f.), p. 18.

493 Inconstitucionalidad 18-98 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

494 STC 53/1985. Extracto, número 9 y II. Fundamentos jurídicos, número 3. *Ver también* STC 214/1991. II. Fundamentos Jurídicos, número 3, 6 letra b) y 8; y STC 57/1994.

495 ATC 149/1999, II. Fundamentos jurídicos, número 2. Gutiérrez Gutiérrez añade que han habido algunas incidentales menciones a la dignidad de la persona como derecho, ya sea confundiéndola con el honor (ATC 171/1985), por equívocas referencias a las alegaciones de las partes procesales (STC 204/2000), o por las expresiones contenidas en un par de votos particulares (STC 70/1985, voto particular de Tomás y Valiente y STC 297/1994, voto particular de García-Mon). Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 92.

496 Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales] (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

de los derechos fundamentales⁴⁹⁷; afirmando también que esta es el valor jurídico más importante⁴⁹⁸; valor supremo dentro del ordenamiento constitucional⁴⁹⁹; fin supremo de todo el Derecho⁵⁰⁰; y una larga “selección” de jurisprudencia de muchos años⁵⁰¹, se ha deducido la dignidad como principio constitucional básico.

Una tercera crítica es el hecho de que al ser la dignidad un principio material antepuesto a los derechos fundamentales e inspirador de los valores reconocidos en la Constitución no puede darse una protección directa de esta sino concreciones de la misma: vida, integridad, libertad, honor, etc. En este sentido, tenemos la opinión de PÉREZ ALONSO quien manifiesta que el valor de la dignidad humana presupone que la persona tiene un status de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, por el simple hecho de ser persona, y en ese estándar mínimo de derechos está implícito el reconocimiento de derechos individuales o aspectos concretos de dichos derechos, como la libertad personal, de decidir y de obrar, o la integridad personal, física y moral⁵⁰².

De igual forma DIEZ RIPOLLÉS manifiesta que la dignidad de la persona ha de estar presente en la ponderación y no como un mero mecanismo corrector *a posteriori* de esta, evitando así que la protección de la dignidad de la persona quede “*excesivamente en el aire, sin vinculación a intereses o bienes concretos*”⁵⁰³. Añade GRACIA MARTÍN que para determinar si se ha atentado contra la dignidad debe analizarse concretamente si alguno de los derechos que le son inherentes ha sido quebrantado. Por esto, no es posible deducir de la dignidad un contenido de injusto específico para un determinado comportamiento punible; consecuentemente la dignidad en abstracto no puede ser un bien jurídico⁵⁰⁴.

497 Ver Häberle (2008), p. 181; quien cita como ejemplos de esta postura las sentencias BVerfGE 36, 174 (188); BVerfGE 21, 362 (369) y BVerfGE 48, 127 (164).

498 *Ibid.*, p. 183, quien cita las sentencias BVerfGE 45, 187 (227).

499 Häberle (2008), p. 183, quien cita las sentencias BVerfGE 33, 23 (29); 30, 173 (193); 32, 98 (108); 52, 223 (246).

500 *Ibid.*, quien cita las sentencias BVerfGE 12, 45 (51); 37, 57 (65).

501 *Ibid.*, quien cita las sentencias BVerfGE 50, 166 (175).

502 Pérez Alonso (2008), p. 375.

503 Díez Ripollés (1986), p. 635.

504 Gracia Martín (1995), pp. 228-229.

En similar sentido se ha expresado la jurisprudencia española que manifiesta que la dignidad de la persona no puede ser objeto de amparo, con independencia de que pueda servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas en general⁵⁰⁵.

Finalmente POZUELO PÉREZ⁵⁰⁶ añade como crítica que el bien jurídico protegido no puede ser la dignidad humana, ya que esta vendría a ser un bien jurídico predicable de prácticamente todos los delitos contra las personas recogidos en el Código penal, pues de un modo u otro estos atacan contra la dignidad de las personas.

En este sentido, HÄBERLE ya había manifestado con anterioridad que el uso inflacionario de la dignidad daría lugar a cierta devaluación de esta, por lo cual el Tribunal Constitucional Federal alemán ha tendido cuidado de utilizar *“la palabra, en cierto modo sensacionalista, de dignidad humana, únicamente en el más alto sentido”*⁵⁰⁷.

Frente a estas críticas ALONSO ÁLAMO⁵⁰⁸ contra argumenta exponiendo que con independencia de la consideración de la dignidad como principio material de justicia, o como valor supremo que fundamenta e informa a los derechos de la persona, la dignidad es algo distinto de la suma de los derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta, y que, en cuanto tal, es susceptible de ser protegida de forma directa, inmediata, por el Derecho penal. Por lo tanto, la dignidad no se identifica ni confunde con los derechos en que se concreta, sino que es “algo” que está detrás e informa a estos derechos y que podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona. Añade la autora que de modificarse el argumento anterior, si ese “algo” se concreta, sería en el derecho a la “integridad moral”, reconocido en el artículo 15 de la CE⁵⁰⁹.

VILLACAMPA ESTIARTE⁵¹⁰ también se une a las contra argumentaciones afirmando que aunque la dignidad sea difícil de aprehender, esta es un valor

505 Ver ATC 241/1985; ATC 419/1990; STC 64/1986 Y STC 136/199.

506 Pozuelo Pérez (2005), pp. 431-432.

507 Häberle (2008), pp 186-187. El autor hace referencia a la Sentencia BVerfGE 30, 33 (39).

508 Alonso Álamo, M. (2007), p. 5

509 Esta posición doctrinal la abordaremos en el siguiente apartado.

510 Villacampa Estiarte (2011a), pp. 1108-1112. Ver también Villacampa Estiarte (2010) pp. 835-838; (2011b), pp. 401-403.

que goza de reconocimiento a nivel global; al igual que la trata de personas es considerada delito a nivel global, por lo tanto, al estar al mismo nivel, la dignidad es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico.

Esta autora fundamenta su argumentación en la legislación alemana⁵¹¹ la cual regula a la dignidad humana dentro del listado de derechos fundamentales, dotándola de un contenido positivo partiendo de la fórmula de la no instrumentalización (*Objektformel*) construida sobre la base del concepto kantiano de dignidad. Al desechar un concepto de dignidad intangible que la expulsa del listado de derechos fundamentales, la dignidad se identifica desde una perspectiva exclusivamente formal, consistente en la prohibición de cosificar al ser humano, y que se completa refiriéndola tanto a la integridad, a la libertad individual o la igualdad formal, y demás derechos fundamentales.

Así, como apuntábamos *supra*, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ señala que ni la jurisprudencia constitucional ni la mayoría de la doctrina alemana ha negado a la dignidad humana la cualidad de derecho fundamental⁵¹². En este sentido, BENDA afirma que la Ley Fundamental alemana presupone “sin mayor glosa” la dignidad del hombre e impone que el Estado proteja activamente la dignidad humana⁵¹³; y GRAF VITZTHUM añade que la dignidad puede mantenerse elevada, como derecho esencial e inviolable de la persona, frente a la tutela jurídico-positiva, más o menos delimitada, de otros intereses concretos⁵¹⁴.

Mientras que HÄBERLE afirma que en la doctrina alemana se encuentra una bifurcación en cuanto al modo de consolidación de la dignidad: una como valor en el sentido de planteamiento filosófico jurídico natural, y otra que ve a la dignidad como capacidad (*Leistung*). Esta última postura no es entendida ni como dotación de la naturaleza, ni como valor, sino como una posibilidad y capacidad de realización que conlleva el individuo; consecuentemente los derechos fundamentales no tienen la función de asegurar la dignidad, sino que suponen condiciones para la realización del individuo. La ventaja de esta teoría, frente a la interpretación de tipo filosófico-valorativa, consiste en la

511 Concretamente en el art. 1.1 GG (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania).

512 Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 28.

513 Benda (2001), pp. 124-126.

514 Graf Vitzthum, W. (1985) Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff. *Juristen Zeitung*. p. 208; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 29.

posibilidad de relación directa con las situaciones problemáticas concretas del hombre individual⁵¹⁵.

También apunta que el Tribunal Constitucional Federal alemán hace uso de la dignidad como punto de partida del poder estatal, pero sin llegar a institucionalizarla a través de un uso inflacionario que conllevaría a una “*cierta devaluación de la dignidad*”. Así la jurisprudencia del mencionado tribunal, siguiendo el modelo de no-instrumentalización, posibilita un contenido concreto de la dignidad en ciertos casos específicos, determinando su contenido y alcance como derecho fundamental individual, pero sin argumentarla de una forma retórica o como una fórmula vana⁵¹⁶. En definitiva, afirma que la dignidad humana es un derecho público subjetivo, derecho fundamental del individuo frente al Estado y la comunidad que se constituye, al mismo tiempo, como mandato constitucional dirigido al Estado para que preserve al individuo en su dignidad ante la sociedad⁵¹⁷.

Por lo tanto, concluye VILLACAMPA ESTIARTE, el hecho de que al dotar a la dignidad de contenido positivo, se haga referencia a un listado de derechos fundamentales, no afecta a su consideración como bien jurídico protegido, y en el caso concreto de la trata de seres humanos dado que este delito implica una violación de varios derechos fundamentales que atentan contra la esencia misma de la persona, debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el bien jurídico protegido en este delito⁵¹⁸.

515 Häberle (2008), pp. 201-202.

516 Ver Häberle (2008), pp. 185-186; Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 40; y la Sentencia BVerfGE 30, 1. *Contra* DÜRIG quien asegura que definir la dignidad humana mediante la fórmula de no-instrumentalización entraña una cierta simplificación, por lo que el postulado resulta precisado en su contenido mediante el concreto desarrollo jurídico-positivo que proporcionan los singulares derechos fundamentales en los que se resuelve. Dürig, G. (1958) art. 1, art. 2, art. 19 Abs. III. *Grundgesetz Kommentar*, Maunz-Dürig. München, C. H. Beck; citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 41.

517 Häberle (2008), p. 223.

518 Del mismo modo la autora critica el proceso de juridificación de la persona y de su mera conversión en objetivo de imputación operado por el positivismo jurídico, por lo cual le parece necesario reclamar la recuperación de la esencia personal, deshaciendo el proceso de evaporización teórica del auténtico perfil personalista, ético y jurídico, del concepto de persona. Villacampa Estiarte (2011a), p. 1112. Ver también Villacampa Estiarte (2010) p. 838; (2011b), pp. 403-404.

Sin embargo, como bien apunta GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, la distintas posturas tomadas respecto a la dignidad como derecho o como valor en la doctrina alemana y española es consecuencia directa de la diferencia estructural entre las normas constitucionales de ambos países y no se trata, como pudo pensarse desde Alemania, de un vacío doctrinal, ni menos aún de que en Alemania fuese necesario que la dignidad remontase a principios generales⁵¹⁹.

Por otra parte PÉREZ CEPEDA, frente a la crítica de la indefinición del concepto de dignidad humana que conduce a una falta de taxatividad y concreción, ve en el carácter abstracto e ideal del “bien dignidad humana” no solo la posibilidad de ser lesionada como bien que pertenece a una persona física determinada, en el sentido de objeto material de la agresión, sino que se puede lesionar directamente el ideal y universal del bien de la dignidad, “como síntesis de la cualidad, del rol, de los modelos de comportamientos que atribuyen a la persona humana indeterminada en su valor de humanidad”⁵²⁰.

Sugiere que esta falta de concreción puede superarse manejando una versión restringida de la dignidad humana, interpretando que su lesión depende de que se niegue o ponga en peligro la afección de las condiciones de colectivos vulnerables. Al proteger los grupos sensibles se evitaría la puesta en marcha de procesos con una dinámica peligrosa, con lo cual vendría a proteger la dimensión individual y colectiva en el mismo objeto de protección: la dignidad humana, que sería el bien jurídico individual y colectivo inmediatamente protegido⁵²¹.

Sin embargo, a pesar de estas contra argumentaciones consideramos que las críticas expuestas *supra* a la dignidad para erigirse como bien jurídico protegido del delito de trata de personas son correctas. En primer lugar porque coincidimos con que el bien jurídico protegido por la trata de personas debe tratarse de un objeto del mundo real, *sometido a las leyes físicas*⁵²², evitando convertir al bien jurídico en un bien ideal e intangible que derive en una mera

519 Gutiérrez Gutiérrez (2005), p. 91.

520 Pérez Cepeda (2004), p. 173; siguiendo a Palazzo, C. F. (2000) Tendenze e prospettive nella tutela penal della persona umana. *La tutela penale Della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*. Annali Della facoltà di giurisprudenza di Genova. Giuffrè, Milano.

521 Pérez Cepeda (2004), pp. 174-175 y Pérez Cepeda (2006a), pp. 175-176.

522 Hefendehl (2001), p. 153.

construcción de conceptos que no resulte útil al combinarla con la estructura del delito.

Así, ante la *triste encrucijada*⁵²³ de elegir entre una definición vaga que no enuncie claramente los atributos del delito y funcione como cláusula general; o bien utilizar un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución o leyes fundamentales; nos decantamos por la segunda opción.

En segundo lugar, consideramos que para establecer los criterios materiales para la determinación del bien jurídico a tutelar por la trata de personas la postura constitucional, en sentido amplio, resulta más apropiada, en cuanto consideramos que la Constitución, como norma fundamental, posee capacidad suficiente para imponer los intereses que el ordenamiento penal debe acoger y, por lo tanto, los derechos fundamentales contenidos en esta deben servir de referencia al legislador penal en la configuración de bienes jurídicos, sin que esto no implique que deba añadirse además criterios sociológicos y valorativos al proceso de selección del bien jurídico a proteger.

En tercer lugar, nos unimos a la postura que considera a la dignidad como un valor informador de los derechos fundamentales, por lo tanto, esta no puede ser protegida directamente por el derecho penal, siendo protegibles solo los derechos o intereses en que se concreta.

En conclusión, lo expuesto *supra* justifica nuestro rechazo a identificar a la dignidad como bien jurídico-penal protegido por la trata de personas.

2.1.2.2. Integridad moral

Otro sector doctrinal afirma que la trata de personas es un delito que atenta contra el derecho fundamental integridad moral que se encuentra regulado el art. 15 de la Constitución española y artículo 2 de la Constitución salvadoreña. Así, el art. 15 de la Constitución española, regula a la integridad moral junto con el derecho a la vida y a la integridad física, prohibiendo cualquier tipo de trato inhumano o degradante, debiendo entenderse por trato degradante cualquier atentado a la dignidad de la persona y especialmente

523 *Ibid.*, p. 148.

su utilización como medio u objeto⁵²⁴. En similar sentido, la Constitución salvadoreña enumera en su art. 2 a la integridad moral entre los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión; además de establecer la indemnización por daños de carácter moral.

Respecto al contenido de la integridad moral ALONSO ÁLAMO manifiesta que los delitos que atentan contra esta contemplan acciones en que la víctima es negada como persona, humillada, degradada, envilecida, tratada como una cosa. Por lo tanto, son delitos contra el núcleo esencial de la persona, de la dignidad en tanto lo específicamente humano⁵²⁵. De igual forma SÁNCHEZ TOMAS identifica a la integridad moral con la situación del sujeto libre de toda humillación o vejación que niegue el derecho a su dignidad personal⁵²⁶.

En el mismo sentido PÉREZ ALONSO manifiesta que el contenido positivo de este complejo derecho entronca directamente con la dignidad humana, como una expresión más de los derechos y valores inherentes a la persona; además de tratarse de un derecho estrechamente vinculado con la libertad de autodeterminación, es decir, la posibilidad de configurar voluntariamente las propias ideas, pensamientos o sentimientos. En su carácter negativo, la integridad moral es 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 ser tratada como tal para ser considerada como una mera cosa. Por lo tanto —concluye el autor— la integridad moral tiene la suficiente entidad como para ser elevada a la categoría de bien jurídico digno de una protección penal autónoma⁵²⁷.

DÍAZ PITA asevera que la integridad moral se violenta a través de los comportamientos que buscan doblegar la voluntad del sujeto pasivo y causarle una vejación, que derive en un trato degradante y la cosificación de las víctimas⁵²⁸. De la misma opinión es DE LA CUESTA ARZAMENDI, quien añade

524 *Ver* De León Villalba (2003).

525 *Cfr.* Alonso Álamo (2007), pp. 6-7.

526 *En* Rodríguez Ramos (1996), p. 143.

527 Pérez Alonso (1999) p. 164.

528 *Cfr.* Díaz Pita (1997) pp. 74 y 84.

un específico elemento subjetivo: la intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto.

En el mismo sentido, respecto de los tratos degradantes regulado en el artículo 173 del CP español, este autor los define como “*los comportamientos incidentes en la esfera corporal o psíquica de otros, dirigidos a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima –mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la víctima*”⁵²⁹.

Sin embargo, ALONSO ÁLAMO aclara que la integridad moral debe entenderse objetivamente, como valor jurídico en sí, no dependiente de los sentimientos ni de la voluntad de la persona, por lo tanto —afirma— puede haber trato degradante sin ataque a la voluntad. De igual forma enfatiza que la integridad moral no es un sentimiento ni la conciencia del propio valor ni la consideración que una persona tiene de sí misma. Así, afirma que el derecho a la integridad moral es oponible a conductas objetivamente vejatorias, humillantes o envilecedoras, con independencia de la capacidad de resistencia al dolor o al sufrimiento de la víctima, de las sensaciones de dolor que experimente, de la consideración que esta tenga de sí misma, o de su mayor o menor autoestima. Por esto —concluye— la integridad moral no es un bien disponible⁵³⁰. De la misma opinión, DE LA MATA BARRANCO/PÉREZ MACHÍO, quienes afirman que ni del concepto de integridad moral ni de la descripción típica del delito de trato degradante se deriva la exigencia de que se afecte la autonomía de la voluntad⁵³¹.

No obstante, en el ámbito jurisprudencial la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, ha expresado que mediante el derecho a la integridad

529 De la Cuesta Arzamendi (1998), p. 82.

530 Ver Alonso Álamo (2007), pp. 6-7. *Contra* Muñoz Sánchez para quien el contenido de la integridad moral es el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Muñoz Sánchez (1999), p. 24.

531 De la Mata Barranco / Pérez Machío (2005), p. 28.

física y moral, «*se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también en toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular*»⁵³².

Respecto a la integridad moral como bien jurídico protegido por el tráfico ilegal de personas, con posterioridad a la reforma de 2003 del CP español, LAURENZO COPELLO sostenía que los actos específicos de sometimiento del inmigrante a la condición de mero objeto de intercambio, de instrumento al servicio de intereses de terceros, constituía una efectiva lesión del bien jurídico integridad moral; y que los elementos que nos permiten la implicación de la integridad moral en la trata de personas son el uso de medios violentos, abusivos o engañosos en la recluta y transporte de las personas destinadas a la explotación⁵³³.

En el mismo sentido GARCÍA ARÁN señalaba que se afecta a la integridad moral cuando a la persona se la trata como una cosa, cuando se la reduce a su realidad física, rompiendo la inescindibilidad de lo físico y lo moral que le es característica y el tráfico ilegal de personas genera estas condiciones de vulnerabilidad para el ejercicio de los derechos implicados en la integridad moral⁵³⁴. En la misma línea, PÉREZ ALONSO manifestaba que la degradante instrumentalización al que se ven sometidos los inmigrantes con fines de su explotación personal constituye un atentado contra la integridad moral⁵³⁵.

De la misma opinión, DE LEÓN VILLALBA, quien es de los autores que más ha apoyado esta postura doctrinal, sostiene que a la luz de la Constitución española, los documentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el bien jurídico protegido

532 STC 120/1990: Fundamento 8. A favor de esta postura; Díaz Pita (1997), p. 34; Pérez Alonso (1999), p.144; García Arán (2002), p.1247.

533 Ver Laurenzo Copello (2003), p. 71.; sin embargo, la autora añade que la protección de la integridad moral puede darse sin perjuicio de que se protejan otros bienes jurídicos como la vida o integridad física. Ver también Laurenzo Copello (2004), pp. 33-35; aunque la autora se refería en explícito a la trata de inmigrantes con fines de explotación sexual creemos que su opinión puede ser generalizada a las demás modalidades de explotación.

534 Córdoba Roda y García Arán (2004) p. 1327.

535 Cfr. Pérez Alonso (2001), p. 146.; y Pérez Alonso (2008), pp. 332 y 353.

en el tráfico ilegal de personas es la integridad moral⁵³⁶. Manifiesta que el tráfico de personas con fines de explotación, constituye el ejemplo paradigmático de un trato inhumano, vejatorio y degradante que afecta profundamente a la personalidad, y que sobre todo convierte al ser humano en un objeto más de comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo. Todo ello le lleva a pensar, que la tipificación y persecución de la conducta básica de tráfico se debe asentar directamente sobre la necesidad de acabar con cualquier tipo de explotación que afecte de una u otra forma a la entidad humana en sus rasgos constitutivos esenciales, que de forma genérica se sintetiza en el concepto de integridad moral⁵³⁷.

De igual forma afirma que el establecimiento de la integridad moral como bien jurídico protegido permite la aplicación de normas concursales con otros delitos que afecten a bienes individuales o colectivos. Sin embargo, aclara que este bien jurídico necesitará en algunos supuestos (violencia) de un complemento añadido que deriva del desarrollo concreto de la acción. No será así en los supuestos de intimidación, engaño o abusos, en los que la propia conducta vaya dirigida a menoscabar la integridad moral de la persona⁵³⁸.

Y ya refiriéndose concretamente a la trata de seres humanos POMARES CINTAS⁵³⁹, afirma que este delito puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas derivado de la instrumentalización del sujeto pasivo en orden a la consecución de determinadas finalidades de explotación. Esta instrumentalización justifica la inserción sistemática de este tipo penal junto a los delitos contra la integridad moral, aunque en un título separado⁵⁴⁰. Otros autores a favor de la integridad moral como bien jurídico protegido; BAUCELLS I LLADÓS; DE LEÓN VILLALBA; GÓMEZ NAVAJAS; y MUSACCHIO⁵⁴¹.

536 Cfr. De León Villalba (2003), pp. 247-252.; De León Villalba (2006a), p. 114.

537 Ver De León Villalba (2003), p. 250.

538 Postura que el autor considera sinérgica con la expuesta por Serrano Piedecabras. De León Villalba (2003), p. 247. Mantiene esta misma postura en De León Villalba (2009), p. 139.

539 Pomares Cintas (2011), p.132.

540 Pomares Cintas (2011), p.132. Concluye la autora que este delito es pluriofensivo.

541 Ver Baucells i Lladós (2006) p. 182; quien añade que el tráfico ilegal de personas atenta contra el ejercicio de los derechos implicados en la integridad moral, incluida la libertad; De León Villalba (2003), p. 244; Gómez Navajas (2007), pp. 403-404; Musacchio (2004),

Respecto a la jurisprudencia, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español ha manifestado que a la vista de los acuerdos internacionales sobre la materia, “*parece desprenderse una ‘mens legis’ orientada hacia un plano supranacional de protección, a modo de interés difuso articulado no sólo para el mantenimiento del orden socioeconómico, sino especialmente dirigido al ciudadano y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral*”⁵⁴².

Mientras que en el ámbito legislativo, podemos mencionar al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos en 2005, el cual considera que la trata de seres humanos “*constituye una grave violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano*”⁵⁴³.

De hecho, hay un sector doctrinal que ve en la integridad moral la concreción de la idea genérica de la dignidad personal, afirmando que la dignidad se protege directamente y se concreta en el derecho fundamental a la integridad moral de la persona, buscando así proteger el núcleo esencial de la dignidad y evitar que esta no quede “*excesivamente en el aire*”⁵⁴⁴; dando solución a la dificultad de aprehensión del concepto de dignidad; además del hecho de que la trata conlleva un trato inhumano, degradante y vejatorio, que supone un atentado contra la integridad moral⁵⁴⁵.

En este sentido, DÍAZ PITA afirma que la integridad moral es una de las expresiones de la dignidad humana, dado que esta configura de forma voluntaria, pensamientos, ideas o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad⁵⁴⁶.

También sigue esta postura GARCÍA ARÁN, quien, partiendo de la idea genérica de la dignidad personal, busca dotarla de mayor concreción al afirmar

p. 1018.

542 STS 7378/2005 de 22-11-2005, fundamentos de derecho séptimo.

543 Ver Preámbulo del citado Convenio.

544 Alonso Álamo (2007), p. 7.

545 Villacampa Estiarte (2010), pp. 836-837.

546 Díaz Pita (1997) pp. 34; 74 y 84.

que este delito contiene un *plus* respecto de los concretos derechos individuales que pueden llegar a verse afectados (derechos laborales, la libertad sexual, la salud, la seguridad etc.). Este *plus* se manifiesta en la afeción a la libertad y la dignidad dado que en la organización del tráfico la víctima es tratada como una mercancía. Esta consideración de carácter individual o más intrínseco de la dignidad personal, la aproxima mucho a la integridad moral como derecho fundamental de la persona⁵⁴⁷. Aunándose a la postura de GARCÍA ARÁN, PÉREZ ALONSO, afirma que el contenido material del bien jurídico protegido en la modalidad delictiva de trata o tráfico ilegal de personas se puede llegar a determinar en la libertad, seguridad y dignidad personal, concretada, en la integridad moral de los extranjeros⁵⁴⁸.

Una postura más ecléctica comparte ALONSO ÁLAMO quien manifiesta que la dignidad no se identifica ni confunde con los derechos en que se concreta, y aunque la relación entre la dignidad y el derecho a la integridad moral es más dudosa, la línea entre ambas, de haberla, sería extremadamente fina. Así, el bien jurídico protegido por la trata de seres humanos podría ser delimitado desde la perspectiva de la integridad moral y la dignidad de la persona, siendo la integridad moral la “*última concreción*” de la dignidad, la dignidad positivada⁵⁴⁹.

Sin embargo, también manifiesta que la expresión integridad moral, no es “*demasiado afortunada*”, debiendo entenderse esta referida “*a la esencia última de la persona, a lo propiamente humano, al valor en sí de la persona, con independencia de consideraciones morales o religiosas*”; cuidándose de caer en determinadas representaciones morales o en la moral social dominante; debiéndose proteger la esencia de la persona, manifestación última de la dignidad⁵⁵⁰.

No obstante, la consideración de la integridad moral como bien jurídico protegido por la trata de personas también ha generado discusión

547 Ver. García Aran (2004), pp. 373-375.; García Aran (2002), p. 1247. y Córdoba Roda y García Arán (2004) p. 1326.

548 Pérez Alonso (2008), pp. 364-378.; Ver también Pérez Alonso (1999), p. 141.; Pérez Alonso (2001), p. 146.

549 Alonso Álamo (2007), pp. 5 y 13.

550 *Ibid.* pp. 6-7.

dentro de la doctrina. En primer lugar, porque —al igual que se argumenta respecto a la dignidad humana— la mayoría de las conductas penales, directa o indirectamente, afectan a los bienes esenciales de la persona, por lo cual se podría adjudicar a la integridad moral un carácter accesorio, consecuentemente sería necesario plasmar su punición mediante fórmulas agravadas de tipos concretos. Sin embargo, DE LEÓN VILLALBA contra argumenta esta postura afirmando que la integridad moral se vería afectada por determinadas conductas que someten a los sujetos a condiciones que van más allá de la afección concreta de bienes jurídicos lesionados o su puesta en peligro. Este tipo de conductas engloban igualmente bienes como la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la libertad sexual —por ejemplo la esclavitud por deudas— conductas que en sus diversas manifestaciones e independientemente del carácter pactado o impuesto en la mayoría de las ocasiones buscan únicamente un interés económico⁵⁵¹.

Otra cuestión que se objeta a la integridad moral como el bien jurídico protegido por el delito en cuestión es el hecho que esta puede ser considerada como un concepto de contornos difusos y de difícil concreción. Sin embargo, PÉREZ ALONSO arguye a favor de la integridad moral que esta se encuentra enumerada como un derecho fundamental en el art. 15 de la Constitución española, al mismo tiempo que está determinada por la jurisprudencia y, por lo tanto, tiene la suficiente entidad como para ser elevada a la categoría de bien jurídico digno de una protección penal autónoma, como la que le dispensa el Título VII del Libro II del Código Penal, y esta se concreta en “*la instrumentalización de la persona para divertimento de otros o para cualquier otra satisfacción ajena, mediante la reducción de la persona a la condición de mera cosa, provocando en ella un sentimiento de humillación o vejación e, incluso, un sufrimiento físico o psíquico, no reconducibles a otros tipos penales*”⁵⁵².

No obstante, concluye que la integridad moral —junto a la libertad y seguridad de las personas traficadas— configuran a modo de un mosaico al denominado *status libertatis* como el bien jurídico protegido en la modalidad

551 De León Villalba (2003), pp. 250-251.

552 Pérez Alonso (1999) p. 164.

delictiva de trata y, por lo tanto, estaría dentro del grupo doctrinal que defiende el carácter pluriofensivo de este delito⁵⁵³. Dicha postura la estudiaremos *Infra*.

VILLACAMPA ESTIARTE expresa que a pesar que la integridad moral sea un derecho reconocido por la Constitución española, y que en una acepción amplia puede tener un contenido que la aproxime a la idea de dignidad también se han mantenido opciones restringidas de la misma, que la hacen coincidir con la integridad psíquica; y consecuentemente, esta concepción tan estricta de integridad moral se volvería inadecuada para considerarse objeto jurídico de protección en el delito de trata.

Y aun partiendo de un concepto amplio de integridad moral —añade— el considerar que es este el interés afectado en el delito de trata de personas es reduccionista dado que existen formulaciones de la misma que la identifican con el derecho a no ser sometido a comportamientos humillantes y degradantes, a no ser utilizado como mero instrumento. Pero en la realidad en la que se ejecuta el delito no siempre se trata de conductas dirigidas a producir esos sentimientos, incluso puede no llegar a causarlos efectivamente, dado que los ejecutores del delito pueden estar más interesados en la obtención de algún tipo de provecho económico de la mercancía humana con la que comercian, sin someterla a comportamientos humillantes o degradantes expresamente⁵⁵⁴.

Podríamos citar, quizás, alguna situación en la cual los tratantes den “un buen trato” a sus víctimas, es decir, no las someten a tratos inhumanos, ni las humillan verbalmente; a fin de convencerlas que no están siendo explotadas, porque en la realidad el tratante está más interesado en sacar un provecho económico de las víctimas. Así, se escuchan muchos casos en los que mujeres que son explotadas sexualmente hablan muy bien del “chulo” o proxeneta y manifiestan sentirse protegidas por este⁵⁵⁵.

553 Pérez Alonso (2008), pp. 378-379.

554 Ver Villacampa Estiarte (2010), pp. 836-837; (2011b), pp. 388-396.

555 Así, podemos citar una noticia publicada en Diario Libre en la cual informan que vecinos de una comunidad en Santo Domingo defendían a un proxeneta argumentado que las niñas que explotaba “*eran prostitutas abandonadas por sus familias a las que “Bin Laden” (el proxeneta) les daba comida, techo y protección*” definiendo al proxeneta “*como un hombre generoso y bonachón*”. Diario Libre, 22 Febrero 2005, disponible en http://diariolibre.com.do/noticias_det.php?id=58402 (última visita 23/07/2011).

De igual forma la autora justifica su postura basándose en la ubicación del delito de trata de seres humanos en el CP español posterior a la reforma de 2010. En su opinión el legislador busca deslindar el delito de trata de los delitos contra la integridad moral, dada su ubicación sistemática en un título *ad hoc* y no en el título correspondiente a las torturas y otros delitos contra la integridad moral⁵⁵⁶.

La autora también presenta otras razones por las cuales la integridad moral no puede ser el bien jurídico protegido por la trata de seres humanos, pero desde el punto de vista de justificar a la dignidad humana como el bien jurídico idóneo. Así, arguye que la integridad moral se refiere a una faceta concreta del individuo, aun partiendo de un concepto amplio de la misma, mientras que la dignidad es siempre un concepto más amplio que la integridad moral, *“que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana”*.

Otra razón por la cual defiende a la dignidad sobre la integridad moral es el hecho de que la afirmación de la integridad moral como bien jurídico protegido en la trata de seres humanos está basada en la constatación de que la dignidad no ha ganado la categoría de derecho fundamental en el ordenamiento constitucional español, siendo esta, en su opinión, *“una opción demasiado apegada a nuestra domesticidad en lo que a lo constitucional se refiere, sobre todo teniendo en cuenta que desde la doctrina constitucionalista se ha afirmado que nuestro constituyente probablemente no incluyera a la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales por considera que no era necesario, al entenderla inherente a la naturaleza humana”*⁵⁵⁷.

En el mismo sentido ALONSO ÁLAMO para quien la dignidad planea sobre la integridad moral y también sobre los restantes derechos de la persona en que se concreta, siendo el primero más amplio que el de integridad moral, se concreta en otros derechos (vida, libertad, honor....) y cumple otras funciones, *“pero su quintaesencia vendría dada por la integridad moral”*⁵⁵⁸.

POZUELO PÉREZ tampoco comparte que el bien jurídico protegido en el tráfico de personas sea la integridad moral, y esto porque, a pesar

556 Villacampa Estiarte (2011a), p. 1111; (2011b), p. 403.

557 Villacampa Estiarte (2010), p. 837.

558 Alonso Álamo (2007), p. 6.

que ciertamente en gran parte de ocasiones la conducta típica puede venir acompañada de tratos inhumanos y degradantes, la trata de personas supone un contenido de injusto muy diferente que el correspondiente a las conductas que lesionan la integridad moral (tortura, tormento y actos similares)⁵⁵⁹.

Sin embargo, en nuestra opinión, creemos que la integridad moral tiene la suficiente entidad como para elevarse como bien jurídico protegido por la trata de personas, dado que esta busca proteger a la persona de aquellas acciones en que es negada como persona y utilizada como una cosa, situación que se ajusta a la conducta de la trata de personas. Sin embargo, también coincidimos con las posturas que afirman que aunque en la trata de personas se pueda ver afectada la integridad moral, este no sería el único derecho violentado por la conducta típica, en especial, porque la trata de personas es un delito mutilado de dos actos, dado que la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a la víctimas se hace con la intención de posteriormente explotar a la víctima.

2.1.2.3. Libertad

Otro sector doctrinal se decanta por la libertad como el bien jurídico protegido por la trata de personas debido a que los medios empleados para ejecutarla (violencia, intimidación, amenazas) afectan a la formación o al contenido de la voluntad de la víctima, constriñéndose así su libertad. Esto sucede, incluso, aunque no se utilicen medios violentos, como en el caso del engaño o el abuso de superioridad o de situación de vulnerabilidad debido a que también en estas situaciones se da una disminución en las posibilidades de decidir libremente dado el consentimiento viciado de la víctima, lesionando de esta forma su libertad. Asimismo, se violenta la libertad de las víctimas en el caso del consentimiento inválido en cuanto esta carece de la capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión⁵⁶⁰.

Respecto a la definición de libertad, gramaticalmente esta es entendida como la *“facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o*

559 Pozuelo Pérez (2005), p. 431.

560 Cfr. Díez Ripollés (2004), pp. 228-230; Sainz-Cantero Caparrós (2002), p. 107; y Torres Fernández (2006), p. 8.

de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos"; "estado o condición de quien no es esclavo"; y "en los sistemas democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas"⁵⁶¹.

En el ámbito filosófico KANT afirma que la libertad es un "derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad... y que puede coexistir con la libertad de cualquier otro..."⁵⁶²; añadiendo que conocemos a la libertad como una propiedad negativa en nosotros⁵⁶³; esto es la propiedad de no estar forzados a obrar por ningún fundamento sensible de determinación, por lo tanto, la libertad jamás puede consistir en que el sujeto racional pueda elegir también en contra de su razón⁵⁶⁴.

Dentro de la doctrina penal, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ manifiestan que la libertad es atributo de lo que llamamos voluntad, y —siguiendo a BINDING⁵⁶⁵— aseguran que los delitos contra la libertad "son, en definitiva, delitos contra la voluntad". Sin embargo —añaden— la libertad no es un concepto unívoco, sino que ha de ponerse en relación con las esferas del actuar humano. Respecto a cómo puede ser atacada esta libertad especifican tres momentos: uno, que puede darse en el estadio previo a la resolución, impidiendo al sujeto la capacidad para tomar una resolución de cualquier clase, esto es anulando su capacidad de adoptarla; o insertando motivos ajenos a él que presionen la determinación de su voluntad en un sentido distinto del que hubiere decidido el sujeto en otras circunstancias. Un segundo momento puede ocurrir cuando la resolución ya está tomada, atacándose entonces la libre actuación de la resolución tomada, obstaculizando que el individuo ponga por obra lo que determinó. El tercer momento se daría a través de la manifestación

561 RAE (2001) (Avance de la vigésima tercera edición), disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtml?origen=RAE&IDLEMA=81295&NEDIC=Si>

562 Kant (1989), p. 48. (237 letra B según la numeración corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493).

563 Y, por lo tanto, manifiesta, "la libertad de arbitrio no puede definirse como la facultad de elegir obrar a favor o en contra de la ley (*libertas indifferentiae*)". Kant (1989), pp. 33-34. (226 según la numeración corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493).

564 *Ibid.*

565 Binding (1902) *Lehrbuch*, I, p. 80.

de menosprecio de la voluntad ajena, procediendo como si no existiese opositó alguna a la acción que pretende realizar el agente⁵⁶⁶.

En el ámbito jurisprudencial el Tribunal Constitucional español hace referencia a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español⁵⁶⁷; siendo muchos de los derechos fundamentales y libertades públicas proyecciones de este valor⁵⁶⁸. Asimismo expresa que la libertad *“implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”*⁵⁶⁹, *“sin daño o menoscabo de los demás”*⁵⁷⁰.

En el mismo sentido, la Sala de lo Constitucional salvadoreña ha manifestado, refiriéndose a la libertad jurídica, que esta *“implica el derecho de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y de actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo”*⁵⁷¹; siendo esta libertad restringible, solo por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, y no en virtud de razones cualesquiera⁵⁷².

De la misma forma, podemos afirmar que la libertad y la autonomía son términos que van juntos dado que autonomía significa, por un lado, capacidad de elección, libertad psicológica, poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición; y por otra parte la autonomía significa libertad o independencia moral, y resultado, del deber ser, de seguir las reglas que la misma persona se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección⁵⁷³.

En este sentido, CARMONA CUENCA entiende a la autonomía como la capacidad de tomar decisiones propias, lo cual requiere capacidad para reconocer y asimilar una información, para valorar cognoscitivamente esa información y

566 Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (1994), pp. 278-279.

567 STC 132/1989. II. Fundamentos jurídicos. Número 6.

568 STC 120/1990. II. Fundamentos jurídicos. Número 4.

569 STC 132/1989. II. Fundamentos jurídicos. Número 6.

570 STC 120/1990. Voto particular del Magistrado don Jesús Leguina Villa.

571 Inconstitucionalidad 64-2006AC. Ver también Inconstitucionalidad 28-2006AC.

572 Inconstitucionalidad 28-2006AC.

573 Ver Peces-Barba Martínez (2003), p. 69.

una ausencia de coacciones internas o externas⁵⁷⁴. Y COLOMBO manifiesta que a partir de la autonomía el individuo desarrolla su responsabilidad personal, determinación, identidad y dignidad como sujeto, equiparándose con el estado de estar en condiciones de elegir⁵⁷⁵.

De igual forma WITMER-RICH afirma que la autonomía individual es un derecho deontológico relacionado con la auto soberanía o propiedad de uno mismo, por lo tanto, a un individuo se le permite elegir “x” decisión porque tiene soberanía sobre su propia vida y cuerpo y podrá dirigir esta vida tal como este individuo crea conveniente (teoría de la autonomía soberana)⁵⁷⁶. Por lo tanto, añade RUIZ RESTREPO, para que un sujeto ejerza plenamente su autonomía es necesario que conozca las implicaciones de las decisiones que toma y que tenga la posibilidad de modificarlas libremente y explorar otras opciones cuando quiera y según su propio criterio. Consecuentemente el consentimiento viciado dado por una persona es la materialización de la pérdida de su autonomía⁵⁷⁷.

También podemos afirmar que el derecho de libertad unitario y genérico se encuentra estrechamente vinculado a las libertades públicas y a los derechos fundamentales de manera solidaria y sintética; pero también es susceptible de diferenciarse y articularse técnicamente en las manifestaciones concretas de libertad que se corresponde con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico⁵⁷⁸. Así, tanto la jurisprudencia española como salvadoreña han expresado que el derecho a la libertad, globalmente considerado, presenta una dimensión subjetiva que se traduce en concretas proclamaciones a través del reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades recogidos en la Constitución, siendo algunas de sus manifestaciones, la libertad física o personal; la libertad de residencia; la libertad de tránsito;

574 Carmona Cuenca (2007), p. 64.

575 Colombo (2009), p. 6.

576 Witmer-Rich (2010), p. 3.

577 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 33. Añade que en el ámbito probatorio se puede argumentar la pérdida de autonomía cuando la víctima está ante situaciones de ausencia de control sobre lo que quiere o no quiere; cambia su proyecto de vida y tiene que acoplarse a su nueva circunstancia; es el autor del delito quien decide a dónde la lleva, dónde la sitúa y cómo la utiliza. (p. 34).

578 *Cfr.* Rodríguez-Zapata (1996).

la libertad locomotiva; la libertad de circulación o deambulatoria; -entre otras-⁵⁷⁹.

En este sentido, la jurisprudencia española ha manifestado que *la libertad física o personal protege a todos frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que solo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos*⁵⁸⁰. Y la jurisprudencia salvadoreña manifiesta que la libertad física o personal es el aspecto más tangible del derecho de libertad⁵⁸¹; y condición ineludible y fundamental para el ejercicio de todos los derechos individuales consagrados en la Constitución⁵⁸²; definiéndola como la facultad de autodeterminación y auto organización que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones, la posibilidad en consecuencia de que la persona determine libremente su conducta, sin que pueda ser trasladado ni sufra injerencia o impedimentos, sin expreso consentimiento o habilitación legal, por parte de terceros⁵⁸³.

Asimismo, Díez RIPOLLÉS define a otras manifestaciones de la libertad, tales como *la libertad en el proceso de deliberación*, la cual lleva a tomar una decisión de obrar externo y se ve afectada por la introducción en dicho proceso de deliberación de motivos en principio ajenos al sujeto y que alteren sustancialmente el proceso decisorio⁵⁸⁴; y *la libertad de obrar externo*, la cual puede verse afectada de dos modos distintos, ya sea impidiendo ejecutar la decisión de poner en marcha un proceso deliberador que dará lugar a una decisión de hacer o no hacer externo; o impidiendo ejecutar esa decisión de hacer o no hacer externo ya adoptada. En ambos casos se impide poner en

579 Ver Jurisprudencia española: STC 120/1990. II. Fundamentos jurídicos. Número 11; Jurisprudencia salvadoreña: Amparo 380-2003AC; Amparo 592-2005; Habeas Corpus 110-2005; Habeas Corpus 191-2005.

580 STC 120/1990. Voto particular del Magistrado don Jesús Leguina Villa.

581 Ver Habeas Corpus 110-2005 y Habeas Corpus 191-2005.

582 Habeas Corpus 4-B-95.

583 Ver Inconstitucionalidad 28-2006AC; Inconstitucionalidad 64-2006AC e Habeas Corpus 110-2005. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez añaden que esta libertad personal corresponde a todo miembro de la comunidad frente a los demás. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (1994), p. 278.

584 Díez Ripollés (1993a), pp. 273-274.

práctica decisiones ya tomadas. Sin embargo, para el autor esta libertad de obrar externo solo se protege cuando el medio de ataque sea la violencia⁵⁸⁵.

En el mismo sentido, MIRA BENAVENT se refiere a *la libertad de ejecutar decisiones*, la cual se pondría en peligro por la incidencia de la acción sobre la fase previa de la motivación⁵⁸⁶. Mientras que RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ vinculan estrechamente a *la libertad de decidir con la libertad de obrar*, al considerar que a través del peligro concreto a la primera se crea ese mismo peligro para la segunda⁵⁸⁷. Otra manifestación de la libertad es *la libertad de movimiento*, la cual se violenta al impedir a la víctima abandonar un lugar⁵⁸⁸. Esta libertad “*supone una concreción de la libertad personal a partir de la variable atinente a la esfera social en que aquella se desenvuelve, que en este caso posee una clara connotación espacial*”⁵⁸⁹.

Ya refiriéndose en concreto a la libertad como el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de personas, tal como estaba regulado en España con anterioridad a la reforma de 2010; podemos mencionar la aportación de RODRÍGUEZ MESA, para quien este delito suponía la vulneración de un bien jurídico individual cercano a la idea de dignidad y *libertad* de la persona, en cuanto implica la instrumentalización de un sujeto en aras del beneficio que esto puede producir a terceros⁵⁹⁰.

Similar postura adoptaron SÁNCHEZ LÁZARO y BARBER BURUSCO para quienes el tráfico de personas protegía a la *libertad* en co-tutela con la seguridad y la dignidad humana.⁵⁹¹ En la misma línea se manifestó la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, añadiendo a los bienes jurídicos enumerados anteriormente, los derechos laborales de los inmigrantes⁵⁹².

585 Díez Ripollés (1993a), p. 294. Cfr. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (1994), p. 286.

586 Mira Benavent (1984), p. 129-130.

587 Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (1995), p. 300.

588 Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (1994), p. 307.

589 Díez Ripollés (1993b), p. 325. De igual forma el autor hacer referencia a la libertad de locomoción aseverando que debido al principio de intervención mínima del Derecho penal, que obliga a renunciar a una tutela absoluta de la libertad de locomoción dado a la imposibilidad de garantizarle en cualquier orden natural o social, habrá que conformarse con defenderla frente a sus obstaculizaciones más graves. (p. 326).

590 Rodríguez Mesa (2001), p. 120.

591 Ver Sánchez Lázaro (2002), p. 289 y Barber Burusco (2002), p. 450.

592 STS 2939/2006, II. fundamentos de derecho segundo, número 3.

De igual forma CARMONA SALGADO⁵⁹³ Y SERRA CRISTÓBAL consideraban a la *libertad* como uno de los bienes jurídicos protegidos por este delito, entre otra serie de derechos individuales de rango fundamental como la integridad física y moral, la dignidad personal, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, la libertad sexual y *un innumerable etcétera*⁵⁹⁴.

Finalmente podemos mencionar a DE LEÓN VILLALBA, quien, aunque refiriéndose al tráfico de mujeres, manifestaba que cualquier definición de esta *“debería partir, como criterio básico, del derecho humano a tener el control de su propia vida y su cuerpo”*⁵⁹⁵.

En el ámbito jurisprudencial es válido citar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que al referirse al tráfico ilegal de mano de obra manifiesta que este delito busca proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros frente a formas de explotación que se dan abusando de sus situaciones de necesidad. Por lo tanto, el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta es el derecho de los trabajadores a que sea respetada su *libertad* y seguridad y, en última instancia, su dignidad como personas⁵⁹⁶.

También podemos mencionar la aportación de POZUELO PÉREZ, que aunque se refiere al delito de prostitución y corrupción de menores, manifiesta que el hecho de obligar a una persona a ejercer la prostitución en contra de su voluntad, significa una limitación de su libertad, pues no elige libremente la realización de esa actividad. Añade que esta limitación se puede producir ya sea a través de medios “clásicos” como el ejercicio de la violencia o la intimidación; o por medio del engaño como una forma de restricción de la libertad de formación de la voluntad, *“pues la persona no cuenta con todos los elementos necesarios para formarse una opinión y, en consecuencia, tomar una decisión.”* Lo mismo sucede con la situación de abuso de una situación de superioridad o de inferioridad en la que se encuentra la víctima, pues limita igualmente el ejercicio de la libertad a la hora de decidir o no el

593 Carmona Salgado (2007), p. 249.

594 Serra Cristóbal (2007), p. 374.

595 De León Villalba (2003), p. 56.

596 STS 703/1998. II. Fundamentos de Derecho, Número 5.

ejercicio de la prostitución⁵⁹⁷. Esta opinión nos parece aplicable a la trata de seres humanos ya que en ambos delitos se utilizan los mismos medios comisivos.

GARCÍA PÉREZ llega incluso a afirmar que el ánimo de lucro del proxeneta que explota sexualmente a la persona prostituida, aún con su consentimiento, es una limitación de la libertad, dado a la “asimetría de poder” que hace difícil considerar que la decisión de dedicarse a la prostitución se esté tomando en verdaderas condiciones de libertad⁵⁹⁸. Sin embargo, como ya hemos manifestado, no compartimos esta opinión dado que puede derivar en una posición paternalista respecto a la capacidad de consentir de las personas en el ejercicio de la prostitución. Sobre esta postura hablaremos *Infra*.

Ya refiriéndose en concreto al delito de trata de personas tenemos la aportación de OLIVAR DE JULIÁN, quien apuesta por la protección de la *libertad* junto con otros bienes jurídicos como la dignidad humana, la seguridad y el derecho a no ser sometido a tratamientos crueles o inhumanos. Del mismo modo —añade— este delito supone una privación de varios derechos económicos, sociales y de la infancia⁵⁹⁹. Opinión similar expone PÉREZ CEPEDA, quien afirma que los medios utilizados para llevar a cabo la trata de seres humanos son contrarios a la *autodeterminación* de la víctima, dado que, con carácter general, se trata de personas que se encuentran en situación de necesidad, que no tienen la posibilidad de una libertad plena, puesto que se les niega de antemano la *libertad ambulatoria*, además de otros muchos derechos y libertades en sus lugares de origen. Por lo tanto, la trata de personas comprende la violación de *libertad* y otros diversos derechos y garantías de las personas⁶⁰⁰.

Y PÉREZ ALONSO manifiesta que la trata de seres humanos se caracteriza por la falta de *libertad*, seguridad y de *autodeterminación* de la persona, que no tiene una opción real y libre en la vida; por lo cual no es capaz de decidir por sí misma y deja el control de su vida en manos de terceros⁶⁰¹.

597 Pozuelo Pérez (2005), p. 423.

598 García Pérez (2004), pp. 482-483.

599 Olivar de Julián (2002), p. 142.

600 Tales como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, entre otros. Pérez Cepeda (2006a), p. 180.

601 Pérez Alonso (2008), pp. 327, 373-375 y 416.

Sin embargo, la opinión doctrinaria mayoritaria sobre el bien jurídico protegido por la trata de personas se expresa a favor de la *libertad* junto con la dignidad de las personas. Esto seguramente, porque ya desde la Exposición de Motivos de la reforma del CP español el legislador manifestaba que en este delito prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren⁶⁰². Así, podemos mencionar a LAURENZO COPELLO⁶⁰³, DE LEÓN VILLALBA⁶⁰⁴, MANZANARES SAMANIEGO⁶⁰⁵, SÁNCHEZ-COVISA VILLA⁶⁰⁶, DAUNIS RODRÍGUEZ⁶⁰⁷ y TERRADILLOS BASOCO⁶⁰⁸. No obstante, no compartimos del todo esta postura porque, como hemos manifestado *supra*, la dignidad no puede erigirse como bien jurídico protegido.

Opinión parecida expresa ALONSO ÁLAMO, aunque apostando por el binomio libertad e integridad moral como los bienes jurídicos de protección, con la variante de admitir a la integridad moral como bien jurídico coprotegido como concreción de la dignidad humana⁶⁰⁹. Y POMARES CINTAS⁶¹⁰, quien comienza afirmando que el delito de trata de seres humanos tutela bienes jurídicos personales, fundamentalmente, “la dignidad y la libertad” del sujeto pasivo, pero concluye que “*en realidad, el delito de trata puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas derivado de la instrumentalización del sujeto pasivo en orden a la consecución de determinadas finalidades (la explotación sexual, laboral o la extracción de sus órganos)*”⁶¹¹.

Asimismo, otras legislaciones de países del entorno jurídico europeo, han apostado por la libertad como el bien jurídico protegido por la trata de personas, tal es el caso de Alemania, Portugal e Italia.

602 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo XII. En el mismo sentido se expresaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2008.

603 Lorenzo Copello (2009), pp. 1166-1167.

604 De León Villalba (2009), pp. 132-133.

605 Manzanares Samaniego (2010), p. 214-215.

606 Sánchez-Covisa Villa (2009), p. 9.

607 Daunis Rodríguez (2011), p. 130.

608 Terradillos Basoco (2010), p. 207.

609 Postura que ya hemos desarrollado *supra*. Ver Alonso Álamo (2007), p. 20.

610 Pomares Cintas (2011), p. 132.

611 Pomares Cintas (2011), p. 132. Concluye la autora que este delito es pluriofensivo.

Otro sector doctrinal opina que la trata protege alguna de las manifestaciones concretas de libertad. Así, OLAIZOLA NOGALES afirma que la trata de seres humanos se caracteriza por contener elementos limitadores de la *libertad individual* que caracterizan⁶¹². De la misma opinión MAZZI para quien, la protección de la libertad individual se lleva a cabo cuando se incrimina las actividades dirigidas a la trata de personas para someterlas a un estado de esclavitud o servidumbre⁶¹³.

Y COLOMBO Y MÁNGANO⁶¹⁴, manifiestan que este delito enfoca su interés jurídico-social en garantizar a una persona la *libertad de autodeterminación*, esto es la libertad de elegir un plan de vida en el que pueda seguir considerándose persona. Así lo que se busca castigar son las acciones que conducen a su explotación y esclavización, con miras a garantizar “un piso mínimo” de dignidad. Esta libertad de autodeterminación personal —añaden— “posee su límite en la prohibición de una voluntaria asunción de condiciones de vida que puedan ser consideradas como esclavas o asimilarse a esa condición”. Por lo tanto, este delito ampara un interés social que no puede resultar disponible individualmente.

Sin embargo, GIAMMARINARO⁶¹⁵ y MAQUEDA ABREU⁶¹⁶ apuntan que también se prescinde del reconocimiento de un derecho a la libre determinación cuando se considera que todas las mujeres que ejercen la prostitución son víctimas de trata, dado que este es un estereotipo de género fuertemente vinculado con el peso simbólico de la representación “trata/prostitución/sexualidad femenina”. Así, se crean víctimas en razón de una característica personal ligada a la sexualidad, negándoles a las mujeres la

612 Ver Olaizola Nogales (2006), pp. 183 y 206; siguiendo a Ortubay Fuentes, M. (2002) El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada. *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Universidad de Deusto, Bilbao. pp. 421-453.

613 Mazzi (2005), p. 2666.

614 Colombo y Mángano (s. f.), pp. 3, 4 y 28. La misma postura mantiene Colombo en Colombo (2009), p. 4.

615 Giammarinaro, M. G. (2000) La rappresentazione simbolica della trata come riduzione in schiavitù. *I colori Della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*. Carchedi et al (coord.). Franco Angeli. p. 98; citado por Maqueda Abreu (2009b), p. 1247.

616 Ver en general Maqueda Abreu (2009b).

libertad de elección y prescindiendo de su consideración como sujetos de derechos fundamentales.

Para MARTÍNEZ OSORIO en la trata de personas se afectan una infinidad de facetas del ser humano como la *libertad ambulatoria*, la *libertad sexual*, la salud física y mental, la *libertad de auto-determinación personal*, la seguridad laboral entre otros; mientras que en el caso de los menores de edad, también se pone en peligro el normal desarrollo de su sexualidad, y en el caso de los incapaces se atenta también contra su indemnidad sexual⁶¹⁷.

Mientras que RUIZ RESTREPO manifiesta que la trata de personas es un daño moral subjetivado con el cual se afectan los derechos de la personalidad y las libertades que se reconocen en la Constitución. Así, desde el momento en que se capta, traslada, recibe o acoge a una víctima determinada con la finalidad de explotarla, esta ya recibió una vulneración a su *autonomía*, *libertad individual* e integridad personal; dado que con la trata de personas el tratante busca despersonalizar o cosificar a la víctima captada para poderla trabajar como una mercancía con el fin de abrir nuevos mercados de explotación. Este daño puede ir más allá si además la víctima es explotada⁶¹⁸. Sin embargo, concluye que el bien jurídicamente tutelado por la trata de personas es la autonomía⁶¹⁹, posición que no compartimos pues— como hemos manifestado *supra*— la autonomía es una manifestación de la libertad, no un derecho independiente.

No obstante, otro sector doctrinal (PÉREZ ALONSO, GARCÍA ARÁN) entiende que los derechos vulnerados con la trata pueden ser entendidos no como una u otra manifestación de la libertad, sino como el conjunto de manifestaciones que se resumen en el llamado “estado de libertad” (*status libertatis*) y que constituye el presupuesto de las libertades concretas.

Respecto a su contenido, PÉREZ ALONSO manifiesta que el *status libertatis* protege la libertad, seguridad e integridad moral de las personas⁶²⁰; y GARCÍA ARAN manifiesta que la lesión del *status libertatis* supone la privación

617 Martínez Osorio (2008), pp. 52 y 94.

618 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 36, 98 y 132.

619 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 32-33.

620 Pérez Alonso (2008), pp. 375 y 382.

de las capacidades relativas a la personalidad individual y la cosificación de *iure* o *de facto*, de la persona, reduciéndole a la categoría de cosa, bajo el poder de un tercero que se beneficia de su explotación⁶²¹.

En el mismo sentido MAZZI expresa que el *status libertatis* del individuo es contrario a la formación o el mantenimiento de las relaciones de dominio por las cuales el ser humano se encuentra bajo el ilegítimo poder de otro, siendo privado de esta forma de su capacidad relativa a la personalidad individual. Asimismo, el atentar contra la personalidad individual conlleva graves perjuicios que puede afectar el desarrollo físico y psicológico de las personas, en especial de aquellas más vulnerables, como es el caso de los menores de edad⁶²². Asimismo la jurisprudencia española asevera que el contenido del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 de la misma Constitución española, preserva el común *status libertatis* que corresponde a todos los ciudadanos⁶²³.

En nuestra opinión, la libertad puede ser considerada como objeto de protección de la trata de personas en tanto en cuanto todos los actos típicos realizados para cometerla, derivan en alguna u otra forma en una limitación a la libertad de la persona. Ya sea que utilice la fuerza, coacciones o amenazas para captarla, trasladarla, transportarla o acogerla; ya sea que se utilice el engaño para seducirla a aceptar cualquier tipo de oferta; la persona no es libre para elegir sobre sus decisiones, no puede actuar con autonomía.

Sin embargo, al igual que en el caso de la integridad moral, consideramos que la libertad por sí sola no cubre todas las afecciones realizadas por la trata de personas, sino quizás solo se refiera a la primera parte del delito, por cuanto los medios comisivos buscan constreñir la libertad del sujeto pasivo.

2.1.2.4. Pluriofensivo

Otro sector doctrinal defendía que en delito de tráfico de personas, tal como estaba tipificado con anterioridad a la reforma de 2010, había más de un interés protegido. Esto sucedía por que el art. 318 bis regulaba tanto el tráfico

621 Ver García Aran (2006), p. 6.

622 Mazzi (2005), p. 2626.

623 Ver STC 119/1996, voto particular del Magistrado Carles Viver Pi-Sunyer; y STC 125/1997, Voto particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

ilegal de personas como la trata con fines de explotación sexual y por esta obvia razón, cabía afirmar que había una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Así, se expresaban por ejemplo, GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA⁶²⁴ Y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁶²⁵; para quienes con este delito se protegía los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros.

Con posterioridad a la reforma penal de 2010, y con la concreta regulación de la trata de seres humanos, tal como hemos apuntado *supra*, la mayor parte de la doctrina (LAURENZO COPELLO, DE LEÓN VILLALBA, MANZANARES SAMANIEGO, SÁNCHEZ-COVISA VILLA, VILLACAMPA ESTIARTE, DAUNIS RODRÍGUEZ Y TERRADILLOS BASOCO) se ha decantado por afirmar que son la libertad y la dignidad los bienes jurídicos protegidos⁶²⁶. Sin embargo, no compartimos del todo esta postura pues ya como hemos manifestado *supra* no creemos que la dignidad humana pueda erigirse como un bien jurídico protegido, dado que este es un valor constitucional y no un derecho fundamental.

Mientras que otro sector minoritario (OSORIO; ALONSO ÁLAMO; POMARES CINTAS) apunta a la protección de la libertad entre otros bienes jurídicos como la vida, la salud, la integridad moral, la seguridad, la intimidad personal y familiar, entre otros⁶²⁷. Sin embargo, consideramos que aunque ciertamente la trata de personas puede afectar mediatamente a varios derechos, el afirmar la defensa de múltiples bienes jurídicos podría limitar la concreción de las conductas, y dejaría al bien jurídico protegido demasiado en “el aire” o muy generalizado.

En nuestra opinión, coincidimos con que la trata de personas es un delito pluriofensivo, dado a su especial configuración, pero no refiriéndonos a una múltiple cantidad de bienes jurídicos, sino a dos bienes jurídicos concretos que se encuentran estrechamente relacionados con la configuración típica de la trata de personas, estos son la integridad moral y la libertad⁶²⁸.

624 García España/Rodríguez Candela (2002), p. 734.

625 Rodríguez Montañés (2001).

626 Ver citas 728, 729, 730, 731, 732, 733 y 734.

627 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 52 y 94; Alonso Álamo (2007), p. 20.; Pomares Cintas (2011), p. 132.

628 Comparte esta postura doctrinal Alonso Álamo, pero viendo a la integridad moral como concreción de la dignidad humana. Ver Alonso Álamo (2007), p. 20.

En primer lugar porque la integridad moral es un derecho estrechamente vinculado con la libertad de autodeterminación, dado que al doblegarse esta libertad la persona deja de ser tratada como tal para ser considerada como una mera cosa⁶²⁹. En segundo lugar, porque en el caso específico del delito de trata de personas, mediante las acciones de captar, trasladar, transportar, acoger y recibir víctimas, mediante medios abusivos como la violencia, la intimidación o incluso el engaño se está atacando claramente a la libertad de la víctima y sus múltiples manifestaciones tales como la libertad individual, de autodeterminación, ambulatoria; conjunto de manifestaciones que se resumen en el *status libertatis*; y por otra parte, al ejecutar estas acciones con la finalidad de explotar a la víctima se ataca su integridad moral, en tanto en cuanto este acto constituye un trato inhumano y degradante por el cual la víctima es considerada como un cosa.

2.1.2.5. Bien jurídico colectivo

Existe un sector doctrinal que sostiene que el bien jurídico protegido por la trata de personas es de naturaleza colectiva. Sin embargo, huelga aclarar que la mayoría de autores que han tomado esta postura lo han hecho refiriéndose a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tal como estaba regulado en el artículo 318 bis, con anterioridad a la reforma del CP español de 2010. Por esta razón se deducía una connotación colectiva del citado delito.

En cuanto a la definición de bien jurídico colectivo, MUÑOZ CONDE lo define como intereses de contenido comunitario, cuyo ataque afecta más a la comunidad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden social estatal, siendo ejemplo de bienes jurídicos colectivos el medio ambiente, la administración pública, entre otros⁶³⁰.

MAYO CALDERÓN apunta que los bienes jurídicos colectivos surgen por la necesidad de proteger los bienes que son fundamentales para la existencia del sistema (los llamados bienes jurídicos individuales) frente a los peligros que

629 Ver Pérez Alonso (1999), p. 164.

630 Muñoz Conde y García Arán (2010), p. 55.

lo caracterizan, con el fin de que el sistema social no supere al individuo. Así, estos bienes jurídicos colectivos aparecen como complementarios de los bienes jurídicos individuales, pero junto a esta función de protección de estos bienes, los bienes jurídicos colectivos desempeñan otra función, que es la que los dota de un contenido propio y claramente diferenciado del contenido de los bienes jurídicos individuales: la de promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema, lo que conlleva el desarrollo de este⁶³¹.

En este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE sostienen que desde la teoría personalista del bien jurídico, los bienes jurídicos colectivos o universales solo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo.⁶³² Y Díez Ripollés añade que el hecho de que un bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyan concretas formas de manifestación de él⁶³³.

Sin embargo, MAYO CALDERÓN advierte que uno de los mayores problemas con los que se enfrenta la teoría de los bienes jurídicos colectivos es la frecuente utilización del término *bien jurídico colectivo* para designar lo que no lo es. Así, no son bienes jurídicos el orden económico, o la economía nacional. Añade que la tutela de bienes jurídicos colectivos es fundamental en la sociedad actual, pero para ello es necesario que estos sean correctamente delimitados, con base en una correcta fundamentación dogmática del concepto de bien jurídico colectivo⁶³⁴.

Refiriéndose en general a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS afirmaba que en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado, el bien jurídico supraindividual protegido en el tráfico de personas es este orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter inmaterial), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio)⁶³⁵. De manera similar se expresaba la Circular 2/2006 de la

631 Ver Mayo Calderón (2005), p. 77.

632 Hassemer/Muñoz Conde (2001), p. 108.

633 Díez Ripollés (1997a), p. 18.

634 *Ibid.* p. 37.

635 Rodríguez Montañés (2001), p. 2.

Fiscalía General del Estado la cual manifestaba que puede detectarse un bien jurídico supraindividual identificable con el orden socioeconómico en sentido amplio, entendido como el entramado de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema de relaciones económicas y sociales⁶³⁶.

Mientras que RODRÍGUEZ MESA sostenía que en este delito se trata de proteger directamente a un colectivo, el de los ciudadanos extranjeros, que puede ser objeto de abusos y negación de derechos⁶³⁷. Similar opinión compartía NAVARRO CARDOSO, para quién con el tráfico de personas se tutela un interés colectivo, el cual es los derechos de los ciudadanos extranjeros que intervienen en los flujos migratorios, pero limitados, a su juicio, a los derechos sociales y, acaso, a los derechos políticos⁶³⁸.

TORRES FERNÁNDEZ afirmaba que en el tráfico de personas entra en consideración la protección de los bienes personales de los extranjeros, pero no individualmente considerados, sino como colectivo más o menos determinado o determinable⁶³⁹. Y PADILLA ALBA manifestaba que a la vista de la rúbrica del Título XV bis, es razonable pensar que el bien jurídico que el legislador quería tutelar los derechos de los ciudadanos extranjeros⁶⁴⁰. Similar opinión manifestaba MORENO-TORRES HERRERA⁶⁴¹

Por otra parte GARCÍA ARÁN, basándose en la idea de la dignidad personal como valor colectivo, manifestaba que al ser los inmigrantes un colectivo con características económicas y sociológicas propias, de modo similar a lo que sucede con el colectivo de trabajadores, esto permite plantear la cuestión de si se está en presencia de un bien jurídico individual o colectivo⁶⁴². Así, afirmaba que la idea de la dignidad personal como valor colectivo o supraindividual es predicable no solo de la persona física concreta sino de la persona humana indeterminada, concluyendo que puede haber motivo suficiente para explotar la

636 Fiscalía General del Estado (2006), p. 89.

637 Rodríguez Mesa (2001) pp. 59-60.

638 Navarro Cardoso (2002), pp. 45 y 49.

639 Torres Fernández (2006), p. 9.

640 Padilla Alba (2005) pp. 5- 6.

641 Moreno-Torres Herrera (2007) pp. 467-469.

642 García Aran (2004), p. 371.

dimensión colectiva de la dignidad humana. Sin embargo, también apuntaba que esta teoría debía ser explorada y estaba pendiente de posteriores desarrollos⁶⁴³.

Sin embargo, esta postura si fue defendida plenamente por PÉREZ CEPEDA. Así al referirse al tráfico de personas con fines de explotación sexual manifestaba que este se trata de un delito de carácter colectivo, dado que se trata de proteger la dignidad de los extranjeros en cuanto pertenecientes a un colectivo discriminado. En este sentido, afirma que la conducta de tráfico no pone en peligro o lesiona la dignidad de cualquier individuo, sino la de los extranjeros como grupo sensible de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad⁶⁴⁴.

Opinión parecida, aunque refiriéndose a la prostitución, manifiesta REY MARTÍNEZ, para quien el concepto jurídico de dignidad tiene una necesaria dimensión comunitaria, debido a que esta no solo atañe a cada individuo en concreto sino a toda la sociedad en su conjunto, precisamente porque todas las personas son iguales en dignidad y derechos⁶⁴⁵.

Y refiriéndose al delito de tráfico de trabajadores LÓPEZ CERVILLA manifestaba que dada la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido, cuando la conducta recaiga sobre varios trabajadores inmigrantes existirá un único delito y no una pluralidad de infracciones en concurso de delitos⁶⁴⁶. Esta opinión era compartida por este sector doctrinal⁶⁴⁷.

De manera similar se expresaba respecto al delito de explotación laboral del extranjero (art. 312.2.), asegurando que el bien jurídico protegido por este delito tiene una dimensión colectiva, dado que no se protege a los trabajadores en cuanto individuos sino a la fuerza de trabajo ya sea como titular de intereses difusos o colectivos; o sea a través de un bien espiritualizado o institucionalizado de índole colectiva reconducible a bienes jurídicos individuales⁶⁴⁸.

643 *Ibid.*, pp. 377-378. Añade que esta dimensión colectiva de la dignidad humana se puede hacer ya sea buscando una concreción de la que todavía carece, ya sea acudiendo a los derechos concretos que, como la integridad moral, se derivan de ella.

644 *Ver* Pérez Cepeda (2004), pp. 170-177; Pérez Cepeda (2006b), p. 121.

645 Rey Martínez (2004), p. 64.

646 López Cervilla (2004), p. 2772.

647 *Cfr.* De León Villalba (2003), p. 251.

648 *Ver* López Cervilla (2004), pp. 2775-2776.

Finalmente, ya refiriéndose al delito de trata de personas TERRADILLOS BASOCO-PORTILLA CONTRERAS-POMARES CINTA-GUARDIOLA LAGO, toman una postura más ecléctica afirmando que aunque este delito se dirige a la protección de bienes jurídicos personales, también puede apreciarse el carácter colectivo del bien jurídico, junto con la puesta en peligro de otros intereses individuales como la libertad sexual y la explotación laboral⁶⁴⁹.

Sin embargo, también hay un sector doctrinal que critica la consideración de que el bien jurídico protegido por la trata de personas sea uno de naturaleza colectiva, pues consideran que la conducta típica de dicho delito afecta exclusivamente al sujeto pasivo y, por lo tanto, se cometen tanto delitos de trata de personas como sujetos pasivos afectados⁶⁵⁰.

Es de esta opinión DE LEÓN VILLALBA, quien refiriéndose al tráfico de personas, tal como estaba regulado con anterioridad a la reforma de 2010, manifestaba que este delito tiene un carácter individual, dado que afecta a bienes personalísimos⁶⁵¹. Mientras que ALONSO ÁLAMO, aunque haciendo especial referencia a la dignidad humana aseguraba que la conducta relacionada con el tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual o laboral atenta con la dignidad de la persona en cuanto tal, y no a la dignidad del colectivo de los ciudadanos extranjeros⁶⁵².

Y refiriéndose concretamente a la trata de personas PÉREZ ALONSO manifiesta que está claro que el bien jurídico protegido es de carácter individual, en cuanto que este va referido exclusivamente a los derechos fundamentales de carácter individual de las personas sometidas a tal práctica esclavista, por los medios empleados y por las condiciones en que se organiza el traslado o tráfico de dichas personas. Añade además no estar de acuerdo con que este delito proteja a los extranjeros como colectivo debido a que por sus características especiales no todos pueden ser considerados víctimas de trata⁶⁵³.

649 Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), p. 197.

650 De hecho López Cervilla afirma que este es un punto unánime tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia. López Cervilla (2004), p. 2661.

651 De León Villalba (2003), pp. 251-252.

652 Alonso Álamó (2007), p. 17.

653 Cita como ejemplos al empresario alemán que viene de vacaciones a España o al jugador de fútbol profesional, que muy difícilmente serán objeto de trata. Pueden ser víctimas potenciales, "*como lo son todos los habitantes del planeta*", pero de forma muy remota.

Solo cabría hablar de la dimensión colectiva o supraindividual de tales derechos –añade– en la medida en que se haga abstracción de la persona física e individual para elevarla a la categoría de persona como ente abstracto, como ser social e histórico, con un *status* de derechos básicos reconocidos universalmente⁶⁵⁴.

Finalmente, VILLACAMPA ESTIARTE afirma que el delito no solamente no requiere que la víctima sea colectiva para poderse perfeccionar, sino que no puede ser un delito de esa naturaleza. Por lo tanto, tal como se deduce de la redacción típica del art. 177 bis. 1 CP, concluye que por cada víctima de trata que se identifique, se cometerá un distinto delito⁶⁵⁵.

Sin embargo, la masiva integración de bienes jurídicos en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho penal para labores de transformación social que son a este ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad⁶⁵⁶.

En conclusión, nos añadimos a las opiniones expresadas por el sector doctrinal que se manifiesta en contra de la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por la trata de personas. En primer lugar, porque consideramos que la utilización de expresiones como “los derechos de los ciudadanos extranjeros” o “la dignidad de ser humano en cuanto miembro de la sociedad” son fórmulas muy generales o vagas que llevan a la desmaterialización y disolución del concepto de bien jurídico⁶⁵⁷. En segundo lugar, porque valoramos que el carácter individual del o los derechos protegidos por la trata de personas es evidente, en cuanto en tanto todos estos son derechos personalísimos, por lo tanto, el delito no admite una configuración colectiva.

Pérez Alonso (2008), pp. 376-377.

654 Pérez Alonso (2008), pp. 368-377.

655 Villacampa Estiarte (2010), p. 839; (2011b), p. 409.

656 Ver Hassemer (1991), pp. 31-36.

657 Cfr. Mayo Calderón (2005), pp. 36-37.

2.2. EL TIPO DE LO INJUSTO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

2.2.1. *Nomen iuris* y conducta típica

Respecto al *nomen iuris* del delito en estudio, es utilizada tanto la expresión “trata de personas” como la de “trata de seres humanos”. Esta última es la que se ha utilizado en el ámbito europeo y en el tipo penal adoptado por el CP español, probablemente por la traducción literal del término en inglés “*human trafficking*”. Sin embargo, en nuestra opinión, parece no haber una diferencia significativa respecto a la utilización del sustantivo “personas” o “seres humanos”, puesto que la diferencia parece ser solo de estilo; por lo tanto, por razones de simplificación, preferimos como *nomen iuris* “trata de personas”.

En cuanto a la conducta típica, la trata de personas es un fenómeno delictivo que cuenta con múltiples manifestaciones que pueden darse de forma aislada o entrecruzadas⁶⁵⁸, así como ser ejecutadas por uno o más sujetos; de ahí viene su dificultad a la hora de establecer esta conducta típica. Consecuentemente, la descripción de tipo penal debe contener un conjunto de conceptos suficientemente amplios a fin de que pueda enmarcarse dentro de la conducta típica toda actividad que tenga por fin la explotación de una persona⁶⁵⁹. Sin embargo, podemos comenzar afirmando que la conducta típica prevista en los tipos penales mencionados *supra* para la trata de personas está basada en un triple requerimiento de acción (verbos rectores), medios empleados y finalidad de explotación⁶⁶⁰.

Asimismo, nos ayudará a delimitar la conducta típica el saber que la trata es definida por la RAE como “*tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos*”⁶⁶¹; y se define el tráfico como el “*movimiento o tránsito de personas, mercancías, etc., por cualquier otro medio de transporte.*”⁶⁶².

658 Cfr. García Aran (2006), pp. 4-5.

659 Y que para De León Villalba “*claramente va a chocar con el mandato de taxatividad que rige la creación de cualquier norma penal*”. De León Villalba (2003), pp. 53-54.

660 Cfr. De León Villalba (2009), p. 142; Villacampa Estiarte (2010), p. 841; (2011b), p. 410.

661 Ver RAE (2001), disponible en

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trata

662 Ver *Ibid.* disponible en

Basándonos en estas definiciones podemos inferir que la trata consiste en un acto de comercio de personas –similar a la compra-venta de bienes– y que necesariamente, al ser un acto de comercio, conlleva la intención de obtener un provecho económico del mismo; siendo también inherente a la trata el desplazamiento o traslado de las personas –con similitud a como se hace con las mercancías en los ámbitos comerciales– dado que el tratante busca un lugar donde “vender” a su víctima⁶⁶³.

De igual forma, podemos afirmar que indistintamente de cómo este “acto de comercio” se lleve a cabo existirá un denominador común que consistirá en tratar a la víctima como una “cosa”, es decir, intercambiarla como una mercancía o un objeto más dentro del comercio, para posteriormente explotar su trabajo sin remuneración o sin reconocimiento de sus derechos laborales⁶⁶⁴.

En el ámbito doctrinal también se ha afirmado que la construcción de la conducta típica es algo compleja, debido a que la trata de personas es un delito mutilado de dos actos, donde la intención del autor al ejecutar la acción típica descrita por los verbos rectores se dirige a realizar otra actividad posterior, esta es, la explotación de la víctima⁶⁶⁵. También un sector de la doctrina exige la presencia de otros elementos que se consideran constitutivos e inherentes al concepto típico, independientemente de que estos se encuentren

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tr%C3%A1fico

Mientras que PÉREZ ALONSO manifiesta que en el ámbito penal español —y antes de la introducción del delito de trata de seres humanos en el CP español— se ha utilizado fundamentalmente el significado del término tráfico como “*el comercio de personas o negocio que tiene por objeto a los seres humanos*” Pérez Alonso (2008), p. 412.

663 De la misma opinión De León Villalba (2009), p. 139; García Aran (2004), p. 367; Pérez Alonso (2008), pp. 324 y 412; Padilla Alba (2005), p. 13; Pérez Ferrer (2006), p. 65.; Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 34. Esta última autora agrega que “*la movilización es importante para el autor del delito de trata porque es así como logra colocar a la víctima en una situación de mayor indefensión y de vulnerabilidad extrema, así: • Es separada de su entorno, de su familia, de sus vecinos y de sus amigos, que implican para ella certidumbre, seguridad, familiaridad y apoyo. • Pierde la capacidad para protegerse o defenderse. • Se le crea una situación de desvinculación y desarraigo.*”

664 Cfr. De León Villalba (2009), p. 139; García Aran (2006), pp. 4-5 y Pérez Alonso (2008), pp. 323-324.

665 Cfr. Daunis Rodríguez (2011), p. 130; Maqueda Abreu (2002b), p. 445.

o no expresamente regulados en el tipo penal. Así, se pide que la trata implique una intermediación en el traslado; además de que exista cierta organización y cierta habitualidad en dicha actividad⁶⁶⁶.

2.2.2. Verbos Rectores

Las tres regulaciones jurídico penales en estudio establecen verbos rectores similares para realizar la conducta típica. Así el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata establece una variedad de verbos que buscan abarcar la totalidad de acciones tendientes a negociar con seres humanos. De este modo establece como verbos rectores el captar, transportar, trasladar, acoger y recibir personas. Estos verbos son igualmente regulados por el tipo penal del CP español añadiendo el verbo alojar; mientras que el tipo penal establecido en el CP salvadoreño utiliza como sinónimo del verbo captar: reclutar y como sinónimo del verbo recibir: receptor.

666 Sin embargo, estas opiniones doctrinales se refieren al delito de tráfico de personas regulado por el CP español antes de la reforma de 2010, *Cfr.* Córdoba Roda y García Arán (2004), pp. 1326 y 1330; De León Villalba (2003), pp. 27-32, 60-61; García Aran (2004), pp. 366 y 367, García Aran (2006), p. 11, 217-218; Pérez Alonso (2008), p. 398; Pérez Cepeda (2004), p. 241-244; Rodríguez Montañes (2001), pp. 1738-1739.

CUADRO COMPARATIVO DE LOS TIPOS PENALES EN ESTUDIO

ACCIÓN TÍPICA DE LA TRATA DE PERSONAS		
PROTOCOLO DE NACIONES UNIDAS (ART. 3)	CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (ART. 177 BIS)	CÓDIGO PENAL SALVADOREÑO (ART. 367-B)
VERBOS RECTORES	VERBOS RECTORES	VERBOS RECTORES
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Captación.</i> 2. <i>Transporte.</i> 3. <i>Traslado.</i> 4. <i>Acogida.</i> 5. <i>Recepción.</i> 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Captare.</i> 2. <i>Transportare.</i> 3. <i>Trasladare.</i> 4. <i>Acogiere.</i> 5. <i>Recibiére.</i> 6. <i>Alojare.</i> 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Reclute.</i> 2. <i>Transporte.</i> 3. <i>Traslade.</i> 4. <i>Acoja.</i> 5. <i>Recepte</i>
MEDIOS	MEDIOS	MEDIOS
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Amenaza.</i> 2. <i>Uso de la fuerza u otras formas de coacción.</i> 3. <i>Rapto.</i> 4. <i>Fraude.</i> 5. <i>Engaño.</i> 6. <i>Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.</i> 7. <i>Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.</i> 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Violencia</i> 2. <i>Intimidación</i> 3. <i>Engaño</i> 4. <i>Abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad.</i> 	
TIPO SUBJETIVO	TIPO SUBJETIVO	TIPO SUBJETIVO
<p><i>Fines de explotación, que incluirá, como mínimo:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.</i> 2. <i>Los trabajos o servicios forzados.</i> 3. <i>La esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud.</i> 4. <i>La servidumbre.</i> 5. <i>La extracción de órganos.</i> 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.</i> 2. <i>La explotación sexual, incluida la pornografía.</i> 3. <i>La extracción de sus órganos corporales.</i> 	<p><i>Propósito de obtener un beneficio económico al ejecutar cualquier actividad de:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Explotación sexual.</i> 2. <i>Trabajos o servicios forzados.</i> 3. <i>Prácticas análogas a la esclavitud.</i> 4. <i>Extracción de órganos.</i> 5. <i>Adopciones fraudulentas.</i> 6. <i>Celebración de matrimonios forzados</i>

Respecto a la idoneidad de los verbos regulados en los tipos penales en estudio las opiniones están divididas. Así hay autores que afirman que el sentido que puede otorgarse a la mayor parte de conductas típicas no plantea sustanciales problemas interpretativos⁶⁶⁷; o que la multiplicidad de verbos regulados en el tipo penal impide cualquier laguna de punibilidad, llegando incluso a incurrirse en cierta reiteración⁶⁶⁸. Por otra parte otros autores argumentan que los verbos rectores del tipo penal son difusos dado que las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar han de interpretarse de acuerdo con la significación gramatical de los términos, lo que conlleva a un ámbito de punibilidad amplísimo, al que solo podrán poner límites los tribunales⁶⁶⁹; o que la definición de estos verbos rectores puede suponer un reto al legislador, sobre todo respecto a la distinción entre actividades comerciales legales⁶⁷⁰ y actividades criminales vinculadas a la trata⁶⁷¹. En nuestra opinión, a pesar de que cada verbo del tipo penal de Trata tiene un significado propio, las conductas deben interpretarse teleológicamente, sin que en este ámbito se produzcan déficits en la perseguibilidad de las conductas punibles.

Cabe enfatizar que el tipo penal es un tipo mixto alternativo, siendo cada conducta separable y autónoma. Esto significa que bastará con la realización de cualquiera de los verbos rectores, sin necesidad de que estos sigan una secuencia, a efectos de la consumación del tipo penal. Así, serán típicos tanto el acto aislado de captar a las víctimas, por ejemplo, o la conexión de la captación con el traslado y la recepción con la acogida para la explotación de la víctima; independientemente de si la explotación se llegase a concretar o no. Sin embargo, sí se necesita que los verbos rectores se realicen con el fin de explotar a una persona⁶⁷².

667 Villacampa Estiarte (2010), p. 843; (2011b), p. 416.

668 Daunis Rodríguez (2011), p. 130. *Ver* también Daunis Rodríguez (2010), p. 37.

669 Terradillos Basoco (2010), p. 209.

670 Entre estas actividades legales se encontrarían los casos de las personas que aceptan ejercer voluntariamente la prostitución, los matrimonios con consentimiento de ambos cónyuges, las adopciones legales o las donaciones de órganos. Sobre todo la prostitución ha generado un gran debate respecto a la posibilidad que tienen la personas de consentir su propia prostitución.

671 ILO (2005), p. 10.

672 *Cfr.* Fiscalía de Extranjería (s.f.), p. 9; Martínez Osorio (2008), p. 53; Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 32, 34, 46 y 102; Pomares Cintas (2011), p. 133.

Finalmente, tanto el Protocolo de Naciones Unidas como el CP español exigen además que la ejecución de los verbos rectores se combine con el empleo de violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima⁶⁷³. En el caso del legislador salvadoreño, este ha omitido la exigencia de estos medios.

Captar

Captar es definido por la RAE como “*Atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien*”⁶⁷⁴. Aplicando esta definición al tipo penal de trata de personas la acción de atraer o ganar la voluntad de la persona deber ser realizada utilizando los medios descritos en el tipo con fines de explotación. Consecuentemente, la acción de captar requiere algo más que una mera oferta de trabajo o actividad a la víctima, exigiéndose un resultado intermedio, esto es, el atraer y/o ganar la voluntad de la víctima. Dicha atracción se materializa a través del cierre de algún tipo de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue a la víctima y que generalmente conlleva la adquisición de una deuda⁶⁷⁵ que deberá saldar la víctima una vez trabaje en el país de destino⁶⁷⁶.

Sin embargo, cabe enfatizar que la captación es el género que comprendería a la contratación y consiguientemente no toda captación derivara necesariamente en un contrato, siendo válido cualquier tipo de acuerdo, con tal que la víctima exprese su aceptación de las condiciones ofrecidas por el tratante⁶⁷⁷. En esta misma línea, la acción de captar no se consuma si el tratante

673 Cfr. Manzanares Samaniego (2010), 215.

674 RAE(2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=captar

675 Esta deuda puede llegar a sumas de entre 15.000 y 20.000 euros según la procedencia de las víctimas. Las víctimas procedentes de América Latina suelen contraer deudas que van de 1.500 a 3.000 euros y las víctimas del Este de Europa, sumas de 1.000 a 2.000 euros. Esta deuda suele incluir los gastos relacionados con el viaje, el dinero en metálico que deben llevar las víctimas en el viaje para demostrar que poseen dinero suficiente para su sustento en España como turista, los gastos de la gestión de la documentación falsa, en el caso de que sea necesaria y la comisión que se queden los intermediarios. Giménez-Salinas (2009), pp. 04:10 y 04:11.

676 Ver Giménez-Salinas (2009), pp. 04:10 y 04:11; y Villacampa Estiarte (2010), pp. 843-844; (2011b), pp. 416 y 417.

677 Ver Fiscalía de Extranjería (s.f.), p. 9; quien añade que la utilización del término *contratación* sugerido por el Convenio del Consejo de Europa no ha sido tomado en cuenta

propone a una víctima en concreto, o hace pública la propuesta por un medio masivo, sin obtener la voluntad de la víctima o que esta se sienta atraída y acepte la oferta realizada. En este caso estaríamos ante un caso de tentativa.

En la mayoría de los casos el proceso de captación se realiza mediante el engaño a las víctimas⁶⁷⁸, aunque también se dan los casos en que se ejerce violencia a la víctima por parte del o los tratantes⁶⁷⁹. La captación puede realizarse tanto a través de medios formales como los anuncios de prensa e Internet⁶⁸⁰, los correos electrónicos, las agencias de empleos o de viajes; como a través de medios informales como contactos familiares, a través de personas conocidas, vecinos, etc.⁶⁸¹.

Asimismo, captar implica atraer lo que resulta ajeno, por lo tanto, solo se capta lo que no es propio; en consecuencia, no realizan la acción de captar los padres o tutores que proponen ejercer la prostitución, trabajo o matrimonio forzado, vender sus órganos, etc. a los menores de edad bajo su tutela, siendo responsable directamente de los delitos de explotación correspondientes⁶⁸².

en la legislación española por considerar que ese término es manifiestamente confuso si se traslada al derecho español.

678 Suele engañarse a las víctimas con el ofrecimiento de un trabajo digno y bien remunerado, falsas promesas de matrimonio, etc., en los países de destino, que evidentemente no existen. *Ver* Pérez Cepeda (2002a), p. 124; y Pérez Cepeda (2005), pp. 94-98.

679 Según Giménez-Salinas en España los casos de explotación sexual, en un alto porcentaje (entre 30-50%), se engaña a las víctimas sobre el trabajo ofrecido en el país de destino, esto es, el captador ofrece la posibilidad de realizar un trabajo en el país de destino que no tiene que ver con la prostitución; mientras que en el caso de la trata con fines de explotación laboral, lo que se ofrece es un trabajo legal en el país de origen y el engaño se realiza de distintas formas: se oculta o miente a la víctima sobre el empleo que va a desarrollar en España o sobre las condiciones laborales bajo las cuales se ejercerá dicho trabajo. Sin embargo, manifiesta la autora, no se han detectado casos donde se haya procedido al uso de fuerza o violencia para captar a las víctimas, como sí es frecuente que ocurra en los casos de explotación sexual. Giménez-Salinas (2009), pp. 04:10-04:11.

680 De acuerdo con el informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, la captación puede ser realizada mediante el uso de nuevas tecnologías, especialmente de Internet, que está constituyendo un mecanismo muy utilizado con dicha finalidad. Villacampa Estiarte (2010), p. 843; (2011b), p. 417. Sobre la adaptación del derecho penal a las nuevas tecnologías *Ver* Urruela Mora *et al.* (2010).

681 Los sistemas informales suelen ser los más utilizados, así, a través de familiares, amigos, vecinos o conocidos se contacta con posibles candidatos a aceptar las promesas de empleo. Giménez-Salinas (2009), pp. 04:10- 04:11.

682 *Cfr.* Ruiz Restrepo *et al.* (s.f.), p. 31.

Reclutar

El verbo reclutar es utilizado por el CP salvadoreño como sinónimo de captar, el cual puede haber sido preferido por el legislador dado que ha sido utilizado en otros instrumentos internacionales⁶⁸³; y/o haciendo una traducción literal del verbo “*recruit*” propuesto por la definición en inglés del Protocolo contra la trata de Naciones Unidas⁶⁸⁴.

Gramaticalmente la RAE define traficar como “*reunir gente para un propósito determinado*”⁶⁸⁵. A fines de la conducta típica, el verbo reclutar debe ser entendido en una acepción más amplia, es decir el reunir personas con miras a su posterior explotación por medio de la trata. Consiguientemente, ejecutan la conducta típica, aquellos que se encarguen de atraer a las víctimas del delito de trata por cualquiera de los medios regulados en el tipo penal⁶⁸⁶, teniendo presente las mismas observaciones realizadas respecto al verbo captar en cuanto a la necesidad de la aceptación de la víctima de las condiciones ofrecidas y sin olvidar que a pesar de este consentimiento inicial posteriormente suelen aparecer mecanismos de coacción para mantener a la víctima en la situación de explotación⁶⁸⁷.

683 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 54 -55; quien además cita como ejemplos la Convención de los Derechos del Niño (art. 38.3), que regula la prohibición específica de reclutar a menores de edad para su incorporación a las fuerzas armadas; y el Convenio 182 de la OIT referido a las peores formas de trabajo infantil que considera el término “reclutamiento” más allá de su formulación para el ámbito castrense, y lo hace en un sentido amplio; pudiendo reclutarse a niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción de pornografía, exhibicionismo sexual, realización de actividades ilícitas entre otros fines.

684 La definición en inglés de trata de seres humanos es la siguiente: “*Trafficking in persons' shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.*”

685 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=reclutar

686 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 54-55.

687 Cfr. De León Villalba (2003), pp. 56-57; ILO (2005), p. 10.

Transportar y trasladar

Gramaticalmente la RAE define tanto transportar como trasladar como la acción de “llevar a alguien o algo de un lugar a otro⁶⁸⁸.” En una interpretación gramatical extensa ambos verbos pueden abarcar las acciones de transferir, mover o cualquier otra acción análoga.

En el ámbito doctrinal pareciera que no hay una distinción destacable entre transportar y trasladar, por la tanto ambos verbos rectores pueden ser tomados como sinónimos⁶⁸⁹. Así, se interpreta el transporte como cualquier traslado de la persona tratada desde su lugar de origen o residencia, hacia otro lugar donde se explotará a la víctima —fuera o dentro de las fronteras de un país— y con cualquier medio. El desplazamiento de la víctima puede incluso darse de una ciudad a otra, o de un barrio a otro, siendo igualmente constitutivo de la acción de trasladar o transportar a una persona.

NAIR afirma que el desplazamiento puede darse incluso dentro de un mismo edificio y sugiere un ejemplo para aclarar su punto: en el caso que el administrador de un prostíbulo controle a varias mujeres recluidas entre las que se encuentren una madre con su hija adolescente, y dicho administrador, ya sea por engaño o por la fuerza, logre que la madre acceda a permitir la explotación sexual de su hija y, por lo tanto, esta tenga que ser separada de la “comunidad” de su madre para ser llevada a la “comunidad” del prostíbulo nos encontraríamos, afirma el autor, ante un caso de trata de personas⁶⁹⁰. Sin embargo, en nuestra opinión, nos parece un ejemplo muy forzado y que no constituiría trata de personas sino un delito concreto de explotación, siempre que la hija adolescente no hubiese sido inicialmente captada con fines de explotación.

Sin embargo, es válido resaltar que no basta la mera organización del transporte para cometer el delito, dado que el mero transporte en sí puede ser realizado por las aerolíneas o compañías de transporte con desconocimiento del objetivo del servicio prestado y, por lo tanto, no cometerían la conducta típica de forma dolosa. Lógicamente, si ejecutan la conducta típica los transportistas

688 RAE (2001), *disponible en*

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transportar y

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trasladar

689 Cfr. Villacampa Estiarte (2010), p. 843; (2011b), p. 418; quien afirma que el uso de ambos verbos puede llegar a ser tautológico.

690 Nair (2007), p. 2.

que realizaren el desplazamiento de las víctimas conociendo el destino al cual estas son conducidas, así como la de aquellos que vigilen o acompañen a las víctimas en su viaje, teniendo como función el entregarlas en su lugar de destino; así como aquellos que ejecuten actividades que faciliten el traslado de las víctimas en los países de tránsito⁶⁹¹.

VILLACAMPA ESTIARTE en la búsqueda del sentido de proponer ambos verbos rectores en los tipos penales de la trata de personas fuerza un tanto la interpretación concibiendo *“el traslado como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta, por ejemplo.”* Dicha interpretación la hace siguiendo a la Decisión Marco del Consejo de Europa que entre las conductas típicas de la trata incluye el “intercambio” o el “traspaso de control” sobre la persona. Además, menciona que tanto el Protocolo de Naciones Unidas contra la trata de personas como el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos (Convenio de Varsovia) hacen referencia a la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Dado que los supuestos de transmisión del control sobre una persona no se regula en el CP español estos *“pueden incriminarse a través de la conducta de traslado, en el sentido de ‘trasladar el dominio sobre la persona’ a otro quien, a su vez, podría realizar la conducta de recibir o acoger a la víctima, eso sí, siempre que concurriese uno de los medios que el tipo requiere –entre los que, por cierto, no se enumeran la concesión o recepción de pagos⁶⁹²”*

Debe hacerse mención a la importancia de estos verbos rectores para configurar el delito de trata de personas. Como ya hemos afirmado *supra*, a la trata de personas le es inherente el traslado geográfico de las víctimas, de igual forma que el intercambio comercial y el traslado geográfico son dos realidades íntimamente conectadas, que implica el desplazamiento del objeto comercial de unas manos a otras. Así, *“todo acto de comercio implica un traslado y hay formas de traslado que suponen comerciar con la persona”*⁶⁹³.

691 Cfr: ILO (2005), p. 10; Martínez Osorio (2008), pp. 54-55; y Villacampa Estiarte (2010), pp. 843-844; (2011b), p. 418.

692 Villacampa Estiarte (2010), pp. 843-844.

693 Ver García Aran (2006), p. 16; mientras que Pérez Alonso añade que *“En la actualidad se hace más hincapié en la idea de movimiento de personas que en la de comercio posiblemente*

Podemos afirmar entonces que la trata de personas “*se caracteriza por llevar a cabo un desplazamiento coactivo, forzado, o engañoso de una persona de su más inmediato entorno social, familiar, lingüístico o cultural a otro extraño provocador de una situación de insufrible vulnerabilidad para lograr vencer su resistencia e imponer su explotación sexual, laboral o extraer sus órganos*”⁶⁹⁴.

Acoger

Gramaticalmente el verbo acoger tiene diferentes acepciones que nos pueden servir a la hora de interpretar la conducta típica. Así, la RAE define acoger como “*admitir en su casa o compañía a alguien*”; “*servir de refugio o albergue a alguien*” y “*admitir, aceptar, aprobar*”⁶⁹⁵. Siguiendo esta interpretación gramatical, en el caso de trata de personas acoger implicaría albergar a la persona recibida de forma temporal con el propósito de asegurar su disponibilidad tal y como si fuere una mercancía⁶⁹⁶; quedando comprendidas dentro de la conducta típica las acciones de las personas que brindan alojamiento en cada uno de los países de tránsito, ya sea en casas, fincas, hoteles, barcos o establecimientos o cualquiera otra zona en donde permaneciere la víctima. Consecuentemente se acoge a la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes⁶⁹⁷.

Huelga aclarar que no ejecutan la acción de acoger todos aquellos hospederos o personas que dan albergue a la víctima sin el conocimiento de las actividades de trata sobre esta. También es válido decir que el acoger a las víctimas puede presentar mucha más dificultad respecto a los otros medios con fines probatorios⁶⁹⁸. Finalmente, el verbo acoger es sinónimo de alojar, verbo utilizado en la definición de trata de personas establecida por el CP español⁶⁹⁹.

por el elemento geográfico transnacional que caracteriza a la trata o tráfico de hoy en día, estrechamente vinculados al complejo fenómeno de la migración internacional actual.”
Pérez Alonso (2008), p. 413.

694 Fiscalía de Extranjería (s.f.), p. 2.

695 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acoger

696 Cfr. Ruiz Restrepo et al (s.f.), p. 31.

697 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 54-55 y Villacampa Estiarte (2010), p. 844; (2011b), p. 421.

698 Cfr. ILO (2005), p. 17.

699 Cfr. Villacampa Estiarte (2010), p. 844; (2011b), p. 420.

Recibir

La RAE define recibir como “*tomar o hacerse cargo de lo que le dan o le envían*”⁷⁰⁰. A fines de la trata de personas, el recibir implicaría el hacerse cargo en el destino final de las personas que han sido enviadas para poder comenzar con su explotación⁷⁰¹. Esta recepción puede ser personal o mediante intermediación de otro⁷⁰².

2.2.3. Diferencia entre trata y tráfico de personas

A la hora de delimitar la conducta típica también es necesario que delimitemos que no es trata, teniendo especial relevancia establecer la diferencia entre la trata y el tráfico de personas, dado que ambos conceptos suelen ser confundidos y en muchos casos son utilizados de forma intercambiable⁷⁰³ debido a las características comunes existentes entre ambos fenómenos. Así, en ambos los sujetos pasivos son habitualmente migrantes; los autores y partícipes suelen actuar en el marco de la criminalidad organizada; hay un aprovechamiento de la necesidad de mejorar las condiciones de vida a través de la migración y ambos implican comercio con personas⁷⁰⁴.

Además, existen numerosas ocasiones en que el hecho que inicia como tráfico de migrantes puede finalizar como trata de personas. Así, son frecuentes los casos en que los y las inmigrantes tras haber sido ayudados por el traficante para entrar ilegalmente en un país se ven sometidos a situaciones de explotación, ya sea porque no poseen suficiente dinero y son obligados a pagar la deuda adquirida poniendo a disposición su propio cuerpo; o porque

700 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=recibir

701 Cfr. ILO (2005), p. 17.

702 Cfr. Ruiz Restrepo *et al.* (s.f.), p. 34.

703 Añade De León Villalba que los conceptos «*migrant trafficking*», «*trafficking in human being*», «*illegal migrant*», «*human smuggling*» y «*migrant smuggling*» entre otros, se utilizan a menudo como sinónimos y, si bien es cierto que se puede establecer un alto grado de similitud entre alguno de ellos, se deben distinguir dos/tres situaciones: el tráfico de personas, la migración ilegal y/o el contrabando de personas, como términos que en un alto porcentaje de las ocasiones va a describir el fenómeno del desplazamiento transfronterizo ilícito, matizado de diferentes circunstancias. De León Villalba (2003), p. 26. De la misma opinión CCE (2001), p. 22; Giménez-Salinas (2009), nota 5 y Yussouf (2008), p. 174.

704 Cfr. Artola (2005), p.4; Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; De León Villalba (2009), pp. 141-142; Vernier (2006), pp. 23-24.

los traficantes vean en el o la inmigrante una forma de lucro a través de su sometimiento a trabajo forzado; o a través de su “venta” a redes de trata o narcotráfico. Por lo tanto, se puede dar la situación de una persona que pase de ser inmigrante ilegal un día a ser víctima de trata al día siguiente.

De igual forma, contribuye a la confusión entre ambos fenómenos delictivos el hecho que en los casos de trata, la mayoría de estos no son descubiertos en su totalidad o son registrados como tráfico ilegal debido a la dificultad de probar la trata de personas⁷⁰⁵.

Sin embargo, a pesar de estos puntos de entrelazamiento entre ambas conductas, existen varios puntos claramente diferenciadores que han sido expresamente regulados tanto en la legislación internacional, como en las regulaciones penales en estudio, así como en el ámbito doctrinal. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre delincuencia organizada transnacional y los protocolos que la complementan establecen una normativa clara al respecto y establecen definiciones que ayudan a delimitar las fronteras entre ellos. Así, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional define al tráfico de migrantes como *la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un país 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.* (art. 3).

Mientras que el Código Penal español sanciona a *“El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”* (art. 318 bis) y el Código Penal salvadoreño sanciona a *“La persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países... que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países... que con documentación falsa o fraudulenta trataren*

705 Cfr. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; Borges (2009), p. 11; King (2008), p. 89; Storini (2007), pp. 327-328, 371-372; United Nations (2010), pp. 34-35.

de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona” (art. 367-A).

Así, basándonos en lo expresado tanto en la legislación como en la doctrina, podemos apuntar las siguientes diferencias:

Destino

Una diferencia fundamental entre la trata y el tráfico de personas es el destino de las víctimas. Así, el tráfico implica la promoción o facilitación de la entrada irregular de una persona a un país distinto del suyo y, por lo tanto, siempre se produce el cruce de frontera o fronteras, mientras que la trata de personas puede darse tanto dentro del país (trata interna) como fuera del mismo (trata transnacional), ya que el lugar de destino para la explotación, el cual puede ser en una ciudad o en una zona dentro del mismo país, consecuentemente, no es necesario que se produzca un cruce de fronteras para realizar la conducta típica⁷⁰⁶.

Consentimiento

Otra diferencia fundamental entre la trata y el tráfico de personas es el consentimiento. Así, el tráfico de personas hace referencia a un “servicio” que generalmente se presta con la voluntad del migrante, mientras que en la trata de personas concurre la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima para que acepte las condiciones de explotación a la que será sometida en el lugar de destino. La distinción fundamental es, pues, que la víctima de trata no ha tenido el derecho a elegir, contrario a lo que sucede con los migrantes en el tráfico quienes tiene el conocimiento y control en cuanto al país de destino y en algunas ocasiones a la forma en que desean realizar el viaje (por agua, tierra, etc.)⁷⁰⁷.

706 Cfr. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; CCE (2001), p. 22; Daunis Rodríguez (2010), p. 8; De León Villalba (2006b), pp. 163-165; Pérez Cepeda (2005), pp. 88-93; Iselin y Adams (2003), pp. 3-5; Yussouf (2008), pp. 176-177; Vernier (2006), pp. 23-24.

707 Cfr. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; Burke (2008), p. 104; CCE (2001), p. 22; De León Villalba (2006b), pp. 163-165; King (2008), p. 89; Pérez Cepeda (2005), pp. 88-93; Pérez Alonso (2008), p. 323. Este último añade que este es el elemento

Es necesario también hacer especial énfasis en lo que se refiere al consentimiento de la víctima de trata, dado que pueden acontecer casos en que la víctima acceda a la propuesta hecha por los tratantes mediante engaños. Sin embargo, está claro que toda trata de personas es realizada sin un consentimiento válido, dado que este se nulifica por el desconocimiento de las condiciones reales de la oferta aceptada por la víctima, dado que es el traficante el único que posee el conocimiento de las verdaderas condiciones de la oferta⁷⁰⁸. Este aspecto será desarrollado con más detalle *Infra*.

Legalidad del viaje

Otra distinción relevante es que en el tráfico de personas el cruce de fronteras siempre va a ser ilegal, mientras que en la trata de personas puede haber tanto un cruce de fronteras de manera ilegal como legal, es decir, con los papeles necesarios o habiendo cumplimentado los requisitos legales exigidos por el país de destino. Así, muchas víctimas de trata pueden entrar a los países de destino bajo una aparente legalidad para desempeñar un empleo⁷⁰⁹.

Así, no son desconocidos los casos en que los tratantes contratan a mujeres en los países de origen para trabajar como “bailarinas” o “camareras” y bajo esta figura consiguen los permisos necesarios para que las víctimas ingresen al país de destino de forma legal, y una vez en este son obligadas a ejercer la prostitución, trabajo o matrimonio forzado, etc.⁷¹⁰ Incluso esta aparente legalidad del traslado de la víctima puede servir para proteger a los tratantes de ser descubiertos por los agentes aplicadores de la ley⁷¹¹.

más característico del concepto de trata y el que permite diferenciarle más claramente del concepto de inmigración clandestina, por cuanto que la ilegalidad del tráfico (trata) va referida a los medios empleados para someter y doblegar la voluntad de la víctima y no a si esta se encuentra en situación irregular o no.

708 Ver Iselin y Adams (2003), pp. 3-5

709 Cfr. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; United Nations (2010), pp. 34-35; Pérez Cepeda (2005), pp. 88-93.

710 Ver De León Villalba (2003), p. 29.; quien añade que “*incluso, en muchos casos, las mujeres no son vendidas, pero el fraude y el engaño sufrido respecto de las condiciones económicas fuerzan su situación hasta el punto de tener que ejercer la prostitución para sobrevivir.*” Ver también De León Villalba (2006b), pp. 163-165.

711 Ver Ziegler (2006), p. 71.

Por lo tanto, la entrada ilegal en otro país puede ser un elemento de hecho en la trata de personas, pero no es un elemento legal necesario para cometer la conducta típica.

En este caso se da igualmente la confusión entre ambas figuras delictivas dado que —como explicábamos *supra*— pueden darse casos que inicien como tráfico de personas, es decir, migrantes que tratan de ingresar a otro país de manera ilegal, y que posteriormente sean víctimas de trata, una vez cruzada la frontera⁷¹².

Propósito del movimiento

Otro elemento relevante que diferencia al tráfico de la trata de personas es la intención *ab initio* con la cual se realiza el desplazamiento de la víctima. Así, mientras que en el primero el objetivo del desplazamiento es la entrada ilegal del o la migrante en un tercer Estado, en la trata la finalidad es la explotación de la víctima. De este modo, en el tráfico de personas el traficante busca lucrarse a través del movimiento de personas para el cruce de fronteras⁷¹³, mientras que en la trata los tratantes obtienen lucro de la explotación de la víctima. Consecuentemente, el tráfico finaliza después de haber llegado el o la inmigrante a su destino, mientras que en los casos de trata de personas la explotación se prolonga en el tiempo, dado que la víctima es tomada como una mercancía que debe rendir beneficios durante un largo período⁷¹⁴.

Esto no exceptúa —como ya hemos afirmado *supra*—a que existan casos que comiencen como tráfico de personas pero que, ya sea en ruta o llegado al país de destino, el traficante decida explotar al inmigrante, convirtiéndole automáticamente en víctima de trata. Así, frecuentemente sucede que los inmigrantes que no pueden pagar el “servicio” brindado por el traficante, son tomados como “pago” y se les explota o vende a un tercero⁷¹⁵. Así, a

712 *Cfr. Ibid.*

713 No obstante, apunta Pérez Cepeda, el favorecimiento de la inmigración clandestina también se puede realizar por cuestiones humanitarias. Pérez Cepeda (2005), p. 92.

714 *Cfr.* Abramson (2003), p. 498; Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61- 62; Borges (2009), p. 11; CCE (2001), p. 22; Daunis Rodríguez (2010); p. 8; Pérez Cepeda (2005), pp. 88-93.

Iselin y Adams (2003), p. 4; Yussouf (2008), pp. 176-177.

715 *Cfr.* León Villalba (2003), p. 55.; De León Villalba (2006b), pp. 163-165; Pérez Cepeda

pesar que el reclutamiento inicial el traficante no tenía la intención de tratar al inmigrante, si ejecutará las acciones de transportar y trasladar a la ahora nueva víctima de trata.

Sin embargo, esta distinción no es tan fácil de realizar en la práctica dado que pueden darse casos que pueden crear confusión. Por ejemplo, puede suceder que el traficante busque sacar ventaja de los inmigrantes en tránsito y les extorsione a ellos mismos o a sus familiares pidiéndoles más dinero para llevarles al destino final; o la situaciones en las que los inmigrantes ilegales suelen ser pagados con salarios más bajos que los residentes legales por el mismo trabajo, sin llegar a ser víctima de explotación laboral o trabajo forzado. En ambos ejemplos, no nos encontramos ante casos de trata de personas, siendo la explotación de la persona en cuestión el punto diferenciador para delimitar si es víctima de trata⁷¹⁶.

Bien Jurídico protegido

Otro elemento que nos ayuda a distinguir entre el tráfico y la trata de personas es el bien jurídico protegido. Así, el tráfico de personas es fundamentalmente un delito contra los intereses del Estado, en el cual los traficantes no suelen violentar a los migrantes que llevan a su cargo —salvo que estos no puedan saldar su deuda— y, por lo tanto, no se identifica a una víctima en específico, más allá del mismo Estado que ve violentadas sus políticas migratorias. Consecuentemente, es un crimen contra el Estado. En cambio, la trata de personas atenta principalmente contra los derechos de la persona⁷¹⁷, hay una víctima identificable, una persona sometida a explotación, consecuentemente es un crimen contra las personas⁷¹⁸.

Así, aunque en algunos casos de trata se pueda dar un cruce ilegal de fronteras, no es una conducta destinada a vulnerar las normas migratorias de

(2005), p. 92; Ziegler (2006), pp. 71-72; quien cita como ejemplo de este caso la Sentencia BGH, 2004 NSIZ-RR, p. 233.

716 Ver Iselin y Adams (2003), pp. 3-7.

717 El tema del bien jurídico protegido en la trata de seres humanos será abordado ampliamente *supra*.

718 Cfr. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; De León Villalba (2006b), pp. 163-165; Iselin y Adams (2003), pp. 3-5; Pérez Cepeda (2005), pp. 88-93; Vernier (2006), p. 7; Yussouf (2008), p. 176-177.

los Estados, sino que persigue la explotación de un tercero, con independencia de su nacionalidad o su residencia⁷¹⁹.

Víctima o cliente

Otra diferencia fundamental entre la trata y el tráfico de personas es la relación de víctima o cliente. Así, en la trata la relación es de explotación, por lo tanto, hablamos de una víctima que será explotada por un tercero en el lugar de destino. En esta relación la víctima toma el papel de mercancía que será transportada y vendida. Mientras que en el tráfico de personas la relación es muy diferente dado que el traficante ofrece como servicio el cruzar ilegalmente la frontera de otro Estado, y dichos servicios son comprados por el migrante o “cliente”⁷²⁰.

Realización de la captación

La forma en que se capta a los clientes o a las víctimas es otro factor diferenciador entre el tráfico y la trata de personas. Así, en el caso del tráfico de personas el traficante puede tener alguna necesidad de captar “clientes”, pero generalmente lo hará “publicitándose” como un servicio; pero en la mayoría de las veces el traficante solo tiene que esperar a que aquellos que buscar migrar ilegalmente a un tercer país le contacten y le paguen por sus servicios. Mientras que en la trata de personas el “captador” buscar tener un contacto directo con las víctimas que cumplan con el perfil requerido y trata de convencerlas a través de engaños o amenazas⁷²¹.

Otra distinción de carácter criminológico es el hecho de que en el tráfico de personas la mayoría de “clientes” son hombres, mientras que en la trata de personas la mayoría de las víctimas son mujeres, niños y niñas, aunque también existen víctimas masculinas⁷²². Sin embargo, esta distinción es irrelevante desde la perspectiva jurídico-penal.

719 Ver Daunis Rodríguez (2010), p. 8.

720 Ver Iselin y Adams (2003), pp. 3-5.

721 Cfr. De León Villalba (2006b), pp. 163-165; Iselin y Adams (2003), pp. 3-5; Pérez Cepeda (2005), pp. 88-93; Yussouf (2008), pp. 176-177.

722 Cfr. Artola (2005), p. 4; Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 61-62; De León Villalba (2006b), pp. 163-165.

2.2.4. Diferencia entre trata y esclavitud

Aunque actualmente la esclavitud esté prohibida, no está regulada como delito ni en España ni en El Salvador⁷²³ y no se den casos de compraventa de personas legalmente consentidas, como lo eran en el pasado la compraventa pública de esclavos, es válido hacer distinción entre la trata y la esclavitud; términos que suelen confundirse a menudo debido a que son fenómenos conexos. Sin embargo, a pesar de las confusiones existentes, los textos internacionales si realizan esta distinción. Así, el Convenio de Ginebra sobre la represión de la esclavitud⁷²⁴ establece en su artículo que la esclavitud es “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*”; y la trata de esclavos, “*comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y en general, todo acto de comercio o transporte de esclavos*”⁷²⁵. Estas definiciones serían asumidas posteriormente en el artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos humanos y en el art. 8, 1º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Viendo ambas definiciones se deduce claramente que dichos fenómenos están relacionados pero son distintos entre sí. Así, entre los factores comunes están el hecho que ambos fenómenos supone la supresión de la libertad y la dignidad de la víctima, sobre la cual se ejerce dominio, es decir se ejercen sobre ella los atributos del derecho de propiedad⁷²⁶.

Sin embargo, no hay que perder de vista que la trata constituye el acto previo a la explotación en la esclavitud, similar al aprovisionamiento o compra de mercancía, que posteriormente será explotada y lógicamente, la esclavitud es el estado de explotación en el que permanece la víctima una vez

723 La esclavitud en ambos países es punible a través de otras figuras delictivas. Ver, en el caso de España, Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 56.

724 De 25 de septiembre de 1926 (enmendado por protocolo de 7 de diciembre de 1953).

725 “*Como puede verse, el comercio y el transporte de esclavos son manifestaciones del ejercicio de dominio sobre la persona, consustancial a la trata de esclavos, precisamente porque estos son aquellos sobre los que se ejercita algún atributo del derecho de propiedad.*” García Aran (2006), p. 9.

726 Sin embargo, García Aran afirma que en la trata de personas existe un *plus* de lesión de la dignidad, porque ese es el valor que obliga a excluir a los seres humanos de las relaciones económicas que tiene por objeto a las cosas (compraventa, préstamo etc.). García Aran (2006), p. 10.

llegada al lugar de destino. Así, los conceptos de esclavitud y trata de esclavos no van necesariamente unidos ni se superponen exactamente⁷²⁷, de tal forma que los conceptos de esclavitud y trata no son intercambiables, idéntico o sinónimos porque, por una parte, la trata puede tener otras finalidades distintas a la esclavitud pero que constituyen formas de explotación; y por otro lado, toda forma de explotación en que se concrete finalmente la trata deberá de ser castigada penalmente de forma independiente y adicional de esta.

2.2.5. *Tipo de simple actividad*

Dado que el tipo penal de la trata de personas solo describe la realización de la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir al sujeto pasivo con fines de explotación, sin que sea necesario un resultado para que se realice el tipo, podemos afirmar que estamos ante un delito de simple actividad. Consecuentemente, de llevarse a cabo la explotación, esta deberá ser penalizada individualmente mediante del delito en el que se concreta la explotación, tal como sería el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, contra los derechos de los trabajadores, etc.

Respecto a la postura doctrinal, un sector sostenía respecto al art. 318 bis. 2 CP antes de la reforma de 2010 que este era un delito de mera actividad. En este sentido, podemos citar a TORRES FERNÁNDEZ quien expresaba que no era necesario para la consumación de este tipo penal que se llevara a cabo efectivamente la explotación, sino que el delito se consuma cuando se materializan todos los elementos del tráfico, concurriendo la finalidad de explotación sexual. Esto venía a expresar el desprecio por la dignidad humana, que se consideraba en peligro, al menos remotamente⁷²⁸. Coincidían con esta postura doctrinal SAINZ-CANTERO CAPARRÓS⁷²⁹, CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ⁷³⁰, PADILLA ALBA⁷³¹, PÉREZ FERRER⁷³² y MORENO-TORRES HERRERA⁷³³.

727 Ver García Aran (2006), p. 10; quien añade que la trata de esclavos presupone la esclavitud, pero esta no va necesariamente acompañada del tráfico o la trata de seres humanos.

728 Torres Fernández (2006), pp. 8 y 13.

729 Sainz-Cantero Caparrós (2002), p. 101.

730 Cancio Meliá/Maraver Gómez (2005), p. 359.

731 Padilla Alba (2005), pp. 11-12.

732 Pérez Ferrer (2006), p. 68.

733 Moreno-Torres Herrera (2007), p. 472.

La jurisprudencia española se expresaba en similar sentido. Así, respecto al delito de tráfico ilegal de mano de obra, la STS 112/1998 afirmaba que este es un delito de mera actividad, que se consuma por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigirse que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo. Esta sentencia, sirvió de referente para algunas Audiencias que incluso declararon que el delito se consumaba con la ejecución de meros actos preparatorios⁷³⁴. En el mismo sentido se expresaba la sentencia STS 5608/2005⁷³⁵.

De manera similar, aunque refiriéndose al delito de determinación a la prostitución, la STS 1755/2003, manifiesta que en este delito no se exige que se lleve a cabo *la práctica efectiva de la prostitución, bastando con el propósito del autor o autores. "Se trata de un delito de comisión instantánea que, en esta modalidad concreta, se perfecciona con el arribo al territorio nacional.»*

Se manifestaba *Contra* PÉREZ ALONSO para quien el entonces de delito tráfico ilegal de personas constituía un delito de resultado dado que la estructura típica del mismo exigía la producción de un efecto, como mínimo el comienzo de la entrada, salida o tránsito por España, sobre el objeto de la acción separable espacio-temporalmente de la propia acción de promover, favorecer o facilitar el traslado de personas a través de las fronteras españolas. *"El resultado cabría cifrarlo, por tanto, en el hecho mismo del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, es decir, en la puesta en marcha del desplazamiento de personas"*⁷³⁶. Apoyaban esta postura RODRÍGUEZ MESA⁷³⁷, MAQUEDA ABREU⁷³⁸, LAURENZO COPELLO⁷³⁹, PÉREZ CEPEDA⁷⁴⁰ y MARTÍNEZ ESCAMILLA⁷⁴¹.

734 Ver López Cervilla (2004), p. 2770.

735 STS 5608/2005, II. Fundamentos de derecho, número quinto. Ver también 19-1-2006 (To 827082); 6.-3-2006 (Tol 862759); 13-11-2006 (Tol 1019338); 15-6-2007 (Tol 1106880); 21-6-2007 (Tol 1106871).

736 Pérez Alonso (2008), p. 383.

737 Rodríguez Mesa (2001), pp. 61, 86, 87 y 70.

738 Maqueda Abreu (2001), pp. 51-52.

739 Laurenzo Copello (2003), p. 79.

740 Pérez Cepeda (2004), pp. 70, 87, 197 y 247; y Pérez Cepeda (2005), pp. 117-118.

741 Martínez Escamilla (2007), p. 125.

Ya refiriéndose en concreto al delito de trata de personas la doctrina coincide en que este es un delito de mera actividad. En este sentido, se manifiesta MARTÍNEZ OSORIO para quien en este delito basta la realización de alguna de las conductas estipuladas en la descripción típica para que acaezca la consumación⁷⁴²; y JUANES PECES añade que a efectos penales basta con la realización de cualquiera de los verbos rectores, ya sea dentro o fuera de España, en tránsito o con destino a ella; dado que la *ratio legis* del precepto es el desvalor generalizado a que se hace merecedor todo comercio humano⁷⁴³. También lo considera un delito de mera actividad MANZANARES SAMANIEGO⁷⁴⁴.

En el mismo sentido RUIZ RESTREPO expresa que la norma no exige que se agoten las diversas formas de explotación consagradas en el tipo, bastando con la intención de aprovecharse de manera injusta de la víctima al obtener de ella servicios sobre los cuales el explotador no tiene ningún derecho. En este sentido, la materialización de la explotación es una variable que podrá o no concretarse, y el hecho de que no se concrete no significa que la conducta haya dejado de ser típica, dado que lo fundamental es la finalidad de explotar buscada por el sujeto activo⁷⁴⁵. En el mismo sentido se expresan las Naciones Unidas y el Consejo de Europa⁷⁴⁶.

En *Contra* podemos citar a la legislación alemana, en la cual los delitos de trata de personas con fines de explotación sexual (§ 232) o laboral (§ 233) requieren la efectiva explotación, constituyendo así delitos de resultado, mientras que la conducta de trata como tal se incrimina a través del delito de promoción de la trata de personas (§233a)⁷⁴⁷. De la misma opinión DAUNIS RODRÍGUEZ para quien la trata de personas es un delito de resultado material⁷⁴⁸.

742 Martínez Osorio (2008), p. 61, cita a Muñoz Conde, "*Derecho penal*", parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 291.

743 Juanes Peces (2010), p. 4.

744 Manzanares Samaniego (2010), p. 215.

745 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 34-35.

746 *Ver* United Nations (2010), p. 187 y Council of Europe (2005), número 225.

747 *Cfr.* Villacampa Estiarte (2010), pp. 834-835. Sobre la regulación conjunta que hace Alemania de la trata de personas y su explotación *Ver* Villacampa Estiarte (2011b), pp. 309-328.

748 Daunis Rodríguez (2011), p. 132.

2.2.6. Tipo de medios determinados

Dado que en el tipo penal de la trata de personas se encuentran delimitados medios de ejecución que conllevan a doblegar o anular la voluntad decisoria del sujeto pasivo podemos afirmar que nos encontramos ante un delito de medios determinados. Estos medios en el plano objetivo deben ser idóneos para invalidar la voluntad de la víctima y, en el plano subjetivo, el sujeto activo debe conocer y querer la finalidad de explotación.

Tanto los medios regulados por el tipo penal propuesto por el Protocolo contra la trata de Naciones Unidas, así como el regulado por el Código penal español en el art. 177 bis son similares. Así, el primero hace referencia a *la amenaza o 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*; mientras que el segundo menciona *la violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera*.

Mientras que el tipo penal regulado por el Código Penal salvadoreño no hace referencia a ninguno de los medios anteriormente mencionados, quizás porque el legislador salvadoreño consideró que el tratar con una persona es de por sí un delito que debe ser castigado, independientemente de cómo se consiguió el consentimiento de la víctima. Solo regula como agravante el prevalerse de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación. (Art. 367-C)⁷⁴⁹.

En el ámbito doctrinal tenemos la aportación de GUARDIOLA LAGO quien refiriéndose al tráfico de personas con anterioridad a la reforma de 2010 afirma que los medios comisivos del citado delito se caracterizan por provocar una distorsión de la libertad de decisión de la víctima, impidiéndole tomar decisiones sobre su vida, trabajo o migración⁷⁵⁰; y refiriéndose a la trata de

749 Mientras que Terradillos Basoco afirma que el actuar en situación de necesidad de la víctima, sin provocarla ni servirse de ella, recurrir a violencias gratuitas o engañar para reforzar un consentimiento previo no integran el tipo de trata de seres humanos. Terradillos Basoco (2010), p. 209.

750 Guardiola Lago (2007), p. 47.

personas PÉREZ ALONSO manifiesta que los medios comisivos son elementos esenciales e inherentes al propio concepto de esta, constituyendo el fundamento de la materia de prohibición penal, en la medida que describen el escenario característico de este fenómeno⁷⁵¹.

De hecho, este último distingue entre la trata forzada, la trata fraudulenta y la trata abusiva; siendo la trata forzada aquella que exige el empleo de violencia o de intimidación para doblegar la voluntad de la víctima y por lo cual constituye el supuesto más claro y menos problemático; la trata fraudulenta es aquella que se lleva a cabo mediante engaño, el cual es uno de los medios tradicionalmente empleados para conseguir la aceptación o consentimiento de la víctima; y la trata abusiva se refiere 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, por lo que posiblemente esta sea la modalidad que mayores problemas de determinación puede plantear por referirse a un medio de contornos más difusos, añadido al hecho de que a veces la situaciones encuadrables en este tipo de trata no son del todo claras y pueden estar muy cerca de los casos de inmigración clandestina.⁷⁵²

Asimismo, COLOMBO Y MÁNGANO hacen énfasis en la importancia de una buena interpretación sobre los medios comisivos para anular el ámbito de eficacia del consentimiento; y llaman la atención en el hecho de que los medios comisivos que enumera el tipo penal como ejemplo de una serie de vicio del consentimiento de la víctima, no todos ellos se adaptan al modo tradicional en el que se conciben los casos de voluntad viciada en la dogmática penal (como el engaño, violencia, amenaza), sino que añade otros medios como el abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad y la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una tercera persona que tenga autoridad sobre la víctima, presentándose así como “supuestos de una voluntad ya doblegada de antemano por el marco de una clara restricción de su ámbito de determinación”⁷⁵³.

751 Pérez Alonso (2008), pp. 326-327.

752 Pérez Alonso (2008), pp. 328-329.

753 Colombo y Mángano (s. f.), pp. 13-14.

De similar forma se expresa POMARES CINTAS⁷⁵⁴. Mientras que BURKE apunta que la trata puede conllevar un establecimiento de confianza inicial que desaparece casi inmediatamente, debido a que en alguna parte del proceso de trata el sujeto activo deberá utilizar la fuerza o coacciones; consecuentemente, afirma, no hay relaciones de confianza mutua en dicho proceso, siendo esto un factor diferenciador de este delito⁷⁵⁵.

Respecto al aspecto probatorio de los medios utilizados para ejecutar este delito, un sector doctrinal afirma que el hecho de que los medios comisivos hagan referencia a situaciones de abuso distintas refuerza la posición de las víctimas puesto que la carga de la prueba no recae sobre ellas, ofreciéndose así una protección más amplia a todas las víctimas, y no solo a aquellas que puedan probar que han sido forzadas⁷⁵⁶. De hecho, el exigir a la víctima la determinación de los medios comisivos dejaría fuera de la protección penal a muchas de estas. En este sentido, DE LEÓN VILLALBA manifiesta que *“junto a razones estrictamente procesales, de prueba, encontraríamos razones estrictamente humanas: someter la persecución de tales prácticas a la prueba de estos elementos implicaría un coste demasiado elevado para las víctimas que deberían constatar la presencia de tales abusos. Incluso, de no ser demostrados, las víctimas no podrían ser objeto de la protección mediante los programas creados a tales efectos”*⁷⁵⁷.

Compartimos esta postura, pero con matizaciones. Así, en primer lugar, de esta postura no debe interpretarse que en el ámbito procesal no deba procurarse demostrar la existencia de la utilización de medios comisivos; que en la práctica pueden darse a través de actos de la amedrentación; aislamiento; incomunicación física, telefónica, electrónica; inmovilidad; retención o retiro de documentos de identidad y/o viaje; encierro; agresión verbal; agresión física y lesiones; violencia sexual; agresión moral; suministro de sustancias

754 Pomares Cintas (2011) p. 133.

755 Burke (2008), p. 106.

756 Cfr. Pérez Alonso (2008), pp. 329-330; Raymond (s. f.), p. 5; y Royo (2003), p. 42. De la misma opinión es Markovich respecto a la Convención de la ONU de 2 de diciembre de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Markovich (2010), p. 4.

757 De León Villalba (2003).

psicotrópicas y alcohol; actos de intimidación; amenaza personal o a familiares; imposibilidad de arrepentirse o revocar el consentimiento dado; condiciones de riesgo a la salud y la vida; amedrentación instalando sentimientos de vergüenza o miedo; imposibilidad de solicitar ayuda a terceros; naturaleza corta y poco frecuente en las comunicaciones (en caso de haberlas); ausencia de contrato escrito o contrato con condiciones ilegales o anticonstitucionales⁷⁵⁸.

En segundo lugar, la no exigencia a la víctima de probar los medios comisivos no significa que la carga de la prueba se imponga a la parte demandada, dado que, al igual que en cualquier caso penal, la carga de la prueba está siempre en la Fiscalía, excepto cuando en la ley nacional se establezcan excepciones específicas a esta norma⁷⁵⁹.

De manera similar, aunque refiriéndose al delito de esclavitud, se expresa el Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables por serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la pasada Yugoslavia en el caso *Prosecutor vrs. Kunarac, Kovac y Vukovic*; en el cual sostiene que los factores o indicios de esclavitud incluyen el “control del movimiento de alguien, el control del entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o disuadir de escape, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coerción, la duración, la afirmación de la exclusividad, la sujeción al tratamiento cruel y el abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso”⁷⁶⁰. Tal apreciación nos parece parangonable con el delito de trata de personas.

Contra DAUNIS RODRÍGUEZ para quien el establecimiento de estos medios específicos conlleva la imposibilidad de presumir el vicio del consentimiento del sujeto pasivo, debiendo corroborarse la doblegación o disminución de su voluntad. Así, deberá probarse que se utilizó la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o necesidad o de vulnerabilidad de la víctima⁷⁶¹.

También cabe enfatizar que en las tres regulaciones en estudio se establece que en el caso de los menores de edad o incapaces no será válido

758 *Ver* Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 99.

759 *Cfr.* Naciones Unidas (2000c), párrafo 68 y United Nations (2009a), pp. 33-34.

760 TPIY, Case n° IT-96-23&, IT-96-23/1-A, parr. 119.

761 Daunis Rodríguez (2011), p. 130.

el consentimiento dado incluso cuando no hubiesen mediado ninguno de los medios descritos por el tipo. En este sentido, BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA *ET AL* afirman que esto supone un *tipo alternativo* de la trata de personas, por cuanto solo requiere que se realice la acción típica unido a la finalidad de explotación de la persona, sin necesidad de la concurrencia de medio específico alguno para lograr la captación o control sobre la persona, que en este caso debe ser menor de edad⁷⁶².

Amenazas o intimidación

Las amenazas son definidas gramaticalmente en su concepción legal como “*delito consistente en intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia*”⁷⁶³. Mientras que el CP español las tipifica como “*el que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal*”⁷⁶⁴; y el CP salvadoreño las tipifica de forma similar en su art. 154.-

En cuanto a la intimidación, la cual es un sinónimo de la amenaza, esta es definida gramaticalmente como la acción o efecto de causar o infundir miedo⁷⁶⁵; y ha sido definida jurisprudencialmente como el constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo⁷⁶⁶.

En este sentido, las amenazas o intimidaciones constituyen manifestaciones contrarias a la libertad de decisión de la víctima, y suponen actos de violencia psicológica que el sujeto activo ejerce sobre el sujeto pasivo. Así, el tratante utiliza diferentes estrategias de control para crear en la víctima un encarcelamiento real o psicológico. Las amenazas que con mayor frecuencia se realizan a las víctimas son las de causar algún mal a sus familiares. Esto hace que las víctimas se mantengan “bajo control” y no llamen o acudan a

762 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 57.

763 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=amenaza (última visita 30 agosto 2011).

764 Artículos 169-171 del Código Penal español.

765 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=intimidar (última visita 30 agosto 2011).

766 STS 439/2004.

la policía. En el caso de víctimas extranjeras, también es muy recurrente el amenazarlas con reportarlas a los servicios de migración⁷⁶⁷.

De hecho, la relación de poder existente entre el tratante y la víctima provoca que la segunda, en la mayor parte de los casos no sea capaz de dimensionar el verdadero alcance de poder del tratante, llegando incluso a convencerse de que aquél tiene posibilidades que en la realidad puede no tener, como en el caso de amenazas a familiares que se encuentran en un lugar lejano al cual el tratante realmente no tiene acceso, o la amenaza de afectar a la víctima o sus familiares por medio de rituales mágicos como la brujería o el vudú. Otro forma de intimidar a las víctimas puede ser la exhibición de tráficos de influencias y contactos que el tratante muestra frente la víctima, en especial con funcionarios públicos o la policía, lo cual inhibe también a la víctima de buscar ayuda en las instituciones públicas o estatales⁷⁶⁸.

Coacción o violencia

En su acepción gramatical la coacción es definida como “*fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo*”⁷⁶⁹. En el ámbito filosófico KANT ha manifestado acerca de la coacción que esta “*es un obstáculo o una resistencia a la libertad*”⁷⁷⁰; y en el ámbito jurídico penal el CP español, en su artículo 172, establece que comete el delito de coacciones “*El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*” y el CP salvadoreño manifiesta en su artículo 153 que “*el que por medio de violencia obligare a otro a realizar, tolerar u omitir alguna acción*” comete el delito de coacciones.

Mientras que la violencia en su concepción gramatical es definida como “*acción violenta o contra el natural modo de proceder*”⁷⁷¹; y doctrinariamente

767 Cfr. Musacchio (2004), p. 1021.

768 Cfr. Colombo y Mángano (s. f.), pp. 18-20.

769 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=coacci%F3n (última visita 31 agosto 2011).

770 Kant (1989), p. 40. (p. 229, § D p, según la numeración corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493)).

771 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=violencia (última visita 02/09/2011).

ha sido determinada como “*cualquier acto con el cual, empleando violencia sobre el cuerpo o la voluntad ajenos, se obliga a alguien, contra su propio deseo, a hacer, a omitir o a permitir que otros hagan una cosa cuya consecución no representa, respecto al autor del hecho, ninguna violación especial de la ley punitiva*”⁷⁷²; estando dentro de las manifestaciones de la violencia, la violencia física o *vis compulsiva*, que consiste en procedimientos abusivos que exigen el aprovechamiento por parte del autor de una posición de dominio sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, fragilidad personal o necesidad⁷⁷³.

Tanto la violencia como la coacción constituyen manifestaciones delictivas contrarias a la libertad de obrar⁷⁷⁴, siempre que sean idóneas para doblegar la voluntad del sujeto pasivo⁷⁷⁵. Sin embargo, ambas deben ser entendidas más allá de la fuerza física, de tal forma que deben abarcar también a la violencia o coacción psicológica e incluso económica⁷⁷⁶; por medio de las cuales el explotador ejerce sobre la víctima una presión tal que puede causarle un grave daño moral o psicológico⁷⁷⁷.

En este sentido se ha manifestado la Ley Modelo para Combatir la Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos, la cual establece que la coacción debe incluir tanto las acciones violentas como no violentas, tales como la coacción psicológica, que puede manifestarse por medio de amenazas de daños graves o restricción física contra cualquier persona; cualquier proyecto, plan o patrón con la intención de hacer que una persona crea que de no realizar un acto resultaría en un daño serio o restricción física contra cualquier persona; o el abuso o amenaza de abuso del proceso legal⁷⁷⁸.

772 Carrara (1948), p. 333.

773 Ver Pomares Cintas (2011), p. 134.

774 Cfr. Pérez Alonso (2008), pp. 328-329.

775 Cfr. Pomares Cintas (2011), p. 134.; y Terradillos Basoco (2010), p. 209.

776 Ver Abramson (2003), p. 492.

777 Ver Colombo y Mángano (s. f.), pp. 16-18.

778 United States (2003), Article I, §109. De igual forma la Ley contra la trata de personas en Nigeria establece que la fuerza o la coacción incluye la obtención o el mantenimiento, a través de actos de amenaza, de actividades laborales, de servicio u otras actividades de una persona por medio de la coacción física, psicológica o mental, o abuso de autoridad. art. 64 de la referida ley, texto citado por United Nations (2009a), p. 12.

Concretamente en el delito de trata de personas, la violencia o coacción atentan contra la libertad del sujeto pasivo, buscando vencer su oposición contra la captación, transporte o traslado de la que es objeto con la finalidad de ser posteriormente explotada⁷⁷⁹. Sin embargo, hay que tener presente que en alguno de estos momentos pueden ser manifestaciones de la voluntad personal del sujeto pasivo, resultado del engaño por parte del sujeto pasivo⁷⁸⁰; pero tarde o temprano el tratante necesitará hacer uso de la coacción o violencia para que el sujeto pasivo acceda o permita la explotación de su propia persona.

Como ejemplos de manifestación de coacción o violencia física hacia el sujeto pasivo están las golpizas, encierros, privaciones de agua y comida, violaciones singulares o grupales reiteradas, obligación a consumir drogas y alcohol, y retención de documentos⁷⁸¹; mientras que la violencia o coacción psicológica; técnicas puede manifestarse a través de estructuradas pérdidas de poder, desconexión; aislamiento⁷⁸², estallidos de violencia ilógicos e impredecibles que aterrorizan a la víctima; convencimiento de la víctima de que el criminal es omnipotente, e imposibilidad de conservar cualquier tipo de autonomía⁷⁸³, entre otras manifestaciones. Naturalmente, estas manifestaciones no deben necesariamente ocurrir de manera conjunta para que se dé la situación de coerción o violencia sobre el sujeto pasivo⁷⁸⁴.

En el ámbito procesal, para acreditar la existencia de violencia como medio comisivo, CARRARA comenta que el preguntar a la víctima si sintió miedo sería erróneo, si se hace con el prejuicio de que la consumación del delito depende de la intimidación, conseguida o no conseguida. “*Según mi opinión,*

779 Cfr. Torres Fernández (2006), pp. 8 y 14.

780 Cfr. De León Villalba (2003).

781 La retención de documentos pretende limitar la capacidad de la víctima de oponerse a una situación de explotación, sobretodo si esta es extranjera con condición migratoria irregular. Eso constituye una forma de coerción, además de aumento en la situación de vulnerabilidad del migrante. Además de ser una forma de coerción también se utiliza como amenaza para la víctima, cuando se le dice que dado a su condición irregular podría ser deportada. Colombo y Mángano (s. f.), pp. 18-19.

782 El aislamiento frecuentemente se manifiesta en las modalidades de dormir y “trabajar” bajo un mismo techo están ligados a una misma persona, para sustraer a la víctima del contacto con el entorno social. Colombo y Mángano (s. f.), pp. 18-19.

783 O’connor-Healy (2006), p. 8.

784 Cfr. Cilleruelo (2007), p. 94.

*el hecho debe ser juzgado de acuerdo con sus condiciones ontológicas, y estas deben conmemorarse en relación con las contingencias ordinarias. La víctima de la violencia puede negar, por orgullo, que ha tenido miedo, como también, por su intrepidez, puede no haberse intimidado realmente, y es cierto que no sintió gran temor, puesto que no cedió a la violencia; mas a pesar de esto, si dicha violencia era apta para atemorizar a cualquier hombre, el juez tendrá que reconocer agotadas en ella las condiciones de la violencia privada*⁷⁸⁵.

Además, en la mayoría de ocasiones, estas conductas son realizadas por redes criminales organizadas capaces de obligar a las víctimas a entorpecer el proceso probatorio. Así, a modo de ejemplo se han dado casos de videos pornográficos en los que las mujeres han sido obligadas a aparecer sonrientes o mostrando su aceptación de tal actividad⁷⁸⁶.

Engaño o fraude

El engaño es una de los medios comisivos más utilizado en la práctica para captar a las víctimas, frecuentemente a través de ofertas cuyo contenido no se corresponde con las características reales de empleo al que finalmente se va a dedicar la víctima; lo que condiciona de manera determinante la libertad electiva de esta, consiguientemente, nos encontramos ante un caso de vicio del consentimiento de la víctima⁷⁸⁷.

En su acepción gramatical se entiende por engaño a la “*falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre*”⁷⁸⁸. Mientras que el fraude, el cual es sinónimo de engaño, es definido gramaticalmente como la “*acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete*”⁷⁸⁹.

En el ámbito filosófico KANT ha definido a la mentira (*mendacium*) como “*decir algo falso intencionadamente, aunque sólo sea irreflexivamente*”.

785 Carrara (1948), p. 341.

786 Ver Colombo y Mángano (s. f.), pp. 18-20.

787 Cfr. Torres Fernández (2006), p. 14.

788 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enga%C3%B1o (última visita 03/09/2011).

789 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fraude (última visita 03/09/2011).

Sin embargo, aclara que en sentido jurídico solo debe llamarse mentira a la “*falsedad que daña inmediatamente a otro en su derecho*”; por ejemplo, el fingimiento falso de un contrato, sellado con alguien para robarle lo suyo (*falsiloquium dolsum*)⁷⁹⁰.

En el ámbito doctrinal el engaño se entiende el empleo de maniobras o estrategias idóneas para originar un error en el sujeto pasivo, de tal manera que no alcance a comprender el significado o trascendencia perjudicial para sus bienes jurídicos de aquello que de esa forma acepta⁷⁹¹. El engaño o fraude puede recaer sobre el objeto de la prestación, la naturaleza del trabajo o servicio que la víctima realizará (por ejemplo, se le ofrece un trabajo doméstico y es forzada a ejercer la prostitución); o puede recaer sobre las condiciones en las cuales la víctima realizará el trabajo o servicio (por ejemplo, se le promete un trabajo legal con residencia en un determinado país, un salario y condiciones de trabajo justas, pero en la realidad la víctima termina trabajando sin pago, durante muchas horas, siendo privada de sus documentos de identidad, y sufriendo limitaciones a su libertad ambulatoria⁷⁹².

En este sentido, como hemos visto *supra*, Naciones Unidas en su Ley Modelo contra la Trata de Personas sugiere que el engaño sea entendido como cualquier engaño mediante palabras o acciones y puede referirse a: i) La naturaleza del trabajo o servicio a ser proveído; ii) Las condiciones del trabajo; iii) La extensión con la cual la persona será libre de dejar su lugar de residencia; iv) Otras circunstancias que refieran a la explotación de la persona⁷⁹³.

Mientras que el Código Penal australiano establece que hay contratación engañosa para servicios sexuales cuando una persona, con la intención de inducir a otra persona a entrar en un compromiso a prestar servicios sexuales, engaña a otra persona acerca de:

- (a) el hecho de que la participación implica la prestación de servicios sexuales, o

790 *Ver* Kant (1989), nota al pie de la p. 49. (p. 238, § D p, según la numeración corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493)).

791 Pomares Cintas (2011), p. 134.

792 *Cfr.* López Cervilla (2004), p. 2733; Pozuelo Pérez (2005), p. 419; Daunis Rodríguez (2011), p. 131; y United Nations (2009a), pp. 12-13.

793 United Nations (2009a), pp. 12-13.

- (aa) la naturaleza de los servicios sexuales que debe proporcionarse (por ejemplo, si los servicios requerirán a la persona tener relaciones sexuales sin protección), o
- (b) la medida en que la persona es libre de abandonar el lugar o área donde la persona que ofrece servicios sexuales, o
- (c) el grado en que la persona tendrá la libertad de dejar de prestar servicios sexuales, o
- (d) el grado en que la persona es libre de abandonar su lugar de residencia;
 - (da) si hay o habrá una deuda que se alegue haber sido contraída por la persona en relación con la contratación —la cuantía, o la existencia, de la deuda existente o reclamada como existente, o
- (e) el hecho de que la participación implica la explotación, la servidumbre por deudas o la confiscación de los viajes de la persona o los documentos de identidad⁷⁹⁴.

Sin embargo, cabe enfatizar que el engaño puede revestir cualquier forma, con tal de que sea idóneo para determinar el consentimiento de la víctima⁷⁹⁵.

En el ámbito jurisprudencial, respecto a que se entiende por engaño, podemos citar a la SAP Burgos, de 29 de octubre de 2001, la cual manifiesta que el engaño responde a ardidés o uso de medios fraudulentos que determinan la obtención de un consentimiento viciado, aunque aparentemente se presta el consentimiento este se fundamenta en un error tal que le impide conocer la trascendencia y significado de la decisión adoptada⁷⁹⁶.

En la práctica el engaño es el medio más utilizado por los tratantes en la etapa de captación o reclutamiento para conseguir el consentimiento de la víctimas; así, existen numerosas sentencias que narran situaciones sobre cómo se ha engañado a las víctimas para luego explotarlas⁷⁹⁷. El engaño puede prolongarse durante todo el traslado o transporte hacia el lugar de explotación e incluso puede ser utilizado en los lugares de explotación y paulatinamente se va revelando a la víctima las verdaderas condiciones del “trabajo” que debe

794 Criminal Code Act 1995, Australia, capítulo 8/270, sección 270.7.

795 Cfr. Terradillos Basoco (2010), p. 209 y López Cervilla (2004), p. 2733.

796 Sentencia citada por Rey Martínez (2004), nota 431.

797 Ver por todas STS 550/2003 de treinta de enero; STS 1755/2003; STS 703/1998 de 5 de febrero; STS. 662/1982, de 16 de febrero y AP. de Soria 35/1998, de 24 de abril.

realizar. Además, el engaño puede combinarse con otros medios como las amenazas, intimidaciones o el abuso de una situación de vulnerabilidad⁷⁹⁸.

La mayoría de ocasiones los tratantes utilizan como métodos para engañar a las víctimas el ofrecimiento de atractivas ofertas de trabajo (como meseras, bailarinas, *bartenders*, *au pairs*, obreras, trabajadoras domésticas, modelos, entre otras) a través de agencias de colocación, agencias de viajes, empresas de entretenimiento o agencias matrimoniales, anuncios de radio, televisión o el Internet⁷⁹⁹.

Por ejemplo la Relatora Especial para los Trabajadores Migrantes, en su Reporte de 2004 documentaba que en muchos casos las mujeres eran tratadas con fines de ejercer la prostitución bajo la falsa promesa de ofertas de trabajo, sobre todo para trabajo doméstico. Asimismo reportaba que las agencias ofrecen condiciones de trabajo que cambian posteriormente, o no dan información precisa acerca del empleo que se va a desempeñar en el país de destino. Así, muchas mujeres que ya eran explotadas en el trabajo doméstico en sus países de origen continúan siendo explotadas en los países de destino⁸⁰⁰.

En el ámbito probatorio, para acreditar la comisión del engaño o fraude se puede utilizar el relato de la víctima o de allegados que puedan testificar sobre la oferta inicial para contrastarlas con las condiciones objetivas del lugar de destino; siendo irrelevante la valoración de la víctima respecto a la oferta recibida sino, la diferencia entre la propuesta originaria con la situación final⁸⁰¹.

Abuso de poder o superioridad

El abuso de poder o superioridad es también un medio comisivo característico de la trata de personas que atenta contra las posibilidades de decidir libremente, por lo cual constituye una lesión a la libertad de la víctima⁸⁰². Este abuso está basado en una desigualdad relevante de fuerzas entre víctima y victimario, o en la situación de necesidad objetiva en que se encuentra la víctima.

798 Cfr: Pérez Alonso (2008), p. 329; Colombo y Mángano (s. f.), pp. 15-16.

799 Cfr: Pérez Cepeda (2002a), p. 123; IHRLI (2005), pp. 28-30; Musacchio (2004), p. 1016.

800 United Nations (2004), p. 12.

801 Cfr: Colombo y Mángano (s. f.), pp. 15-16.

802 Cfr: Sainz-Cantero Caparrós (2002), p. 107; Torres Fernández (2006), p. 8.

En este sentido, COLOMBO Y MÁNGANO, siguiendo a D'ALESSIO, afirma que las relaciones de autoridad o jerárquicas colocan al autor en una privilegiada posición respecto de la víctima, aprovechándose de esto el autor para lograr su consentimiento. Incluso, a pesar de la inexistencia de violencia o amenazas, *“es la propia posición de preeminencia que, explotada con fines sexuales, permite la realización del acto de significado sexual al que la víctima accede por virtud de ese empleo coactivo de la relación. De ahí que ese supuesto consentimiento carezca de toda validez.”*⁸⁰³ Y en el ámbito jurisprudencial podemos citar la SAP Burgos, sala de lo penal, de 29 de octubre de 2001⁸⁰⁴, la cual establece que en el abuso de superioridad el autor del delito se encuentra en una posición preeminente frente a la víctima que se traduce en su indefensión, dependencia o inferioridad.

Sin embargo, para que esta circunstancia sea tomada como medio del delito el autor debe servirse objetiva y conscientemente de tal circunstancia de forma abusiva, esto es, de forma injusta o indebida⁸⁰⁵. También hay que tener en cuenta que el autor debe ser alguien distinto de los sujetos enunciados en las circunstancias agravantes, es decir, aquellos que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público; jefes, administradores o encargados de organizaciones o asociaciones que se dedicasen a la realización de actividades de trata de personas⁸⁰⁶. Esto último a fin de evitar la doble penalización.

De igual forma, TAZZA-CARRERAS añaden que el abuso de autoridad debería provenir de un tercero ajeno a las relaciones personales o familiares (por ejemplo, un tío de la víctima u otro pariente)⁸⁰⁷. Así se expresa la regulación salvadoreña que aunque no establece la utilización de medios específicos para la ejecución de la trata de personas, sí que regula como agravantes del delito el hecho de que sea realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o

803 Colombo y Mángano (s. f.), pp. 20-21.

804 Sentencia citada por Rey Martínez (2004), nota 431.

805 Cfr. Terradillos Basoco (2010), p. 209; Tazza-Carreras (2008), p. 3; López Cervilla (2004), p. 2733; y Serrano-Piedecasas (2002).

806 Ver Tazza-Carreras (2008), p. 3.

807 Ver *Ibid.*

cualquier otra relación; o por empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.

Vulnerabilidad.

El abuso de una situación de vulnerabilidad es uno de los medios habituales para concretar y mantener las relaciones de servilismo y esclavitud, a la vez que es uno de los más difíciles de elaborar dado que es un concepto un tanto difuso, además de novedoso, como elemento de un tipo penal⁸⁰⁸.

Respecto al concepto de vulnerabilidad, gramaticalmente es definida como la “*cualidad de vulnerable*”, esto es “*que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*”⁸⁰⁹. En el ámbito de organismos internacionales, en los *travaux préparatoires* de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se afirma que la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata⁸¹⁰.

Posteriormente, en la Ley Modelo propuesta por el mismo organismo, se sugiere como definición legislativa: “*Abuso de una condición de vulnerabilidad significa que el autor cree que las víctimas no tienen una alternativa razonable a someterse al trabajo o servicio por él demandado, e incluye pero no está limitado: tomar ventaja de las vulnerabilidades resultantes de la persona que ingresa ilegalmente al país o sin la documentación apropiada, de un embarazo o cualquier enfermedad o discapacidad física o mental de la persona, incluyendo adicciones al uso de alguna sustancia, o capacidad reducida de formar juicios en virtud de ser un niño*”⁸¹¹. Esta misma definición es propuesta por la Ley Modelo para combatir la trata de personas, emitida por el Departamento de Estado de Estados Unidos⁸¹².

808 Cfr. Colombo y Mángano (s. f.), p. 22..

809 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=vulnerable (última visita 05 septiembre 2011).

810 Naciones Unidas (2008), p. 364.

811 United Nations (2009a), pp. 9-10.

812 United States (2003), Article I, §108.

Concluyen COLOMBO Y MÁNGANO que la vulnerabilidad cumple una valiosa función en el texto normativo válida para reducir lagunas de impunidad respecto de conductas que claramente afectan al bien jurídico, entendiendo a la vulnerabilidad como las *“especiales dificultades para rechazar la explotación a la cual las personas son sometidas”*⁸¹³.

En el mismo sentido, la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas propone definir el concepto de vulnerabilidad como la *“condición que resulta de la forma en que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades”*⁸¹⁴. De igual forma, el Consejo de Europa define a la vulnerabilidad, en el contexto de la trata de personas, como parte de la coerción y como resultado de una situación administrativa precaria o ilegal⁸¹⁵.

Y otras legislaciones de la zona europea definen al abuso de una situación de vulnerabilidad como *“el aprovechamiento de la situación particularmente vulnerable en la que se coloca al extranjero como resultado de la situación administrativa ilegal o insegura, el embarazo, enfermedad, invalidez o una incapacidad física o mental”* (Bélgica)⁸¹⁶; *“Sacar provecho de una situación de inferioridad física o psicológica o de una situación de necesidad”* (Italia)⁸¹⁷; *“Especial estado en el que se encuentra una persona de tal manera que él / ella es propenso a ser abusado o explotado, sobre todo debido a: a) Su precaria situación desde la perspectiva de la supervivencia social; b) La situación condicionada por la edad, embarazo, enfermedad, invalidez, física o deficiencia mental; c) Su precaria situación debido a la entrada o permanencia ilegal en el país de tránsito o destino.* (República de Moldova)⁸¹⁸

813 Colombo y Mángano (s. f.), p. 22.

814 United Nations (2008), pp. 88-89.

815 Consejo de Europa (2000), p. 26.

816 Ley para combatir la trata de seres humanos la pornografía infantil, de 13 de abril de 1995, art. 77 bis (1) 2). Esta definición es criticada por Maqueda Abreu ya que considera que en el código penal belga se establece la equiparación entre ilegalidad y vulnerabilidad, asimilando el abuso de una situación particularmente vulnerable a la que se encuentra el extranjero en una situación administrativa ilegal o precaria. Maqueda Abreu (2009b), p. 1248.

817 Código Penal Italiano, art. 601.

818 Ley de Prevención y Combate de la Trata de Seres Humanos No. 241-XVI, 20 octubre 2005, art. 2, número 10).

Mientras que en la CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, de 2008, se propuso que “*se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*”⁸¹⁹.

También se ha establecido que hay factores sociales, económicos y políticos, tanto individuales como externos, que contribuyen a la vulnerabilidad de las personas para ser víctimas de trata. Así, entre los factores individuales podemos mencionar la pobreza, la falta de estabilidad económica, la edad, la falta de alfabetización o bajo nivel escolar, haber sido anteriormente víctima de abuso físico, sexual o trata, familia desintegrada, sin techo, abuso de drogas, o pertenecer a pandillas, entre otros. Mientras que los hechos globales externos que contribuyen a la vulnerabilidad de las personas son la desigualdad de género, las múltiples formas de discriminación, la globalización, la pobreza, el racismo, la migración, instituciones políticas débiles, la existencia de mafias de trata y de la demanda de la prostitución, entre otros factores⁸²⁰.

En este sentido, Rosi añade que el abuso de situación de vulnerabilidad debe incluir a los estados de minoración psíquica y las situaciones de subdesarrollo socio-cultural personal, y que no debe deducirse simplemente del estado de pobreza o de necesidad de la persona⁸²¹; mientras que ZAFFARONI, en su teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad, desarrolla la proclividad de ciertos sectores sociales a caer en las redes del poder punitivo que actúa selectivamente asociado a características sociales y estereotipos⁸²².

Por otra parte, en el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo español ha enumerado como ejemplos de situación de vulnerabilidad la realidad que enfrenta el inmigrante que no dispone de documentación que le permita residir legalmente en el país, y que en algunos casos se puede ver

819 CJI (2008), pp. 5-6.

820 *Cfr.* O’connor-Healy (2006), pp. 6-7; IHRLI (2005), p. 28; Anderson (2008), pp. 120-121.

821 Rosi, E. *La trata di esseri umani e il traffico de migranti*. p. 1990; citado por Guardiola Lago (2007), p. 48.

822 Zaffaroni, E.R.-Alagia, A.-Slokar, A. (2000) *Derecho Penal Parte General*. Ediar, Buenos Aires, Capítulo 2.3.; citado por Colombo y Mángano (s. f.), p. 22.

añadido el contexto de aislamiento derivado de la juventud y desconocimiento del idioma de la víctima; dependiendo, por lo tanto, de quienes explotan su situación⁸²³. Asimismo, insta al legislador -incluido el penal- a velar por incriminar las conductas de aquellas otras personas, que aprovechándose del deseo de migrar, intenten sacar beneficio ilícito propio, en contra de los flujos regulares organizados administrativamente⁸²⁴.

Sin embargo, el hecho de que una persona cuente con alguna de estas características no significa necesariamente que podemos acreditar sin más el abuso de una situación de vulnerabilidad, en tanto y cuanto el hecho de poseer alguna de estas características no hace a la gente en general vulnerable a la trata de personas. Por lo tanto, deberá tenerse en cuenta la situación particular de la víctima y analizar el contexto económico y político en el que se realiza el abuso de la situación de vulnerabilidad, dado que algunas características son más prominentes según el contexto geográfico, cultural y económico en el que se encuentre la víctima⁸²⁵. En definitiva, se prueba la vulnerabilidad de víctima cuando se demuestra que no tenía otra alternativa que aceptar la oferta ofrecida por el tratante.⁸²⁶

Así, uno de los errores más frecuentes a la hora de establecer la vulnerabilidad de las víctimas de trata es creer que el género toma un papel determinante. Y esto se debe, quizás, a que muchos de los documentos que se refieren a la trata de personas hacen especial referencia sobre la vinculación del género con este delito, dando la sensación de que las mujeres son más tratadas que los hombres. Sin embargo, existen también reportes que afirman que alrededor del 58% de las personas jóvenes víctimas de trata son mujeres y el 42% son hombres⁸²⁷. Así, a pesar de que si existe una diferencia entre la cantidad de mujeres y hombres víctimas de trata, esta diferencia no es tan grande como se ha llegado a considerar.

823 Ver las sentencias STS 550/2003; STS nº 1490/2005; STS nº 1465/2005 y STS 6968/2006; STS 191/2007; STS 380/2007; STS 484/2007; STS 96/2008; STS 823/2007; STS 126/2008; STS 127/2008. Esta posición jurisprudencial es criticada por Maqueda Abreu, para quien esta es una muestra muy significativa de la inmensa carga ideológica y manipuladora que encierra este discurso de la vulnerabilidad. Maqueda Abreu (2009b), pp. 1248-1249.

824 Ver STS 6964/2006, II. Fundamentos de Derecho, Cuarto.

825 Cfr. Anderson (2008), pp. 120-121.

826 Cfr. King (2008), p. 89.

827 Ver Anderson (2008), pp. 120-121.

También es frecuente aseverar que la condición de migrante es un factor que determina la especial vulnerabilidad a situaciones de explotación, debido a que la condición de migrante coloca a la persona en un grado inferior de poder frente a un nuevo contexto geográfico, social, cultural y legal. De hecho, COLOMBO Y MÁNGANO llegan a aseverar que el migrante se encuentra en una posición tan especial, cuya sola acreditación constituye un indicio rotundo respecto de la situación de vulnerabilidad⁸²⁸. Sin embargo, al igual que en el caso de las mujeres, consideramos que deberá estudiarse cada caso en concreto, pues no todos los migrantes por el simple hecho de serlo, son vulnerables a la trata de personas.

En este sentido, crítica MAQUEDA ABREU que el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas se ocupó de crear confusión en este aspecto al declarar como pretensión el convertirse en el primer instrumento universal que abordara el problema de *“las personas vulnerables a la trata”*, siguiendo una política criminal propia del proceso globalizador y bajo el *efecto perturbador* de las miradas *tan ingenuamente coloniales*⁸²⁹. Asimismo, apunta, estos viejos mitos sobre la vulnerabilidad aumentan en el caso de las mujeres inmigrantes, como consecuencia de los nuevos “Estados de desorden” que han provocado la globalización del capital, y que oculta prejuicios étnicos, de clase y de género, frente a la temida autonomía de las mujeres, especialmente su autonomía sexual. *“Bajo ella, se silencia las raíces económicas, legales, sociales y políticas de una inmigración legítima, que buscan ser ignoradas a toda costa. Las verdaderas perdedoras son las mujeres, en la medida en que quedan a merced de pánicos populares –como “esclavas sexuales” –y de la falta de reconocimiento de su capacidad de agencia, y de la realidad de sus proyectos emancipadores”*⁸³⁰.

Por otra parte también podemos aseverar que el abuso de una situación de vulnerabilidad puede presentarse tanto en el momento de la captación, del transporte, recepción o acogida. En este sentido, en el momento de la captación o reclutamiento, el abuso de la situación de vulnerabilidad puede darse al aprovecharse del contexto de pobreza en el que vive la víctima; en el momento de la recepción o acogida se puede dar el abuso de una situación

828 Colombo y Mángano (s. f.), p. 22.

829 Maqueda Abreu (2009b), pp. 1247-1248.

830 Maqueda Abreu (2008), pp. 79-91; Ver también Maqueda Abreu (2003b), p. 4.

de vulnerabilidad al aprovecharse de la situación de pobreza y deudas preexistentes de la víctima, o aprovecharse de las adicciones de la víctima (drogas, alcohol, etc.)

Debe hacerse mención, al igual que lo hemos expresado con los anteriores medios comisivos, que el autor debe tener el conocimiento de la vulnerabilidad de la víctima y aprovecharse de esta de manera objetiva. Además, esta vulnerabilidad debe ser suficiente como para doblegar la voluntad de la víctima. Aun así, no es necesario probar que la víctima era consciente de su vulnerabilidad, bastando con que esta condición sea conocida por el sujeto activo y la utilice intencionadamente con fines de explotación⁸³¹.

No obstante, también es cierto que este medio comisivo es, quizás, el que mayores problemas de determinación puede plantear, dado que es un concepto jurídico indeterminado, con contornos difusos y situaciones poco claras⁸³². Así, como bien manifiesta LAURENZO COPELLO, este medio comisivo está unido *“a la visión victimizada del inmigrante que hoy prevalece en el imaginario colectivo de los países hegemónicos, fácilmente puede desembocar en interpretaciones muy laxas que identifiquen cualquier desequilibrio económico, social o cultural... con una situación de vulnerabilidad, lo que se traduciría una vez más en el desconocimiento de la capacidad de decisión y raciocinio de quienes emigran por razones económicas”*, por lo cual concluye que no le parece conveniente incluir como medio comisivo una cláusula tan genérica y relativa⁸³³

También, esta indeterminación del concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad hace que en la práctica no sea valorada dentro del análisis de la tipicidad, dado que solo se descarta la utilización de medios más palpables como la violencia o las amenazas, lo que lleva a concluir apresuradamente, que las víctimas han dado su consentimiento⁸³⁴.

Por estas razones, Naciones Unidas en su Ley Modelo recomienda incluir en la ley penal una definición de este medio comisivo, basándose en el

831 Cfr. Colombo y Mángano (s. f.), p. 22.; United Nations (2009a), pp. 9-11.

832 Cfr. Pérez Alonso (2008), p. 330.; Torres Fernández (2006), p. 14.

833 Lorenzo Copello (2009), pp. 1167 -1168.

834 Cfr. Colombo y Mángano (s. f.), pp.22 y 28.

sujeto activo y su intención de tomar ventaja de la situación de la víctima dado que en la práctica su aplicación genera muchos problemas⁸³⁵.

Concesión de pagos o beneficios a terceros

La concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra entraña la reducción de la víctima en un objeto sobre el cual terceras personas ejercen un atributo de propiedad. Así, quien ofrece el pago o concede el beneficio, está, literalmente comprando a la víctima, lo cual demuestra la estrecha vinculación de la trata de personas con el concepto tradicional de trata de esclavos. En este sentido, es frecuente el encontrar casos en los que los padres han entregado a sus hijos o hijas adolescentes para que trabajen, en el ejercicio de la prostitución, a cambio de una contraprestación monetaria. Sin embargo, esta modalidad no se reduce a los casos de las víctimas menores de edad dado que también puede darse en países de arraigadas costumbres machistas en los cuales sea normal la dominación del hombre sobre la mujer, pudiendo consentir el cónyuge de la víctima la explotación de la mujer a cambio de un pago o beneficio⁸³⁶.

Esta modalidad comisiva es propia de la etapa de captación aunque esto no exceptúa que pueda prolongarse durante la etapa de acogimiento e incluso durante la explotación, puesto que existen casos en los que los pagos a los padres se realizan de forma regular⁸³⁷.

Sin embargo, este medio comisivo que ha sido regulado por el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata, no ha sido incorporado ni por la legislación salvadoreña ni por la española en sus respectivas tipificaciones de la trata. Esto se deba, quizás, a que la doctrina considera que dicha modalidad por considerar que esta modalidad es vaga⁸³⁸; o podría considerarse como un caso específico de abuso de autoridad o de abuso de una situación de superioridad de la persona que consiente sobre la práctica esclavista de otra que está bajo su esfera de poder⁸³⁹.

835 United Nations (2009a), pp. 9-11.

836 Cfr: Colombo y Mángano (s. f.), p. 22; y Pérez Alonso (2008), p. 330.

837 Colombo y Mángano (s. f.), p. 22.

838 Abramson (2003), p. 477.

839 Pérez Alonso (2008), p. 330.

2.2.7. *Circunstancias de tiempo y lugar.*

En cuanto a la exigencia de que la acción se realice en un momento o en un lugar determinado, el tipo no exige nada en específico respecto al tiempo de realización de la acción, pero si hace referencia respecto al lugar, debido a que la actividad tipificada tiene por objeto el movimiento o desplazamiento de personas de un lugar a otro. Sin embargo, no se exige que dicho desplazamiento incluya el cruce de fronteras, castigándose de esta forma tanto la trata interna como externa⁸⁴⁰.

En este sentido, en el caso de la legislación española se exige que el desplazamiento se realice en conexión con España, es decir, en “*territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella*”. Esta conexión hace, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO, que el delito adquiera *un cierto componente transnacional*, pero siempre con el territorio español como denominador común⁸⁴¹.

Así, la expresión “*desde*” España se refiere a la acción de desplazar a una persona que se encuentra establecida en el país con destino a otro país: la expresión “*en tránsito*” se refiere a la entrada en España de personas procedentes de otro país con la intención de cruzar el territorio teniendo como destino final un país distinto de España. En este caso España serviría como país “puente” o de enlace entre ambos; y la expresión “*con destino*” a España se refiere a los supuestos de entrada a este país con pretensiones de permanencia, esto es cuando España es el destino final⁸⁴².

Sin embargo, el establecimiento de esta exigencia concreta también ha recibido críticas. Así, TERRADILLOS BASOCO crítica que la alusión a este marco geográfico en el tipo penal español “*nada añade en un precepto que, como recuerda la Exposición de Motivos, castiga formas de delincuencia ‘nacionales o transnacionales’*”⁸⁴³. En esta dirección, ARROYO ZAPATERO, apunta que si bien con esta exigencia específica se permite castigar no solo a españoles que cometan estas infracciones en el extranjero, sino a cualquier

840 Cfr. Daunis Rodríguez (2011), p. 130; Pérez Alonso (2008), p. 324.

841 Manzanares Samaniego (2010), p. 215.

842 Cfr. Pérez Alonso (2008), pp. 417-424; Rodríguez Mesa (2001), p. 66.

843 Terradillos Basoco (2010), p. 208.

autor con indiferencia de su nacionalidad —lo que es un efecto más amplio que el principio de personalidad activa— por otra parte deja sin castigo a cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, como derivaría del principio de justicia universal, siendo perseguibles solamente las acciones cometidas en el extranjero que vayan a terminar repercutiendo dentro de España. Esto convierte a la trata de personas en “*una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal*”⁸⁴⁴. No obstante, esto puede tener su explicación en las últimas posturas tomadas por España respecto al principio de justicia universal en la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

De hecho, VILLACAMPA ESTIARTE apunta que la aplicación del principio de justicia universal a los casos de trata, únicamente podrán darse en la medida en que la trata en el caso concreto sea a su vez un supuesto de tráfico ilegal o inmigración clandestina regulado en la letra f) art 23.4 LOPJ; o en aquellas escasas ocasiones en que nos hallemos frente a un supuesto de trata que se considere debe ser perseguido por el Estado español conforme a los tratados y convenios internacionales, conforme dispone el art. 23.4 h) LOPJ-, dando con ello cumplimiento parcial a las posibilidades de aplicación extraterritorial de la ley penal convenidas⁸⁴⁵.

De igual forma VILLACAMPA ESTIARTE crítica la exigencia de que el traslado tenga que estar relacionado en alguna forma al territorio español, dado que esto no concuerda con las definiciones de trata manejadas a nivel internacional en el concepto de trata de personas manejado a nivel internacional. Busca la justificación a este desatino legislativo en la probable intención del legislador de clarificar que en el tipo caben tanto los supuestos de trata interna como externa. Sin embargo, la referencia geográfica le resulta distorsionadora.

En este sentido, añade que “*la relevancia penal de la conducta nunca se hace depender de que la misma implique traslado relacionado con el territorio de un determinado Estado, por más que la competencia de los respectivos Estados generalmente se hará valer sobre la base de principio de territorialidad, en supuestos en que la conducta típica se haya cometido cuanto*

844 Arroyo Zapatero (2001), p. 41.

845 Villacampa Estiarte, C. (2010), pp. 841-842; (2011b), pp. 412-413.

menos parcialmente en el territorio del Estado que afirma su competencia. En este aspecto, la regulación española no sigue los dictados internacionales"⁸⁴⁶.

Hace especial referencia a la laguna punitiva que resultaría en el caso de que un nacional español fuese víctima de este delito en un traslado que se efectúe fuera de las fronteras de España y que no tuviese ni como destino, ni como punto de partida, ni como territorio de tránsito a este país. Así, además de la competencia en territorio nacional, los Estados deben ampliar su competencia a los supuestos de trata en que el autor sea uno de sus nacionales (principio de personalidad activa) o un apátrida con residencia habitual en su territorio; y aquellos otros supuestos en que la víctima sea uno de sus nacionales (principio de personalidad pasiva), así como a los supuestos en que la infracción sea cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. Por la manera en que actualmente se configura la trata de personas en España, estos casos no serían constitutivos de delito⁸⁴⁷.

Concordamos con todas estas críticas. Nos parece que no era necesario establecer la exigencia de conexión del territorio español con el desplazamiento de la víctima. Tal como lo han hecho el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata, o la legislación salvadoreña, basta con dejar claro que debe haber una intención de desplazar al sujeto pasivo, sin importar si este se lleva a cabo dentro o fuera del país. Tal es el caso de la tipificación salvadoreña que exige que las acciones de captar, transportar, trasladar, recibir o acoger se realicen tanto *dentro o fuera del territorio nacional*, pero sin exigir que estas acciones sean finalmente realizadas en o con destino a El Salvador⁸⁴⁸.

2.2.8. Delito de lesión

La mayor parte de la doctrina concuerda con que la trata de personas es un delito de peligro abstracto ya que esto refleja el reproche ante la existencia de cualquier tipo de manifestación criminal de comercio de personas, así como la existencia de personas que se dediquen a este delito; y en el ámbito procesal representa la ventaja de poder perseguir y judicializar a los tratantes sin que

846 *Ibid.*

847 *Ver Ibid.*

848 *Cfr. Martínez Osorio (2008), p. 53.*

sea necesario que la víctima interponga una denuncia o demanda. Asimismo, conlleva la imposibilidad de apreciar el desarrollo imperfecto del tipo, alcanzándose la consumación con la realización de las conductas típicas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo ni que la víctima haya efectivamente salido, entrado o transitado por territorio español⁸⁴⁹.

Esto a pesar que en la moderna Ciencia del Derecho penal existe una tendencia a exigir que en los delitos de peligro abstracto se admita la prueba de que en el caso concreto no se dio el peligro de un bien jurídico, pues de no ser así, se comprenderían en el tipo conductas que no son materialmente antijurídicas, infringiéndose el principio de legalidad o se produciría un menoscabo de la seguridad jurídica. Por lo tanto, debería considerarse que en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro. Pero la exigencia de un resultado de peligro, de un peligro concreto de un bien jurídico, para la realización del tipo de los delitos de peligro abstracto sería contraria a la ley. Se produciría una nivelación de los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto⁸⁵⁰.

En similar sentido se ha manifestado la jurisprudencia española, aunque con respecto a la legislación penal anterior a la reforma de 2010. Así, la STS 7378/2005 manifiesta respecto del entonces tráfico de personas que este es un delito de *peligro abstracto* a través del cual se pretende aseverar el “*respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando [...] que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente*”⁸⁵¹; y en la STS 703/1998, la cual hace referencia a los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas, afirma que este delito “*surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura mundial de nuestro tiempo*”⁸⁵².

849 De esta opinión Pérez Alonso (2008), pp. 327, 373-374; De León Villalba (2003), p. 256; Serrano-Piedecabras (2002), pp. 333 y 336; Rodríguez Mesa (2001), p. 76; Rodríguez Montañés (2001), p. 2; Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), nota 44, Palomo del Arco (2001).

850 Ver Cerezo Mir (2005), pp. 111-112.

851 STS 7378/2005 de veintidós de noviembre, II. Fundamentos de derecho, séptimo.

852 STS 703/1998 cinco de febrero, II. Fundamentos de derecho, número 5. Ver también SAP

Asimismo, el afirmar que la trata es un delito de peligro abstracto conllevaría que si durante el desarrollo de algunas de las etapas de trata se lesionase efectivamente otro bien jurídico —como sufrir lesiones o privaciones de libertad— esto derivaría en la aplicación de las reglas generales relativas al concurso de delitos; o a la aplicación de circunstancias agravantes, si fuere el caso⁸⁵³.

Por otra parte, otro sector doctrinal afirma que el delito de trata de personas es de *peligro concreto*, debido a que el riesgo de explotación debe ser inminente y próximo, y porque tiene la potencialidad de ocurrir de un momento a otro; además, este riesgo de explotación debe ser efectivo y real, por lo tanto, la situación de ataque efectivo hace que el delito derive en un resultado de peligro⁸⁵⁴. Mientras que otra parte de la doctrina toma una postura ecléctica, al considerar que el tipo se configura como un delito de peligro abstracto-concreto o hipotético que adelanta en estos supuestos las barreras de protección, produciéndose así, una consumación anticipada⁸⁵⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, la trata de personas es un delito de lesión del bien jurídico individual, dado que cada acto típico de trata tiene capacidad objetiva de causar y consumir la lesión de los bienes jurídicos protegidos en este delito. Así, se lesiona directamente la libertad en la medida en que esta queda vulnerada mediante la utilización de los medios típicos (coacciones, violencia, amenazas, etc.), al igual que se lesiona de forma directa la integridad moral de la víctima al realizarse los verbos típicos con la finalidad de explotación, lo que supone una mercantilización y cosificación de la persona y, por lo tanto, un trato degradante⁸⁵⁶.

Consecuentemente, si durante el desarrollo de algunas de las etapas de trata se lesionase efectivamente otro bien jurídico esto traería como consecuencia la aplicación de las reglas generales relativas al concurso de delitos, o como en el caso del tipo penal salvadoreño, la aplicación de circunstancias agravantes, según fuere el caso.

de Málaga núm. 15/2001, de 13 de marzo.

853 Cfr. Villacampa Estiarte (2010), pp. 838-839; Martínez Osorio (2008), pp. 56-57.

854 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 30 y 35. En el mismo sentido, Pérez Cepeda, aunque refiriéndose al antiguo delito de tráfico de personas con el fin de la explotación sexual. Pérez Cepeda (2005), p. 117.

855 Pérez Cepeda (2004), pp.170, 176 y 178. García España/Rodríguez Candela (2002), p. 741.

856 Cfr. Pérez Alonso (2008), p. 382.

Sin embargo, esto no impide afirmar que la trata de personas pretende conjurar el peligro para otros bienes jurídicos en los cuales se concreta la explotación del ser humano, este peligro, constituye la *ratio legis* que indujo al legislador a crear la figura delictiva. En este sentido, el hecho que se castiguen aquellas conductas que anteceden a la explotación del sujeto pasivo—adelantando así la barrera de protección penal— sin que sea necesario que esta explotación se lleve a cabo⁸⁵⁷, o que concurra un peligro concreto de producción efectiva de la explotación, conduce a la afirmación de peligro abstracto para dichos posteriores bienes jurídicos en los que se concreta la explotación. Esta afirmación también conduce a la necesidad de considerar que tal peligro se presuma de *iuris et de iure*, y, por lo tanto, este peligro no es un elemento del tipo.

2.2.9. Sujeto activo

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona (física e incluso jurídica), no siendo necesario que reúna una cualidad o condición especial, bastando con que realice la conducta típica; por lo tanto, se trata de un delito común. De la misma forma, el sujeto activo puede realizar uno o varios de los verbos rectores del tipo penal, de forma y con significación alternativa. Sin embargo, en la práctica lo más frecuente es que el sujeto activo no realice solo la conducta puesto que esta manifestación delictiva suele requerir de otros sujetos o coautores para acordar una división en de funciones⁸⁵⁸.

En este aspecto concuerda la doctrina⁸⁵⁹ y la jurisprudencia. Como ejemplos de la segunda podemos citar a la sentencia Audiencia Provincial Álava núm. 158/2003⁸⁶⁰ y la sentencia Audiencia Provincial Cádiz núm. 58/1999⁸⁶¹; las cuales refiriéndose al entonces delito de inmigración clandestina de trabajadores a España con fines de explotación laboral establecían que este

857 Cfr. Maqueda Abreu (2002b), p. 445.

858 Cfr. Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 30.

859 Ver por todos: Daunis Rodríguez (2011), p. 131; Pérez Alonso (2008), pp. 384-385; López Cervilla (2004), p. 2757.

860 (Sección 1.ª), de 10 octubre, ARP 2003/744, sentencia citada por López Cervilla (2004), p. 2757.

861 (Sección 6.ª Ceuta), de 9 junio, ARP 1999/3565, sentencia citada por López Cervilla (2004), p. 2757.

“se trata de un tipo general y no especial por razón del autor, puesto que puede cometerlo cualquier persona, sin que concurra una condición especial.”

Autoridad, agente de esta o funcionario público

Hay una situación en la cual el delito de trata de personas se convierte en un delito especial, al requerirse que el sujeto activo reúna determinadas cualidades, a saber, la de autoridad, agente de esta o funcionario público, en el caso de España; o la de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública, agente de autoridad o agente de la Policía Nacional Civil, en el caso de El Salvador. Al ser un delito especial con una figura delictiva común paralela, sería un delito especial impropio.

Esta cualidad especial del sujeto activo está regulada como una circunstancia agravante tanto en el tipo penal español como salvadoreño, fundamentándose por una parte en castigar al que utiliza las ventajas del cargo para ejecutar el delito con menor riesgo o mayor facilidad y por otra, porque esto supone una infracción de los deberes especiales derivados de su posición⁸⁶². Naturalmente la aplicación de esta agravante excluye la apreciación de la agravante de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable regulada por el artículo 22. 7 del CP español.

En cuanto a la definición de autoridad, esta es entendida gramaticalmente como “*poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho*”⁸⁶³; mientras que el art. 24 del CP español establece que a efectos penales se reputará autoridad “*al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia*”. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. El art. 39 del CP salvadoreño establece una definición similar a la establecida por el CP español.

862 López Cervilla (2004), p. 2742 y 2743 Nota 171 Pérez Cepeda, *op. cit.*

863 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=autoridad (última visita 07 septiembre 2011).

Respecto a la definición de agente de autoridad, esta no cuenta con definición en el CP español, sin embargo existe un concepto normativo penal consolidado en la doctrina jurisprudencial que lo asocia a la condición de «*funcionarios de derecho o de hecho que tiene como misión ejecutar las decisiones o mandatos de la autoridad*»⁸⁶⁴; mientras que el CP salvadoreño establece que los agentes de autoridad son los agentes de la Policía Nacional Civil⁸⁶⁵.

Mientras que por funcionario público se entiende gramaticalmente que es la “*persona que desempeña un empleo público*”⁸⁶⁶; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional entiende por funcionario público a la “*persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función*”⁸⁶⁷. Basándose en esta última definición la Ley Modelo contra la Trata de Naciones Unidas⁸⁶⁸ propone que se entienda por funcionario público:

- (i) Cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado o no, independientemente de la antigüedad de esa persona;
- (ii) Cualquier otra persona que desempeñe una función pública, incluso para una agencia pública o empresa pública o preste un servicio público.

Por su parte, el CP español establece que se considerará funcionario público “*todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”⁸⁶⁹ y el CP salvadoreño los funcionarios públicos son “*todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos*”⁸⁷⁰.

864 Conde-Pumpido Tourón (2003).

865 Art. 39, número 4 CP salvadoreño.

866 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=funcionario (última visita 07 septiembre 2011).

867 Artículo 8 de la citada Convención.

868 United Nations (2009a), p. 19.

869 Art. 24, número 2 del CP español.

870 Art. 39, número 1 del CP salvadoreño.

Finalmente el CP salvadoreño define a los empleados públicos y municipales como “*todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico*”⁸⁷¹.

Sin embargo, hay que tener presente que no será suficiente con que el sujeto activo cuente con este carácter especial, siendo también necesario que haga uso de su condición pública para cometer el delito. No obstante, no se pide que el sujeto activo tenga funciones específicas relacionadas con la captación, transporte, traslado, recibimiento o acogida de personas, bastando con que aproveche su cualidad de funcionario, aunque no sea dentro de la actividad que le es inherente, a fin de conseguir el propósito de explotación⁸⁷².

Obviamente, en el caso de que el sujeto activo que ostente la cualidad especial actúe en grupo, la agravación solo puede aplicarse sobre este, no siendo procedente al resto de coautores o partícipes en el delito, al menos que también concurrese la condición de especial de autoridad o funcionario público.

Pertenencia a organizaciones o asociaciones de crimen organizado

En la práctica la trata de personas es realizada mayormente a través de redes u organizaciones que actúan de forma transnacional y que siguen estructuras jerarquizadas con diferentes niveles de mando, con células operativas individualizadas, con alto grado de autonomía y estructuras más flexibles, heterogéneas en cuanto a la composición de sus miembros⁸⁷³, todo esto con la finalidad de facilitar y “rentabilizar” las “ganancias” obtenidas de la ejecución de este delito⁸⁷⁴.

Por esta razón, tanto en la legislación española como salvadoreña, se ha dirigido a castigar al sujeto activo que ejecute el delito valiéndose de una organización o asociación de crimen organizado, mostrando así el reproche

871 Art. 39, número 3 del CP salvadoreño.

872 Cfr. Iglesias Canle (2006), p. 20; López Cervilla (2004), p. 2742-2743.

873 Miembros que en muchos casos, son militares de formación y con amplia experiencia en el tráfico de armas, alcohol, tabaco, drogas, falsificación de documentos, y que adaptan sus procedimientos a la trata de personas como negocio. De León Villalba (2006b), p. 168.

874 Cfr. De León Villalba (2006b), p. 168; Maqueda Abreu (2003a), pp. 70-71; Maqueda Abreu (2003b), p. 8.

penal hacia la acción constitutiva de un mayor desvalor de la acción (injusto). En efecto, de ese modo la acción típica adquiere una mayor peligrosidad en la medida en que la utilización de una organización criminal favorecerá la lesión de los bienes jurídicos⁸⁷⁵.

Sin embargo, a pesar que tanto la legislación española como salvadoreña castigan al sujeto activo que comete el delito dentro de una organización criminal, ambas se refieren de manera diferente respecto a la pena correspondiente. Así, en el caso de España, la tipificación de la trata pretende criminalizar autónomamente el delito al no relacionar al tipo básico con la criminalidad organizada, siendo esta relación una causa de agravación del tipo penal. Mientras que en la legislación salvadoreña se incluye en el tipo básico la realización de la conducta típica ya sea por el sujeto activo por sí o como miembro de una organización nacional o internacional, recibiendo en ambos casos la misma pena.

En cuanto a que debemos entender por *crimen organizado* ABADINSKY lo define como “*empresa no ideológica que implica a un número de personas con estrecha interacción social, organizados en un base estructurada con diferentes niveles/grados con el propósito de asegurar beneficios y poder mediante la participación en actividades legales e ilegales*”⁸⁷⁶.

Respecto a las *organizaciones criminales*, estas se caracterizan por tener una fuerte jerarquía interna, con división de funciones y amplios terrenos de actuación, sirviéndose de coberturas legales para realizar las operaciones de trata, tales como agencias artísticas, de colocación de personal doméstico, matrimoniales o turísticas, utilizando contactos e infiltraciones en las estructuras sociales, políticas y económicas en los lugares de origen de las mujeres a las que captan y explotan. Sin embargo, no es necesario que estas organizaciones estén reconocidas legalmente, pudiendo ser también de carácter ilícito. Así, las organizaciones criminales deben las dos condiciones básicas: la permanencia en el tiempo y la existencia de una estructura⁸⁷⁷.

875 Cfr. Burke (2008), p.105.; Martínez Osorio (2008), p. 53; Pérez Alonso (2008), pp. 384-385; y López Cervilla (2004), pp. 2745-2750.

876 Abadinsky, Howard; citado por Yussouf (2008), p. 185.

877 Ver Martínez Osorio (2008), p. 53; Brussa (2004), p. 64; y la Acción común de 1998 de la UE destinada a la lucha contra la criminalidad organizada.

Mientras que la *asociación ilícita* es definida por CÓRDOBA RODA como “*el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una entidad independiente de sus miembros, con una cierta consistencia formal y un esbozo de organización y jerarquía, y dirigido al logro de un determinado fin*”⁸⁷⁸. Y GONZÁLEZ RUS la define como “*organizaciones que tienen como finalidad esencial, inicial o sobrevenida, la comisión de delitos –nunca faltas–, de manera que el objeto delictivo es o deviene en único o al menos, el más importante de los fines perseguidos por el grupo criminal. El delito se comete con la fundación, dirección o la sola incorporación a la misma, sin necesidad de participar en la ejecución de los hechos criminales previstos*”⁸⁷⁹.

Así, esta asociación se caracteriza por tener efectos permanentes mientras no sea disuelta, esto es, que sobrevive y se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos; y cuenta con una estructura jerarquizada que comporta una cierta división del trabajo y que tal entramado⁸⁸⁰.

Dado que ambas definiciones son similares entre sí, la jurisprudencia española las utiliza sin distinción. En este sentido, la STS 1306/2003 establece que “*la existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo.*»

Al mismo tiempo la jurisprudencia aclara que para apreciar la existencia de la organización no es necesario el enjuiciamiento de varios miembros de la misma, debido a la posibilidad de que parte de los miembros operen fuera del país, siendo solamente posible juzgar a aquellos que residan en este. Así se expresa, por ejemplo en la STS 1735/2003 al referirse al caso de un matrimonio que actuaba en Valencia, estableciendo que las actividades

878 Córdoba Roda (1977), pp. 7-8.

879 González Rus (2000), pp. 563-565.

880 Ver Martínez Osorio (2008), p 101; Iglesias Canle (2006), p. 21; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (1994), p. 756.

realizadas por este estaban conectadas con los que desarrollaron sus actividades en Colombia alrededor de una agencia de viajes ya que “*actuaban todos con la conexión necesaria entre sí*”.

Mientras que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional utiliza el término *grupo delictivo organizado*, definiéndolo como “*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”⁸⁸¹.

Finalmente el CP salvadoreño establece que debe entenderse como agrupaciones, asociaciones y organizaciones ilícitas “*aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir*”⁸⁸².

Como ejemplos de estos grupos de crimen organizado están aquellos de *base étnica* que captan mujeres de zonas rurales y con escaso nivel de formación, y que la mayoría de las veces son explotadas sexualmente, pero captadas bajo ofertas de trabajo en hostelería o como bailarinas. Posteriormente son presionadas para pagar la “deuda” contraída, a través de amenazas dirigidas hacia las víctimas o su grupo familiar. También están las *pandillas delictivas*, como es el caso de ciertas mafias albanesas, que actúan a través de relaciones personales y de pareja, de carácter esporádico y temporal, que utilizan para controlar y extorsionar a las víctimas. Finalmente están las *bandas delictivas organizadas*, siendo ejemplo de estas las mafias rusas y rumanas, que actúan a nivel internacional y que mediante comportamientos sumamente agresivos combinan la ejecución de la trata de personas, con otros delitos como la pornografía, la venta de armas y drogas, entre otros⁸⁸³.

Por otra parte, el CP español también prevé una elevación mayor para los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o

881 Art. 2 a) de la Convención. Esta misma definición es sugerida por la Ley Modelo de Naciones Unidas contra la Trata de Personas.

882 Art. 345 del Código Penal salvadoreño.

883 Juliano (2007), p. 197.

asociaciones. Gramaticalmente se entiende por *jefe* al “*superior o cabeza de una corporación, partido u oficio*”⁸⁸⁴; por *administrador* “*persona que administra bienes ajenos*”⁸⁸⁵; y por *encargado* “*persona que tiene a su cargo una casa, un establecimiento, un negocio, etc., en representación del dueño*”⁸⁸⁶. Mientras que la jurisprudencia española establece que “*jefe es quien coordina y dirige las operaciones ilícitas*”, por ejemplo, quien diseña la ruta que a seguir y es el encargado de pagar a otros partícipes; o quien programa y distribuye las distintas competencias y cometidos de cada uno de sus miembros⁸⁸⁷; mientras que el término de *encargado* queda *ciertamente difuso*⁸⁸⁸.

Sin embargo hay que tener presente los problemas de autoría que surgen en el ámbito de la criminalidad organizada, ya que si se aplican los criterios tradicionales de delimitación entre autoría y participación, resultarían autores solamente aquellos sujetos que no ocupan escalas jerárquicas superiores dentro de la organización. Esto, porque generalmente los jefes o superiores de estas organizaciones delictivas raramente se involucran en la ejecución de la trata de personas, es decir en la captación, traslado, transporte, acogimiento o recibimiento de las víctimas; estas acciones son realizadas en general por un miembro cualquiera de la banda, habiéndose limitado el jefe de esta al diseño, planeación y dirección de la actividad delictiva.

Por consiguiente, el jefe podría ser considerado solo como inductor o cómplice del delito, siendo juzgado como partícipe, lo cual resultaría injusto, además de ir en contra del deseo del legislador penal que pretende castigar de sobremanera a las autoridades jerárquicas de este tipo de organizaciones. Para solventar esta situación puede considerarse dos propuestas: la primera, la propuesta de ROXIN acerca de los aparatos organizados de poder, la cual permite designar al jefe de la organización criminal como autor mediato

884 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=jefe (última visita 08 septiembre 2011).

885 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=administrador (última visita 08 septiembre 2011).

886 RAE (2001) disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=encargado (última visita 08 septiembre 2011).

887 Ver STS 903/2003; STS 241/2003; STS 2334/2001; y STS 889/2000.

888 De León Villalba (2009), p. 149.

—sin dejar de considerar autor al ejecutor— equiparando al dominio de la organización como un caso más de dominio de la voluntad⁸⁸⁹.

En este sentido, ROXIN propone utilizar el *criterio de la fungibilidad*, dado que el *hombre de atrás* cuenta con un amplio número de personas dispuestas a realizar el hecho delictivo, dominando el resultado en cuanto en cuanto la negativa de un ejecutor concreto no impedirá la realización de este resultado, dado que puede recurrir a cualquier otro miembro del grupo delictivo. El autor también establece como requisito de aplicación de este criterio la condición de que el grupo organizado esté desligado del ordenamiento jurídico. Sin embargo, aclara que su aplicación no debe ser automática, siendo necesario probar la existencia del dominio sobre la organización⁸⁹⁰.

La segunda propuesta formulada por MUÑOZ CONDE, consiste en considerar al jefe de la banda como coautor, dado que la decisión de pertenecer a la banda puede compararse con la decisión conjunta de cometer el hecho delictivo y que el dominio sobre la organización afirma el dominio funcional del hecho⁸⁹¹. Sin embargo, esta propuesta ha recibido críticas respecto a la necesidad de que los distintos coautores se encuentren a un mismo nivel, y en este caso el que actúa ejecuta una orden y esto es contrario a la ejecución conjunta. Además, el no exigir la presencia del coautor en el momento de la ejecución del hecho difumina también los contornos de la coautoría⁸⁹².

No obstante, ARROYO ZAPATERO asevera que tampoco debe descartarse por principio esta construcción, dado que, en su opinión, la responsabilidad del jefe de la banda o, más en general, de todas las personas con un poder de decisión autónoma, representa una suerte de *supuesto intermedio* entre la inducción, la autoría mediata y la coautoría. Así, en los casos de grupos criminales fuertemente disciplinados y jerarquizados la responsabilidad del superior se aproxima a la autoría mediata, que se caracteriza por una desigualdad entre el autor mediato y el ejecutor. Cuando falten estas notas, con la consiguiente disminución del grado de fungibilidad, todos los miembros de

889 Roxin (1998), p. 61. A favor, Arroyo Zapatero (2001), pp. 38-40.

890 Roxin (1998), p. 61.

891 Muñoz Conde (2000), p. 104.

892 Ver Arroyo Zapatero (2001), pp. 38-40.

la banda aparecen en un plano de mayor igualdad, que aproxima el problema de la responsabilidad a la coautoría⁸⁹³.

Sin embargo, no hay una unificación de la doctrina respecto a cuál de las anteriores propuestas es la más apropiada. Por lo tanto, en el ámbito legislativo se han planteado dos opciones:

La primera es la de redactar los tipos de determinados delitos —y en especial de aquellos que son cometidos frecuentemente por grupos de crimen organizado— conforme a una regulación próxima al concepto unitario de autor, de tal modo que cualquier contribución al resultado típico permita fundamentar la autoría. Así, por ejemplo, si el tipo delictivo señalara “el que promueva, favorezca o facilite la captación, transporte, traslado, acogida o recepción”. Esto podría acompañarse con la agravación de los supuestos en que exista una organización criminal y, en algunos casos, se añade una hiper agravación para los jefes de dicha organización. No obstante, esta opción ha sido criticada por su poca compatibilidad con el principio de legalidad y última ratio en cuanto que se acaban sancionando conductas muy alejadas del núcleo esencial de la conducta típica.

La segunda opción ha sido el configurar a la participación en una organización delictiva como un delito autónomo. Así, se castiga los comportamientos de la personas que, de manera intencional y teniendo conocimiento, bien del objetivo y de la actividad general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades delictivas de la organización, aun cuando dichas personas no participen en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución. Asimismo se castiga a las personas que participen en las demás actividades no delictivas de la organización, pero con conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades de la organización constitutivas de delitos graves.

De igual forma se castiga la conducta consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de

893 Ver Arroyo Zapatero (2001), pp. 38-40.

materializarse, equivalga a la comisión de delitos graves, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad. Esta es la opción tomada por España (arts. 570 bis y ss. CP) y El Salvador (art. 345 CP).

Para ARROYO ZAPATERO con esta figura se castiga al jefe de la organización del que no se pueda probar ninguna participación directa en el hecho, al igual que al resto del personal de la agrupación criminal que no participando en la ejecución de los delitos concretos participa en la gestión y logística de la organización, con pleno conocimiento de la actividad criminal que entre todos desarrollan. Además —añade— se aseguraría el castigo de la conspiración, incluyendo en ello a los que no van a implicarse en la ejecución⁸⁹⁴.

Sin embargo, en el caso de la legislación española, es evidente que cuando se dé la situación de agravación por pertenencia a una asociación o grupo delictivo, o cuando se dé la hiper agravación por ser jefe, administrador o encargado de la misma; no se podrá optar por el concurso de delitos entre este delito y los artículos 515 y 517 del CP español⁸⁹⁵, dado que esto infringiría el principio «*non bis in idem*» al emplearse dos veces el mismo hecho para agravar la pena. Por lo tanto, la aplicación de estos artículos quedaría limitada a los meros integrantes de la organización frente a los que no se pruebe la

894 Arroyo Zapatero (2001), pp. 38-40.

895 Art. 515.- Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

- 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.
- 2º Suprimida por L.O. 5/2010.
- 3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
- 4º Las organizaciones de carácter paramilitar.
- 5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

Art. 517.- En los casos previstos en los números 1º y 3º al 6º del art. 515 se impondrán las siguientes penas:

- 1º) A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.
- 2º) A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

intervención en acciones delictivas concretas y también a los que perpetren la conducta de asociaciones ilícitas si no se estima acreditada su inclusión en el la ejecución de la trata de personas⁸⁹⁶.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que estas agravaciones se deben aplicar a las auténticas organizaciones criminales, excluyendo por tanto a aquellas que “*por su escasa vertebración o estabilidad no representen un plus relevante de peligro*”⁸⁹⁷; dado que en la práctica pueda ser difícil distinguir entre estas y las asociaciones criminales de carácter transitorio. Esto facilitaría la distinción de los supuestos de coautoría o de autoría y participación que deben seguir la vía de aplicación del tipo básico de los verdaderos casos de criminalidad organizada, que representan un plus de peligrosidad.

En este sentido, la STS 1306/2003 señala una interpretación restrictiva del carácter transitorio de este tipo de organización “*debe ser definido como una acción criminal concertada en que los codelincuentes asumen distintos papeles [...] pero no forzosamente una asociación u organización dedicada al tráfico ilegal de personas*”. Sin embargo, “*no debe perderse de vista que no es fácil declarar compatible, en la práctica, la transitoriedad de una actividad con la dedicación a la misma, por lo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelincuencia compleja*».

También la Sentencia Audiencia Provincial Málaga núm. 53/2002⁸⁹⁸ considera que «*del concepto de organización radica en la presencia de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, sin que pueda confundirse con la situación de coautoría o coparticipación, dado que la existencia de personas coordinadas sin sujeción jerárquica, no supone la existencia de organización que se caracteriza por la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales.*»

896 Cfr. López Cervilla (2004), pp. 2745-2750.; Conde-Pumpido Tourón (2003).

897 Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), p. 200.

898 (Sección 7.ª Melilla), de 24 diciembre, JUR 2003/133987; citada por López Cervilla (2004), pp. 2745-2750.

Quizás, podemos citar como ejemplos de coautoría o coparticipación que no incluyen la participación en un grupo delictivo organizado, a las redes familiares y comerciales. Así, las primeras están compuestas por grupos de personas emparentadas que ponen en común sus ahorros o empeñan sus pertenencias para pagar el viaje a un inmigrante para que vaya a trabajar a un tercer país; y que en algunos casos estas redes cobran, aparte el dinero invertido, alguna cantidad más. Mientras que las redes comerciales suelen estar representadas por agencias de viajes, prestamistas particulares o empresarios que, en ocasiones, proporcionan documentación para el traslado, trabajo y alojamiento. Sin embargo, los integrantes de estas redes no podrían resultar criminalizados al menos que su pretensión fuera la posterior explotación de la persona a la que se le ha prestado la ayuda⁸⁹⁹.

Personas jurídicas

Una novedad que ha sido introducida con la reforma penal de 2010 del CP español es la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se cometan uno o varios delitos en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, (art. 31 bis⁹⁰⁰); y también ha regulado, en específico, la

⁸⁹⁹ Juliano (2007).

⁹⁰⁰ Art. 31 bis.- 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata de seres humanos, en el cual su intervención es más frecuente (art. 177 bis. 7).

Asimismo, el CP español acoge un sistema de configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el cual no solo responden los representantes de la organización, sino incluso los empleados, ya que el artículo 31 bis establece que esta responsabilidad será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho; y al mismo tiempo establece que las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Existen tres modelos de configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas, a saber:

-
4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
 - a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 - b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
 - c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
 - d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

- a) *Sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad*, conforme al cual la responsabilidad a las personas jurídicas se deriva de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que representa o administran de hecho o de derecho la sociedad.
- b) *Sistema de la culpabilidad de empresa*, que fundamenta la responsabilidad de las sociedades en la falta de organización interna de la misma que posibilita la comisión de delitos por parte de las personas físicas integradas o dependientes de la sociedad o empresa.
- c) *Sistema mixto*, que aúna factores de ambos sistemas, partiendo del principio de transferencia como criterio de imputación para luego individualizar las penas en función de la culpabilidad de la empresa⁹⁰¹.

En este sentido, coincide la doctrina en que la responsabilidad de la persona jurídica no puede determinarse si no se conoce determinadas características del comportamiento individual de las personas físicas autoras de delito al que se condiciona la responsabilidad de la persona jurídica, pues, *“si bien la culpabilidad de la persona física y jurídica son dos realidades interdependientes, existe entre ambas una clara interconexión, lo que aconsejaría que ambas responsabilidades se dilucidaran en un único proceso”*⁹⁰².

La decisión de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas fue probablemente tomada por el legislador español dado que en la práctica las redes criminales actúan a través de organizaciones que también llevan a cabo negocios legítimos⁹⁰³. Sin embargo, a nuestro juicio, el responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no ha sido una opción legislativa acertada, en primer lugar, porque no lo exige así la legislación internacional (solo lo establece como una opción), por lo cual hubiese bastado con mantener la responsabilidad civil y administrativa de la persona jurídica, sobre todo porque las “penas” reguladas en materia penal coinciden con las sanciones civiles y

901 *Ver* Juanes Peces (2010), p. 6.

902 *Ibid.*

903 *Ver* Lan (1987), p. 1302; quien añade que por ejemplo la industria del *streaptease*, que usualmente es un frente de la prostitución, aparenta ser un negocio de espectáculos legítimo, he incluso tienen contacto y con asociaciones de artistas, empleando legítimamente a sus miembros.

administrativas que ya existían para las personas jurídicas⁹⁰⁴. En segundo lugar, creemos que el regular la responsabilidad de las personas jurídicas conlleva a la expansión del derecho penal⁹⁰⁵.

2.2.10. Sujeto pasivo

Del propio nombre del delito se infiere que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona o ser humano, sin ningún tipo de distinción o condición como el sexo, la orientación o identidad sexual, la edad, la nacionalidad, la situación legal o administrativa, entre otras. En este sentido, el tipo penal español hace mención a la indiferencia de que la víctima sea nacional o extranjera; sin embargo, coincidimos con VILLACAMPA ESTIARTE cuando asevera que esta mención es *innecesaria y redundante*. Seguramente el legislador penal habrá querido aclarar que en este aspecto se diferencia el actual tipo de trata de personas de su antecesor, el delito de tráfico de personas del at. 318 bis este tipo delictivo, el cual ocasiono múltiples dificultades interpretativas respecto a la protección exclusiva de extranjeros. Así, hubiese bastado “*referirse a las víctimas sin más, evitando cualquier referencia a su procedencia, para considerarlas a todas incluidas*”⁹⁰⁶.

En similar sentido, el Protocolo de Naciones Unidas contra la trata incluye la mención especial a mujeres y niños, sin embargo, las disposiciones estipuladas por este se aplican a todas las personas, indistintamente de la edad o sexo. Este enfoque probablemente fue tomado debido a que se estima que la mayoría de víctimas de trata son mujeres y menores de edad⁹⁰⁷. Sin embargo,

904 Sobre la responsabilidad en la que incurrieran las personas jurídicas con anterioridad a la reforma del CP español de 2010 *Ver* Alastuey Dobón (2006), pp. 632-641.

905 Sobre la no posibilidad de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sobre la expansión del derecho penal que representa el derecho penal de la empresa *Ver* Gracia Martín (1995); Gracia Martín (1996); Gracia Martín (1997) y Gracia Martín (2003), en especial pp. 82-88. *Ver* también sobre la responsabilidad de las personas jurídicas vinculada con las nuevas tecnologías. Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 518-520.

906 Villacampa EstiarTE (2010), p. 843.

907 *Ver* en general Salt (2000) quien aborda el hecho de que la mayor parte de la literatura se enfoca en el hecho de la trata de mujeres. *Contra* Marjan Wijers y Lap-Chew para quienes el utilizar el término trata de personas en la definición propuesta por este mismo protocolo es un error ya que oculta la naturaleza de género de la trata de personas. Marjan Wijers, K. y Lap-Chew, L (1997) *Trafficking in women, forced labour and slavery-like practices in marriage, domestic labour and prostitution*. p. 35; citado por Abramson (2003), p. 474.

con este enfoque se corre el riesgo de disminuir el discurso de la trata a una simple controversia entre las posturas pro y anti prostitución⁹⁰⁸.

Asimismo, es necesario aclarar que en aquellas situaciones en las que el sujeto pasivo se vea obligado a cooperar o participar en su propia trata o en la trata de terceras personas, sus comportamientos serán impunes en tanto en cuanto estos sean realizados bajo coacción, amenaza, engaño o cualquier otra causal que afecte su consentimiento. Así, “*Podría pensarse que estamos ante supuestos de ‘participación necesaria’ impune*”⁹⁰⁹.

También ha surgido en la doctrina el planteamiento de si es posible considerar sujeto pasivo del delito en estudio a las personas que ya se dedicaban a la prostitución y que posteriormente son tratadas con fines de explotación en un lugar diferente al habitual. La doctrina suele admitirse como válida tal posibilidad, dadas las condiciones de abuso o engaño a las que se suelen someter a estas personas en orden a conseguir el traslado, debido a que la situación final es una muy diferente a la pactada inicialmente, y que de otra forma jamás hubiera realizado⁹¹⁰. Creemos que no debe haber duda al respecto, el sujeto pasivo puede ser cualquiera, independientemente de su dedicación u oficio, bastando para que se realice el tipo penal que se utilicen los medios regulados para viciar su voluntad.

Por otra parte, las tres legislaciones en estudio regulan la situación del sujeto pasivo menor de edad, dado la mayor indefensión o vulnerabilidad de estos, lo que justifica la tutela reforzada⁹¹¹. En este sentido, el artículo 3 (d) del Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata establece que por niño se entenderá toda persona menor de 18 años. Consecuentemente los países que han firmado el mencionado Protocolo no pueden establecer una edad menor respecto a la protección penal que concede este tipo penal a los menores de edad.

Así, tanto en el Protocolo de Naciones Unidas como en el tipo penal español se establece que no será válido el consentimiento dado por

908 Cfr. Abramson (2003), p. 474. Ver en general, como ejemplo de este enfoque O’connor-Healy (2006).

909 Pérez Alonso (2008), pp. 384-385. Ver también Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (Directores) (2004), p. 1328; Conde-Pumpido Tourón (2003), p. 301.

910 Ver De León Villalba (2009), pp. 146-147.

911 Cfr. Torres Fernández (2006), p. 15; Serrano-Piedecabras (2002), p. 341.

un menor de edad, incluso aunque no hubiese mediado ningún tipo de vicio en su consentimiento. En el mismo sentido, los tipos penales de España y El Salvador establecen como agravante el hecho de que el sujeto pasivo sea menor de edad. También se regula la condición especial del sujeto pasivo que tenga una discapacidad, en el caso de España; o sea *incapaz*, en el caso de El Salvador.

En todos estos supuestos en que el sujeto pasivo tenga una condición especial —ya sea menor de edad o tenga una discapacidad— la condición debe ser conocida por el sujeto activo para que se aprecie la agravación⁹¹².

En la práctica suele suceder que las víctimas de trata no se consideren a sí mismas como tales o que tengan miedo a posibles represalias, por lo cual pueden tender en sus declaraciones a exculpar al o los sujetos activos, por lo cual es conveniente, a efectos probatorios, que su declaración se preste como prueba anticipada de conformidad puesto que, es muy probable su incomparecencia al juicio oral, ya sea porque son extranjeras y se les haya aplicado una sanción administrativa de expulsión o porque tengan temor de declarar contra los tratantes⁹¹³.

Finalmente, podemos afirmar que en este delito el sujeto pasivo constituye a la vez el objeto material de la conducta típica; ya que al ser este captado en un lugar y luego trasladado a otro para ser posteriormente explotado —y al estar bajo el dominio de un tercero— el sujeto pasivo se convierte en el objeto de intercambio comercial ilegal sobre el cual recae la conducta típica⁹¹⁴.

2.2.11. Tipo subjetivo

Por lo que respecta al tipo subjetivo de la trata de personas, podemos afirmar que nos encontramos ante un *delito doloso de intención*, dado que pertenece al tipo de lo injusto un determinado fin perseguido por el autor⁹¹⁵,

912 Cfr. Torres Fernández (2006), p. 15.

913 Cfr. López Cervilla (2004), pp. 2661-2662.

914 Pomares Cintas (2011) p. 133; Pérez Alonso (2008), p. 397; García Aran (2006), pp. 217-218; Guardiola García (2005), p. 21; García Aran (2004), p. 370; Córdoba Roda y García Arán (2004), p. 1331; García España/Rodríguez Candela (2002), p. 730.

915 Cfr. Daunis Rodríguez (2011), p. 132; Martínez Osorio (2008), pp. 58-59. Mientras que De León Villalba y Juanes Peces opinan que la perfección del tipo requiere la presencia de un ánimo tendencial. De León Villalba (2009), pp. 143-144; Juanes Peces (2010), p. 5.

a saber, la finalidad de explotación (Protocolo de Naciones Unidas y tipo penal español) o el propósito de obtener un beneficio económico (tipo penal salvadoreño). Esto refleja que el interés jurídico de la norma está concentrado en evitar la explotación de las personas por parte de terceros⁹¹⁶.

Por lo tanto, en la trata de personas se exige un *dolo específico* que consiste en conocer y querer realizar cualquiera de las acciones descritas por los verbos rectores (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir) con el fin de explotar al sujeto pasivo en cualquiera de las finalidades reguladas en el tipo penal⁹¹⁷. Sin embargo, no se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de explotar por sí mismo a la víctima, bastando con la intención de que el sujeto pasivo sea explotado por él o por un tercero⁹¹⁸.

De igual manera, hay que tener claro que la trata no es explotación, ni una expresión equivalente, sino que esta *busca* la explotación, esto es, el sujeto activo debe ser consciente del beneficio que se pretende obtener en los actos posteriores de explotación de la víctima, y no en la trata en sí, la cual constituye *un paso previo* a esta, por lo cual el delito se consuma aunque tal explotación no llegue a darse. Por lo tanto, es suficiente con demostrar que el sujeto activo conoce la finalidad de explotación, no siendo necesario constatar que el tercero a quien se entrega la víctima haya llegado efectivamente a realizar dicha explotación⁹¹⁹. Así, la trata es un proceso y la explotación su fin y, en consecuencia, podemos afirmar que nos encontramos ante un *delito instrumental*⁹²⁰.

Por lo tanto, dado que la finalidad de explotación del sujeto pasivo es un elemento subjetivo del injusto inherente al concepto típico de trata, es relevante delimitar su significado, dado que su interpretación ha sido considerada problemática⁹²¹. Gramaticalmente *explotación* es definida como “*acción y efecto de explotar*⁹²²”, esto es “*sacar utilidad de un negocio o*

916 Ver Colombo, M. L. y Mángano (s. f.), p. 10.

917 Cfr. Martínez Osorio (2008), pp. 58-59; Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 32.

918 Cfr. Dauris Rodríguez (2011) p. 131; López Cervilla (2004), p. 2712.

919 Cfr. Pérez Cepeda (2005), p. 117.

920 Cfr. Terradillos Basoco (2010), p. 212.; Pozuelo Pérez (2005), p. 421; Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 37, 97-98.

921 Ver López Cervilla (2004), p. 2724.

922 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=explotaci%F3n

industria en provecho propio” o “*utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona*”⁹²³.

La explotación también ha sido definida en el ámbito doctrinal. En este sentido, PÉREZ ALONSO expresa que la finalidad de explotación de la persona se manifiesta con la plena disposición patrimonial de la misma por parte del traficante, y hace hincapié en la importancia de que en el concepto de trata el fin de explotación personal no sea exclusivamente económico, pues aunque sea lo habitual, no toda trata conlleva esta motivación económica⁹²⁴.

NACIONES UNIDAS manifiesta que la explotación “*generalmente se asocia con condiciones particularmente duras y de trabajo abusivas, o condiciones de trabajo incompatibles con la dignidad humana*”⁹²⁵. Y para RUIZ RESTREPO la explotación es un término amplio y coloquialmente usado para expresar situaciones y sentimientos individuales en los que una persona se auto describe como sujeta a condiciones no gratas impuestas o resultado de la acción de otra. Sin embargo, estamos ante una *explotación de connotación criminal* “*cuando una relación es de una asimetría tal que lo franqueado por ella ya no sea el principio de igualdad que rige las relaciones entre las personas si no el desconocimiento mismo de la humanidad, de la dignidad de la otra persona*”⁹²⁶.

A nivel legislativo, si bien no se cuenta con una definición de este término en ninguno de los instrumentos jurídicos internacionales, si existen legislaciones penales que han abordado su definición. Así, el CP Belga establece en tipo penal de trata de personas que se entenderá por explotación “*poner a trabajar o permitir que se ponga a trabajar a una persona en condiciones contrarias a la dignidad humana*”⁹²⁷; y el CP francés especifica que uno de los propósitos de la trata es la explotación “*de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a la dignidad humana*”⁹²⁸; de igual

(última visita 12 septiembre 2011).

923 RAE (2001), (artículo enmendado. Avance de la vigésima tercera edición) *disponible en* <http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtml?origen=RAE&IDLEMA=34341&NEDIC=Si> (última visita 12 septiembre 2011).

924 Pérez Alonso (2008), p. 333 y 415.

925 United Nations (2009a), p. 35-36.

926 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), pp. 38 y 42.

927 Ordinal 3º, art. 433 quiquies Código Penal Belga.

928 Art. 225-4-1, Código Penal Francés.

forma el CP alemán, al regular la trata con fines de explotación laboral hace referencia a “*las condiciones de trabajo que muestran una clara discrepancia con los de otros trabajadores realizando las mismas o similares tareas*”⁹²⁹.

Finalmente, la legislación argentina en la ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas⁹³⁰, establece que “*existe explotación en cualquiera de los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;*
- b) *Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;*
- c) *Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;*
- d) *Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.”*

En conclusión, coincidimos en que la explotación debe ser entendida penalmente a los efectos de la trata de personas como la utilización abusiva en provecho propio del trabajo o de las cualidades de otra persona⁹³¹. Este provecho no tiene que ser necesariamente económico, pudiendo ser también un beneficio en especie o el ofrecimiento de una recompensa cualquiera con tal que sea provechosa para el sujeto activo del delito de explotación.

Asimismo, respecto a la explotación sexual en concreto, por esta debe entenderse la disposición para el ejercicio de la prostitución o cualquier servicio de naturaleza sexual, como por ejemplo la pornografía o espectáculos sexuales, impuesta por un sujeto a la víctima⁹³².

El tipo penal de trata también hace referencia tanto a la exigencia de la *intencionalidad* de la acción para tipificarla penalmente⁹³³; como a la *finalidad* perseguida con la misma, la cual es la explotación del sujeto pasivo. Sin embargo, MARTÍNEZ OSORIO apunta que esta dualidad presenta

929 Sección 233. Código Penal Alemán.

930 Art. 4. Ley 26.364l. Argentina.

931 A favor López Cervilla (2004), p. 2724.

932 Pérez Cepeda (2005), p. 116-117; Pérez Cepeda (2006b), p. 141.

933 Sin embargo, para Pérez Alonso, esta exigencia subjetiva le parece superflua e innecesaria si se tiene en cuenta otros elementos esenciales del concepto típico de trata, muy especialmente los medios empleados y la finalidad perseguida; ya que estos elementos evidencian la existencia de un comportamiento plenamente consciente del autor. Pérez Alonso (2008), pp. 331 -332. Ver también Rebollo Vargas (2006), p. 49.

una dificultad probatoria dentro del proceso penal. Si bien las situaciones de carácter subjetivo únicamente pueden resultar comprobadas por medio de una construcción hipotética efectuada por medio de las inferencias lógicas derivadas del marco de los hechos objetivos, la situación en el caso de la trata de personas se complica al ser dos los elementos que han de comprobarse, a saber, el propósito de obtener un beneficio económico, para ejecutar cualquier actividad de explotación. Consecuentemente si no resultare plenamente establecido alguno de estos dos elementos, el delito no podría ser aplicado⁹³⁴.

La intención de realizar el delito de trata puede probarse a través de la existencia de actos que reflejen tal intención, por ejemplo papeles, conversaciones, comprobantes, videos; o la existencia de situaciones sospechosas, como en el caso de niños acompañados por adultos sin vínculo alguno. También se puede probar esta intención con actos que reflejen intenciones económicas y negocios relacionados con seres humanos, por lo cual se debe investigar al tratante y su entorno, (amigos y asociados), sus cuentas bancarias, lugar de residencia, desplazamientos, sus comunicaciones telefónicas y de Internet, sus familiares, su actividad comercial, establecimientos que tiene o frecuenta⁹³⁵.

En cuanto al elemento intelectual del dolo, es necesario que el comportamiento del sujeto activo esté objetivamente preordenado (*ex ante*) a la consecución de las conductas específicas de la trata. Esto significa que el sujeto activo debe tener un propósito concreto y específico de utilizar a la persona como un objeto para derivar provecho de ella, tratándola como un bien de mercado⁹³⁶.

En este sentido, solo serán típicas las conductas de trata cuando el resultado final tenga una conexión interna con la voluntad del sujeto pasivo. Así, en los casos en los cuales las víctimas voluntariamente y por sí mismas acepten desplazarse a otro lugar —esto es sin que los tratantes intervengan en el proceso de traslado— para ejercer, por ejemplo, la prostitución, y posteriormente se vean sometidas a explotación por parte de terceros,

934 Martínez Osorio (2008), pp. 58-59.

935 Ver Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 98.

936 Cfr. Pomares Cintas (2011), p. 133; Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 32.

este caso no constituiría trata, sino un delito concreto de explotación de la prostitución⁹³⁷.

Por otra parte, respecto a las finalidades de la trata, el Protocolo contra la Trata de Naciones Unidas establece que la finalidad de 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 órganos⁹³⁸. Establecer que estas son finalidades a ser reguladas como mínimo permite estimar típicas otras posibles formas de explotación no descritas expresamente por dicho Protocolo.

En este sentido, la Ley Modelo contra la Trata de Personas de NACIONES UNIDAS sugiere que los Estados consideren la inclusión de otros tipos de explotación en sus legislaciones penales teniendo en cuenta la experiencia nacional y la legislación vigente. Así, otras formas de explotación que pueden incluir son: el matrimonio forzado o servil; la mendicidad forzada o bajo coacción; la utilización en actividades ilícitas o delictivas (incluido el tráfico o producción de drogas); la utilización en conflictos armados; servidumbre ritual o cultural (la explotación basada en prácticas culturales o religiosas); el uso de las mujeres como madres de alquiler; el embarazo forzado; la conducta ilícita de la investigación biomédica sobre una persona⁹³⁹.

Por supuesto, todas estas formas de explotación se aplican a los menores de edad, entendiéndose por explotación de un menor de edad a *“toda institución o práctica según la cual un niño o un joven menor de edad de 18 años es entregado por uno o ambos de sus padres, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el fin de la explotación del niño o del joven o de su trabajo”*⁹⁴⁰. Además NACIONES UNIDAS aconseja a los Estados el considerar la inclusión de formas de explotación específicas para

937 Cfr. Laurenzo Copello (2009), p. 1169; Maqueda Abreu (2006).

938 Art. 3 letra a) 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 Transnacional.

939 United Nations (2009a), pp. 35-36.

940 Artículos 1 y 7 (b) de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud.

los menores de edad, teniendo en cuenta sus experiencias nacionales y en la legislación internacional prevista contra la explotación infantil⁹⁴¹.

En este sentido, el CP español además de hacer referencia a las finalidades reguladas por el Protocolo de Naciones Unidas añade la explotación de la mendicidad, y en caso de la explotación sexual hace énfasis de que en esta se incluye a la pornografía. Sin embargo, ha sido criticado por la doctrina que no se haya estipulado a los matrimonios forzados y la adopción de niños, quizás porque el legislador consideró que estas finalidades son supuestos que difícilmente pueden incluirse dentro de algunas de las finalidades previstas sin incurrir en un exceso interpretativo de analogía *in malam partem*⁹⁴².

No obstante, coincidimos con BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA ET AL⁹⁴³ cuando afirman que los matrimonios ilegales o forzados son un caso equivalente a los de explotación de la persona por constituir una práctica análoga a la esclavitud, por lo que en principio habría que considerarla típica.

Basan los autores su afirmación en el hecho de que la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud enumera entre las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud, a “*la situación en que una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas*”. También mencionan a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19, sobre trata de mujeres y niñas que incluye entre los fines de la trata de mujeres y niñas los matrimonios forzados.

En el mismo sentido, la *Directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* establece que la definición de este delito incluye asimismo la trata de seres humanos que tiene como objeto la extracción de órganos, que constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física, así como otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados, en la medida en que concurren los elementos constitutivos de la trata de seres humanos⁹⁴⁴.

941 *Ibid.*, pp. 36-37.

942 *Ver* Daunis Rodríguez (2011) p. 131; Daunis Rodríguez (2010), p. 37.

943 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 64.

944 Número (11) Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de

De similar opinión DAUNIS RODRÍGUEZ, quien también plantea que para evitar que la trata de personas que tenga la finalidad de explotación para los matrimonios forzados o la adopción de niños queden fuera del tipo, propone que los Tribunales interpreten tales conductas como una práctica análoga a la esclavitud contemporánea. Sin embargo, también advierte que esto puede suponer un exceso interpretativo, por lo cual propone para solventar esta situación la creación de un nuevo apartado donde se recojan estas últimas actividades⁹⁴⁵.

Por otra parte, BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA *ET AL* añaden que la falta de una alusión expresa “*podría hacer surgir la duda sobre si puede subsumirse como un supuesto más de trata, particularmente porque no se han consignado entre las modalidades de comisión típica la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*”⁹⁴⁶. En nuestra opinión, los matrimonios forzados son claros ejemplos de trata de personas, siempre que se realicen de forma abusiva y con fines de explotación. Así, si estos se dan por medio de la captación, traslado, transporte, acogida o recibimiento de la víctima, utilizando alguno o varios de los medios descritos en el tipo penal, con fines de explotación, está claro que estamos ante un supuesto de trata. Sin embargo, hay que tener claro que en este caso el que comete el delito de trata es el que se lucra, ya sea de forma económica o con cualquiera otra contraprestación, del hecho de *entregar* a la víctima a un tercero para que se efectúe el matrimonio forzado. Por lo tanto, en este caso, el cónyuge que *adquiere* a la víctima estaría cometiendo un delito concreto de explotación.

Por otro lado, BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA *ET AL*⁹⁴⁷ también plantean el problema de considerar como trata los casos en los que se produce únicamente la entrega de una persona para el matrimonio forzado, y no de una pluralidad de víctimas potenciales, y por tanto tampoco por parte de una organización destinada a tales fines, sino tan solo por parte de alguno de sus

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.

945 Daunis Rodríguez (2011) p. 131; Daunis Rodríguez (2010), p. 37.

946 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 64.

947 *Ibid.*, p. 64.

progenitores o tutores. A nuestro entender, los supuestos de aquellas personas que basándose en sus patrones culturales buscan esposas en sus países de origen, sin que estas tengan la posibilidad de consentir o no sobre la realización del matrimonio, como consecuencia de las ya mencionadas razones culturales, quedarían fuera de la trata de personas, sin que esto no signifique que puedan incurrir en otro delito concreto de explotación. Esto por la sencilla razón que no existe *dolo* en el sujeto activo de comerciar con la esposa, sino que desarrolla la acción con el pleno convencimiento de seguir sus patrones culturales.

En cuanto a las adopciones ilegales, BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA *ET AL*⁹⁴⁸ afirman que esta modalidad puede tener cabida en el artículo en el art. 221 del Código penal español⁹⁴⁹, el cual castiga a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, así como a la persona que lo reciba y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero⁹⁵⁰.

Sin embargo, los autores también plantean el problema que en esta modalidad, “*no está claro que pueda decirse que la adopción ilegal constituya un caso de explotación del menor*”⁹⁵¹. En nuestra opinión, nos encontraríamos

948 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 64-65.

949 Art. 221 CP español. 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

950 Resalta el autor la notoria diferencia de penalidad si esta conducta fuera considerada trata, en cuyo caso la pena de prisión sería de 8 años y un día a 12 años en lugar de uno a cinco años. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al* (2010), p. 65.

951 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al* (2010), p. 65. Añaden que, sin embargo, “*es evidente*

ante una situación de trata cuando el sujeto activo consiente y voluntariamente acoge, traslada, transporta, recibe o acoge menores de edad para *darlos en adopción* de forma ilícita y obteniendo un beneficio por este acto. Sin embargo, al igual que en el caso de los matrimonios forzados, el sujeto activo es el que se encarga de *reclutar* y luego *colocar* a estos menores de edad. En este sentido, el sujeto activo explota al menor al tomarlo como mercancía u objeto del cual obtiene un lucro. Consiguientemente no serían autores del delito de trata de personas los padres adoptantes, si bien de otros delitos concretos de explotación, como el de adopciones ilícitas.

Mientras que en el caso del CP salvadoreño, este añade a las finalidades mínimas reguladas por el Protocolo de Naciones Unidas las adopciones fraudulentas⁹⁵² y la celebración de matrimonios forzados.

Sin embargo, a pesar de que en el tipo penal se describan la mayor parte de actos de explotación posibles es imposible de imaginar y definir todas las formas de explotación que podrían ser incluidas, además de la dificultad de determinar lo que constituyen prácticas de explotación. A esto se aúna el hecho que, por exigencias del principio de legalidad, se requiere que las formas de explotación se definan clara y taxativamente, consecuentemente, todas las formas de explotación tienen que estar expresamente definidas por la ley penal⁹⁵³.

Como solución a este problema, consideramos que, en primer lugar, las distintas finalidades de explotación que contiene el tipo penal de la trata pretenden evitar que a una persona se la coloque en situación de esclavitud

que sociológicamente tales supuestos de trata de menores con fines de adopción ilegal existen, como lo demuestran las recientes denuncias de secuestros de niños huérfanos o separados de sus familias tras el terremoto de Haití de enero de 2010 por parte de grupos de personas organizadas para su posterior entrega/venta a padres adoptivos”.

952 El CP salvadoreño regula a las adopciones ilícitas como *alteración de filiación* en el art. 198 el cual establece: “*El que entregare un hijo o descendiente a otra persona, mediante compensación económica, para establecer una relación análoga a la de la filiación incumpliendo los requisitos legales de la guarda o adopción, será castigado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de autoridad parental por el mismo período.*

En este caso, la persona que lo recibiere y los intermediarios, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.”

953 Cfr. United Nations (2009a), pp. 35-36.

o condición análoga mediante su captación, traslado, transporte acogida o recibimiento⁹⁵⁴. Consiguientemente, al incluir la expresión *prácticas análogas a la esclavitud* se estaría garantizando que la finalidad de desarrollar todas estas formas de explotación alternativa también resulten incluidas en el tipo penal, sin que esto suponga una interpretación *in malam partem*. Al margen de ello, sería más conveniente al principio de legalidad que se definiera dentro del precepto legal qué se debe entender por prácticas análogas a la esclavitud, basándose en las definiciones propuestas por los diferentes instrumentos internacionales.

Respecto al elemento volitivo del dolo, la trata de personas es un delito doloso que requiere el propósito de explotar a la víctima. Por lo tanto, el sujeto activo debe querer utilizar cualquiera de los medios descritos y que su intención esté vinculada a la consecución de cualquiera de las finalidades de explotación reguladas en el tipo penal. En consecuencia, apenas queda un ámbito posible para la realización del delito con dolo eventual.

En este sentido, JUANES PECES⁹⁵⁵ manifiesta que el dolo puede ser inicial o subsiguiente, de tal forma que aunque el sujeto activo no tuviera inicialmente la intención de explotar sexualmente al sujeto pasivo, si con posterioridad el sujeto dirige su acción a la consecución de cualquier de los fines definidos la trata de personas, “*se cometerá el delito aunque inicialmente no fuera su voluntad*”. Asimismo, MARTÍNEZ OSORIO⁹⁵⁶ plantea como hipótesis de dolo eventual el caso de la madre u otro familiar a cargo de la crianza de un menor, que lo cede para que realice actividades laborales, admitiendo la posibilidad de que pueda ser utilizado para explotación sexual comercial o a la servidumbre forzosa^{957 958}.

954 A favor Colombo y Mángano (s. f.), p. 9.

955 Ver Juanes Peces (2010), p. 5.

956 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 58-59

957 También apoya la posibilidad del dolo eventual: Rodríguez Montañés (2001), p. 1739; García España/Rodríguez Candela (2002), p. 742; De León Villalba (2003), pp. 258-259; Sánchez García de Paz (2005), p. 1623.

958 No contemplan la posibilidad de realización del delito con dolo eventual: Pomares Cintas (2011), p. 134; Pérez Alonso (2008), p. 426 y 427; Pérez Cepeda (2004), p. 253; Martínez-Buján Pérez (2002), p. Serrano-Piedecabras (2002), p. 336; Sainz-Cantero Caparrós (2002), p. 99-100; Rodríguez Mesa (2001), p. 74.

En lo que sí hay opinión unánime en la doctrina es que al no existir tipificación expresa no es posible la punición de las conductas imprudentes⁹⁵⁹.

2.3. EL CONSENTIMIENTO

El tema del consentimiento juega un papel muy importante en el delito de trata de personas dado que este se encuentra específicamente regulado en el tipo penal. Así el Protocolo contra la Trata de Naciones Unidas establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios regulados⁹⁶⁰. En esta misma línea se ha expresado la regulación española⁹⁶¹, mientras que la regulación salvadoreña, al no establecer específicamente los medios para cometer el delito, tampoco hace mención respecto al consentimiento.

De hecho, el argumento principal que se dio durante el proceso de redacción del Protocolo sobre la trata fue el decidir si se debía incluir en la definición de trata a aquellos que habían consentido en el proceso, centrándose en el hecho de determinar si el delito de trata puede ocurrir independientemente del consentimiento de la persona. El proyecto final rechazó la propuesta de incluir que la trata de personas ocurre con independencia del consentimiento, reforzándose así a la definición de trata como un acto forzado *per se*⁹⁶².

En cuanto a que debemos entender por consentimiento de la víctima, en el ámbito gramatical el consentimiento es definido como la *“manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”*⁹⁶³; y doctrinariamente ha sido definido como *“figura jurídica, por la cual, el titular de un bien jurídico permite o aprueba la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, provocando con ello, la no punición de la conducta”*⁹⁶⁴.

959 Ver por todos Pérez Alonso (2008), pp. 426-427; Martínez Osorio (2008), pp. 58-59; López Cervilla (2004), p. 2769.

960 Art. 3 b) del citado Protocolo.

961 Art. 177 bis. 3 del CP español.

962 Ver Abramson (2003), pp. 476-477. Ver también Yussouf (2008), p. 175.

963 RAE(2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento (última visita 20 septiembre 2011).

964 Martínez Osorio (2008), pp. 59-61.

Sin embargo, si existiere alguna duda acerca del consentimiento en la legislación, NACIONES UNIDAS propone que se aclare este punto en la misma, proponiendo dos ejemplos de regulaciones, así:

“El consentimiento de la persona objeto de trata para la explotación (o el intento de explotación) que se establece en el artículo [...] será irrelevante si se utiliza uno de los medios enumerados en artículo [...]” o;

“En el juicio por trata de personas en virtud del artículo [...] el supuesto consentimiento de una persona para la explotación es irrelevante una vez que cualquiera de los medios o circunstancias previstas en el artículo [...] sea utilizado”⁹⁶⁵.

En este sentido, es lógica y legal la imposibilidad de consentir cuando se utiliza uno o varios de los medios coercitivos regulados por el tipo penal⁹⁶⁶. De hecho, en el caso de la utilización de medios comisivos tales como el abuso de autoridad, de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima; estos se presentan como supuestos de una voluntad ya doblegada de antemano dada la clara restricción del ámbito de determinación de la víctima. Por consiguiente, no resulta relevante que la víctima manifieste haber sido captada, transportada, trasladada, acogida o recibida por su voluntad puesto que el legislador ha decidido castigar al autor que se vale de una voluntad afectada por condiciones previas⁹⁶⁷.

La imposibilidad de dar un consentimiento válido cuando se utilizan los medios coercitivos es tal que algunos autores han llegado incluso a cuestionar si era necesario especificar la invalidez del consentimiento en el tipo penal. Así, la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, considera innecesaria la referencia que hace el Protocolo de Naciones Unidas respecto a la invalidez del consentimiento dado por la víctima cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en la definición de trata de personas⁹⁶⁸; dado que esta invalidez “*se cumple en*

965 United Nations (2009a), pp. 33-34.

966 A favor Daunis Rodríguez (2010), pp. 36-37.; Naciones Unidas (2007), p. 19; Colombo y Mángano (s. f.), pp. 12-14.

967 Ver Colombo y Mángano (s. f.), pp. 12-14.

968 Art. 3 b) del citado Protocolo.

todos los casos de trata de adultos, porque es un requisito lógico para que se pueda determinar que se ha producido un caso de trata de adultos [...] Dicho de manera sencilla, en ningún caso de trata que se ajuste a la definición del Protocolo se toma en cuenta si la víctima ha dado su consentimiento a las formas de explotación intencional descritas en el apartado a)”⁹⁶⁹.

En similar sentido se expresa MANZANARES SAMANIEGO respecto al apartado 3 del art. 177 bis del CP español, afirmando que este apartado “*dispone, quizá innecesariamente, que carece de relevancia el consentimiento prestado gracias a los indicados medios del apartado 1*”⁹⁷⁰. Así, creemos que el legislador español, en su afán de proteger a las víctimas, decidió abordar un problema que viene resuelto por sí mismo al tratarse de claros ejemplos en que el consentimiento se encuentra viciado y, por lo tanto, es absolutamente inválido.

Por otra parte, la referencia a que la conducta típica se realice sin el consentimiento de la víctima obliga a estimar que el mismo constituye una causa de exclusión del tipo⁹⁷¹. Asimismo, esta disposición conlleva a que una vez que se pruebe que se ha utilizado alguno o varios de los medios comisivos regulados, cualquier defensa o alegato de que la víctima ha consentido resulta irrelevante⁹⁷².

Sin embargo, esta irrelevancia del consentimiento no debe interpretarse como una restricción al derecho del acusado a una defensa completa, ya que el tipo exige corroborar la anulación de la voluntad de la víctima. Por lo tanto, no puede presumirse el vicio del consentimiento, a excepción de los supuestos de trata con menores de edad⁹⁷³.

Tampoco debe interpretarse que esto consiste en un atentado a la presunción de la inocencia, ni como la imposición a la parte demandada de la carga de la prueba. Al igual que en cualquier caso penal, la carga de la prueba está siempre en la Fiscalía, excepto cuando en la ley nacional se establezcan excepciones específicas a esta norma⁹⁷⁴.

969 Naciones Unidas (2006), párrafos 37 y ss.

970 Manzanares Samaniego (2010), p. 216.

971 *Ver* en general sobre el consentimiento como causa de exclusión del tipo, CEREZO MIR (2005), p. 326-331; Cobo del Rosal-Vives Antón (1999), p. 450.

972 *Cfr.* United Nations (2009a), pp. 33-34.

973 *Cfr.* Daunis Rodríguez (2010), pp. 36-37.

974 *Cfr.* Naciones Unidas (2000c), párrafo 68 y United Nations (2009a), pp. 33-34.

En el caso del tipo penal salvadoreño, las deficiencias en este aspecto son notables porque nada dice ni nada regula con respecto a la eficacia del consentimiento. Sin embargo, MARTÍNEZ OSORIO sugiere deducir su irrelevancia con base a su ubicación sistemática dentro del Código Penal, en el Título de delitos contra la humanidad, lo que le lleva afirmar que este delito “*hace referencia –además de los bienes personalísimos de las víctimas– a un bien jurídico supra individual o difuso, y que por ese solo hecho la permisión expresa que la víctima pueda otorgar resulta indiferente*”⁹⁷⁵. Sin embargo, coincidimos con el autor cuando manifiesta que la regulación del consentimiento en este tipo penal es incompleta y, por razones de claridad legislativa y del principio de reserva de ley formal para el derecho penal, debería ser regulado positivamente⁹⁷⁶.

Volviendo a la regulación de la invalidez del consentimiento, cuando se han empleado los medios comisivos a nivel doctrinal se debate el hecho de si el consentimiento puede tener cabida dentro de los parámetros de la actividad de la trata, incluso cuando no se haya recurrido a los medios comisivos⁹⁷⁷. En este sentido, observamos varias posturas:

En primer lugar, están los que niegan la posibilidad de admitir como válido el consentimiento dado por la víctima pues consideran que a pesar que el consentimiento del portador del bien jurídico excluye la tipicidad de la acción en los tipos penales que exigen como un requisito que la acción se realice en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo; dicho consentimiento no se excluye en todos los casos la realización del tipo. Así, en los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven para su protección —lo cual sería aplicable para el delito de trata de personas— se hace caso omiso del consentimiento de la víctima porque, con una presunción irrefutable, el legislador le deniega desde el principio la facultad para una libre y responsable decisión⁹⁷⁸.

Un segundo argumento es el hecho de que la trata de personas protege un derecho de carácter individual y tiene un vínculo con la idea de dignidad

975 Martínez Osorio (2008), p. 61.

976 *Ibid.*, pp. 104 y 120.

977 Cfr. Abramson (2003), pp. 476-477 y Yussouf (2008), p. 175.

978 Ver Roxin (2008), p. 528.

humana⁹⁷⁹, por lo tanto, el bien jurídico es indisponible para el titular del mismo⁹⁸⁰. Así, aunque el sujeto pasivo acepte voluntariamente las condiciones abusivas se convierte en el objeto de un negocio, en la mercancía que produce beneficio económico y, por lo tanto, su consentimiento es irrelevante⁹⁸¹.

En la doctrina anglosajona también se ha llegado a conclusiones similares ya que encuentran en la lesión a la dignidad humana un límite al consentimiento de la víctima como excluyente del ilícito. En este sentido, manifiesta la doctrina que hay actos que violentan la dignidad, el cual es un valor esencial a nuestra humanidad, de tal manera que en caso de conflicto entre un consentimiento legalmente válido y la dignidad el primero debe decaer a favor del segundo⁹⁸².

En similar sentido se expresa la STS 762/2003, de 30 mayo, aunque respecto al delito de tráfico ilegal de trabajadores (artículo 313), la cual manifiesta que « *el consentimiento, en todo caso, sólo podría ser eficaz para la exclusión de la tipicidad en relación al delito de detención ilegal, dado que el delito de los arts. 312 y 313 CP no protege un bien jurídico individual, renunciable por el sujeto pasivo* ».

Sin embargo, no apoyamos esta postura en cuanto hemos afirmado los bienes jurídicos protegidos por este delito son la libertad e integridad moral, los cuales son bienes jurídicos disponibles. Así, doctrinariamente, de acuerdo con el principio “*Volenti non fit iniuria*” si alguien voluntariamente acepta lo que se hace con él, no se es injusto con él. Por lo tanto, no sufren ningún daño, no se comete delito, y no existe una violación negligente de su autonomía⁹⁸³. No obstante, tradicionalmente se ha condicionado la eficacia del

979 Respecto a la dignidad humana, Kant manifestaba que el ser humano no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún ser humano, y ni siquiera por sí mismo; sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad, en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son humanos. Así pues, el ser humano no puede autoenajenarse por ningún precio. Kant (1989), p. 335, (p. 462 sección segunda §37 y §38 según la numeración que corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493)).

980 Apoyan esta postura: Martínez Osorio (2008), pp. 59-61; Baucells i Lladós (2006), p. 182.; Pérez Ferrer (2006), p. 64; García Aran (2004), p. 371; Laurenzo Copello (2003), p. 72; De León Villalba (2003), pp. 251-252; Jescheck-Weigend (2002), pp. 337-338; Terradillos Basoco (1998), p. 198; Colombo y Mángano (s. f.), pp. 2-3.

981 Ver García Aran (2004), pp. 370-371.

982 Cfr. Bergelson (2006), p. 23; Dubber, (2004), pp. 55-56.; Dan-Cohen (1999), p. 3.

983 Ver Dubber (2004), p. 31.

consentimiento de la víctima a que este recaiga sobre acciones que lesionan bienes jurídicos disponibles, resultando complejo el determinar cuáles son estos bienes jurídicos disponibles⁹⁸⁴.

En este sentido, ROXIN manifiesta que dentro de los tipos con nula o limitada posibilidad de consentimiento, se encuentran, en primer lugar, aquellos en donde el bien jurídico supone una lesión contra la comunidad, señalando que este principio se mantiene aun cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no podría consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición⁹⁸⁵. De igual manera, JAKOBS afirma que los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; sin embargo, solo en la medida en que son medios para desarrollarse libremente, pero no base de ese libre desarrollo⁹⁸⁶. De igual forma, respecto a la integridad moral, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español manifiesta que esta protege contra los ataques a la persona siempre que este ataque “*carezca del consentimiento de su titular*”⁹⁸⁷.

Consecuentemente, al ser la libertad y la integridad moral bienes jurídicos disponibles si podría existir el libre consentimiento cuando la persona conoce todos los hechos relevantes y decide ejerciendo su libre albedrío⁹⁸⁸.

Respecto al *libre albedrío*, KANT expresa que facultad de la persona de hacer u omitir a su *albedrío* es la facultad de desear, en la medida en que el fundamento de su determinación para la acción se encuentra en ella misma, y no en el objeto. Así, el *arbitrio* está unido a la conciencia de ser capaz de producir el objeto mediante la acción. Y la facultad de desear, cuyo fundamento interno de determinación –y, por tanto, el albedrío mismo– se

984 Ver Colombo y Mángano (s. f.), pp. 2-3.

985 Roxin (2008), p. 526. Seguía esta postura Pérez Cepeda, refiriéndose a la anterior regulación de la trata de personas como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Pérez Cepeda (2005), pp. 118-119; Pérez Cepeda (2006b), p. 143.

986 Jakobs (1997), p. 294.

987 STC 120/1990; Fundamento 8.

988 A favor Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 57; Lorenzo Copello (2009), p. 1170; United Nations (2009a), pp. 33-34; Arroyo Zapatero (2001), p. 35.

encuentra en la razón del sujeto, se llama *voluntad*. En la medida en que la razón puede determinar la facultad de desear en general, el *arbitrio* –pero también el simple *deseo*– puede estar contenido bajo la voluntad⁹⁸⁹.

En este sentido, cuando una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata y pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce⁹⁹⁰; esto significa que la “*trata voluntaria*” queda fuera del alcance del tipo penal, pues la libre voluntad expresada por la víctima al respecto es intrínsecamente incompatible con los medios comisivos necesarios y nucleares para la existencia de trata. Tal sería el caso de conductas como el de tráfico ilegal de migrantes o el ejercicio libre y voluntario de la prostitución⁹⁹¹.

En similar sentido se expresa la jurisprudencia española en la STS 3111/2011, de 17 de mayo, respecto al caso en el que un sujeto facilitaba la entrada en España como turistas a mujeres procedentes de países de Sudamérica para que ejercieran la prostitución con la finalidad de obtener beneficio económico derivado de su explotación sexual, manifestando que al no quedar acreditado que las mujeres que ejercían la prostitución hubieran sido engañadas con tal fin y tampoco que la ejercieran en contra de su voluntad, no procede aplicar el art. 177 bis pues este requiere la utilización de medios comisivos como el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima⁹⁹².

De hecho para MAQUEDA ABREU las consignas internacionales respecto al consentimiento ponen la mirada en quienes “explotan” a las víctimas porque estas “*deben ser socialmente invisibles. Es la imposición del estatus de ‘no personas’ [...] Las relaciones de dominio se desexualizan bajo el neocapitalismo mundial. Son prejuicios de clase, étnicos, raciales, los que se imponen en el marco de la nueva globalización cultural*”⁹⁹³.

989 Kant (1989), p. 16, (p. 213 según la numeración que corresponde al texto de la Academia de Berlín, a cargo de P. Natorp (VI, 203-493)).

990 Cfr. Naciones Unidas (2007), p. 19.

991 Cfr. Pérez Alonso (2008), p. 331; Martínez Osorio (2008), pp. 59-61; Rodríguez Puerta-Rebollo Vargas-Cugat Mauri (2006), p. 91.

992 STS 3111/2011, Fundamentos de derecho, segundo.

993 Maqueda Abreu (2009b).

No obstante, debe hacerse mención a las reglas generales en que se basa la eficacia del consentimiento. Así, se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones⁹⁹⁴, esto comprende las situaciones de ausencia del consentimiento, en las que no existe una negativa o resistencia a la acción, pero tampoco una manifestación expresa; así como las conductas que se realizan sin dar a la víctima oportunidad de manifestar su voluntad⁹⁹⁵.

Asimismo, este consentimiento ha de prestarse con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción, y es siempre revocable. Por lo tanto, el consentimiento de la víctima en una etapa del proceso no puede considerarse un consentimiento válido para el resto de etapas, de tal modo que dicho consentimiento debe actualizarse en cada una de ellas para que no constituya un delito de trata⁹⁹⁶.

Del mismo modo, la validez del consentimiento deberá valorarse en el momento en que la víctima decide aceptar el trabajo u oferta ofrecida y no cuando esta ya se encuentre en el lugar de destino. Este sería el caso de las víctimas que aceptan dedicarse a la prostitución, pero con unas condiciones falsas, las cuales son muy distintas a las que realmente se realizarán una vez llegada al lugar del destino. En consecuencia, no solo es suficiente que la víctima consienta o acepte la oferta, sino también todas las condiciones del trabajo a realizar, de tal modo que si tales condiciones resultaren ser otras o distintas y suficientes para causar engaño, el consentimiento otorgado inicialmente carecerá de validez⁹⁹⁷. Sin embargo, para que este error en las condiciones de trabajo excluya la eficacia del consentimiento ha de afectar al propio bien jurídico, de modo que excluya la conciencia de disposición del mismo, siendo irrelevante el error sobre los motivos. De igual forma, también carece de validez el consentimiento posterior⁹⁹⁸.

994 Roxin (2008), p. 513

995 *“Aquí han de considerarse igualmente los casos en que el sujeto afectado, dada su corta edad o profundo trastorno mental, carece incluso de la capacidad volitiva natural en el ámbito de la libertad de obrar externo”* Díez Ripollés (2004), p. 232.

996 *Ver* Naciones Unidas (2007), p. 19.

997 *Cfr.* Daunis Rodríguez (2010), p. 29; United Nations (2009a), pp. 33-34; Global Rights (2005), p. 12.

998 *Cfr.* Cerezo Mir (2005), pp. 327-328.

No obstante, erróneamente a nuestro juicio, la jurisprudencia española se manifiesta de manera contraria. En este sentido, la STS 1790/2011 de 23 de marzo⁹⁹⁹ asevera respecto al art. 177 bis CP que *“dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.*

Tales circunstancias no concurren en el presente caso, en cuanto que, se ha declarado probado, que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, ‘se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes... deuda inexistente y no pactada’”.

En específico, esta sentencia aborda el caso de unos procesados que puestos de común acuerdo y actuando conjuntamente, se dedicaban a traer mujeres desde Brasil para que ejercieran la prostitución. Así, coordinaban la selección de las que tenían que venir a España y la organización del viaje, compra y envío de los billetes de avión, obtención de cartas de invitación y sur emisión e incluso en ocasiones proveerlas de una “bolsa de viaje” con la que justificar la tenencia de medios económicos, así como recepción de esas mujeres en el aeropuerto y traslado de las mismas al citado club, donde posteriormente se alojaban.

Una vez en el local, aunque esas mujeres tenían conocimiento de que venían a España a ejercer la prostitución y que tenían que reembolsar los gastos ocasionados por los billetes de avión, les exigían aquéllos la cantidad de 2.600 euros, por el coste del viaje, generalmente el doble del importe de los billetes, así como por los gastos de manutención y alojamiento, de modo que para conseguir el abono de esa cantidad, *no consensuada ni pactada*, el pago de los servicios de alterne y prostitución se efectuaban a la persona designada por los procesados, hasta liquidar el saldo, por lo que no percibían inicialmente las mujeres cantidad de dinero alguna por el ejercicio de la prostitución en el citado club, con el pretexto de que las cantidades retenidas iban destinadas a liquidar una deuda inexistente y *no pactada*.

⁹⁹⁹ STS 1790/2011, II. Fundamentos de derecho, núm. 2.

Por dicha razón fueron condenados los procesados por la conducta prevista en el apartado 2º del art. 318 bis Código Penal. No obstante, al momento de casar la Sentencia el Tribunal aclara que el anterior art. 318 bis 2º se ha venido a integrar en la nueva figura tipificada

En el mismo sentido, es irrelevante la forma en que se otorgue el consentimiento, pudiendo ser por escrito, verbalmente, de un modo expreso o tácito¹⁰⁰⁰.

Respecto al consentimiento tácito, Cerezo Mir¹⁰⁰¹ lo define como el que “*se deduce de la actitud pasiva o de actos concluyentes del portador del bien jurídico*”. Sin embargo, cabría plantearse si cabría aceptar el reconocimiento del consentimiento presunto, el cual concurre cuando quepa suponer que el portador del bien jurídico protegido habría prestado su consentimiento si hubiera tenido conocimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sin embargo, la mayor parte de los ejemplos de aplicación de del consentimiento presunto como causa de justificación se aplican mediante la justificación del estado de necesidad o la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho. Difícilmente cabe imaginar que el autor puede ejecutar cualquiera de las actividades de la trata basándose en estas justificaciones.

También es destacable tener en cuenta que la validez del consentimiento no puede deducirse de la mera manifestación de la víctima durante el proceso penal. En este sentido, COLOMBO Y MÁNGANO apuntan que en ocasiones, la indagación sobre consentimiento dado por la víctima se ve mal reducida a una pregunta directa a esta en la que se la inquiriere acerca de si estuvo sometida a explotación por su propia voluntad. Ante la respuesta afirmativa, se ha tendido a descartar la configuración del delito de trata de personas. Existen numerosos elementos jurídicos que permitirían descalificar una solución tal, teniendo en cuenta la redacción del delito y la variedad y naturaleza de los medios comisivos incorporados a la norma. “*En fin, creemos importante que cuando se hable de consentimiento no se vincule ello de modo directo y exclusivo con la mera ‘manifestación’ de la víctima sino con una valoración jurídica que la incluya junto a la consideración de otros factores vinculantes. Lo contrario implicaría depositar la carga de la prueba del delito en esa solitaria*

1000 Ver Cerezo Mir (2005), p. 327.

1001 Ver *Ibid.*, p. 333.

*expresión, lo que resulta inadmisibile además de inadecuado pues se dejan de considerar los aspectos únicamente relevantes, enunciados en la ley como medios comisivos*¹⁰⁰².

Mientras que MARTÍNEZ OSORIO sugiere que a la hora de examinar a las víctimas de estos delitos, se tenga en cuenta lo constituye el denominado “síndrome de Estocolmo”, el cual consiste en la cierta afinidad psicológica y sentimental que la víctima desarrolla con relación a su explotador, y que puede llegar hasta el enamoramiento. *“Los efectos judiciales de tal actitud son predecibles, como por ejemplo, que las víctimas declaren a favor de sus mismos tratantes o, que en ningún momento se consideren afectadas en sus derechos más elementales*¹⁰⁰³.

El sujeto que consiente la acción u omisión, debe tener capacidad natural de juicio, es decir, debe comprender el sentido y la trascendencia de su consentimiento. De lo contrario el consentimiento también será inválido¹⁰⁰⁴. El tipo penal regulado por el Protocolo de Naciones Unidas y por el CP español también establecen una regla de protección especial a los menores de edad al establecer que se considerará ejecutado el delito de trata sobre un menor, incluso aunque este hubiese consentido válidamente. Por lo tanto, se equipara a la minoría de edad con la falta de consentimiento¹⁰⁰⁵.

Más cuestionamiento ha generado el hecho de que no se haya incluido en esta protección especial a las personas incapaces, entendidas estas por el CP español como toda persona, que haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma¹⁰⁰⁶. Por lo tanto, TERRADILLOS BASOCO expresa que esto *“obliga a entender que, en el caso de los incapaces, ha de apreciarse siempre una especial vulnerabilidad personal, de la que se abusa. Ahora bien, si esto ha de ser así, no se entiende la razón en cuya virtud no se dispensa el mismo trato normativo al menor*¹⁰⁰⁷.

1002 Colombo y Mángano (s. f.), pp. 12-14.

1003 Martínez Osorio (2008), nota 66.

1004 Ver Cerezo Mir (2005), p. 333; Roxin (2008), p. 514.

1005 Ver Juanes Peces (2010), p. 5.

1006 Artículo 25 CP español.

1007 Terradillos Basoco (2010), p. 209.

Respecto al concepto de incapaz, Díez Ripollés apunta que este debe acomodarse al contexto de cada caso. Así, se trata de identificar a sujetos a los que se considera, dados sus déficits intelectivos y volitivos, que carecen de la capacidad para disponer de su libertad. En consecuencia, se entenderá por incapaz a toda persona que por padecer una grave anomalía o alteración psíquica de carácter persistente, aunque no necesariamente permanente o irreversible, está impedida para gobernar su persona, con independencia de si ha sido declarada incapacitada civilmente.

Así, en el caso de la disposición de un bien jurídico personalísimo, al determinar la capacidad de consentir, se ha de tratar de una enfermedad psíquica, que impida al sujeto pasivo gobernar su persona, pero no sus bienes. Asimismo, la persistencia legalmente exigida de la enfermedad requiere ciertamente que tenga una duración considerable, pero no que sea irreversible o ininterrumpida¹⁰⁰⁸.

Sin embargo, la posibilidad de consentir en el delito de trata de personas también ha sido criticada. En este sentido, ABRAMSON manifiesta que la tarea de definir que constituye un consentimiento real es un tarea imposible dado que se pueden plantear una gama demasiado amplia de escenarios que difícilmente pueden ser definidos por la legislación¹⁰⁰⁹; y MARTÍNEZ OSORIO arguye que aún en la hipótesis de libre voluntariedad, resultará difícil concederle efectos desestigmatizadores cuando existe detrás todo un aparato de control y presión sobre la víctima como acontece en la explotación sexual comercial organizada; por tanto, el consentimiento en tales coordenadas será un aspecto muy discutible¹⁰¹⁰.

En la misma línea, DE LEÓN VILLALBA opina que la toma en consideración del consentimiento de las víctimas puede llevar al traste cualquier medida contra la trata, favoreciendo la utilización del mismo por los tratantes como protección para su incriminación. “*Por tanto, cualquier definición de [trata] debe incluir el elemento, ‘con o sin el consentimiento’ de la persona [tratada]*”¹⁰¹¹.

1008 Díez Ripollés (2004), p. 265.

1009 Ver Abramson (2003), pp. 476-477; 498-502.

1010 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 59-61; 77.

1011 De León Villalba (2003).

El asunto del consentimiento de la víctima ha generado un debate importante entre la postura abolicionista y reglamentista. Sin querer profundizar en el debate, que es de por sí un tema aparte de estudio, podemos esbozar algunos de los argumentos principales. Así, la postura abolicionista defiende que no existe nunca una decisión absolutamente libre de ejercer la prostitución, y que tal consentimiento siempre se encuentra condicionado por las particulares circunstancias de la mujer, en las que pueden influir la situación de desamparo, de pobreza, la falta de educación, etc. Por lo tanto, al igual que jurídicamente no se permite la patrimonialización o instrumentalización del ser humano, la venta de órganos o la disposición del cuerpo, no debiera consentirse la venta de servicios sexuales, dado que la sexualidad constituye una de las facetas más íntimas del ser humano.

Mientras que la corriente reglamentista de la prostitución considera que, sean muchos o poco los casos, hay mujeres que optan por ganarse el sustento mediante el ejercicio de la prostitución; así, cuando hay libre opción no se produce violación a libertad de elección. Al contrario, esta capacidad de elección dignifica a la mujer como “persona libre” que ejerce sus derechos¹⁰¹².

No obstante, hay que tener en cuenta el hecho que al determinar el consentimiento de la víctima para ser tratada y posteriormente explotada nos encontramos ante una valoración subjetiva, que si bien debe reflejar determinadas decisiones básicas normativas por medio de un procedimiento abstracto de configuración conceptual, si tales exigencias normativas llevarán con frecuencia a actitudes eclécticas respecto a las diversas orientaciones psicológicas y, sobre todo, a simplificaciones, el proceder dogmático debe en todo momento ser consciente de que los conceptos jurídico-objetivos a los que se lleguen han de posibilitar un tratamiento adecuado de la realidad¹⁰¹³.

Esto significa que deben satisfacerse simultáneamente los requisitos básicos normativos del consentimiento y la descripción empírica de la realidad. Así, los casos en los cuales se podría dar un consentimiento válido por parte de la víctima de trata son prácticamente imposibles, primero porque difícilmente el tratante dirá a la víctima las verdaderas intenciones de explotarla, segundo, porque también será difícil encontrar una persona que acceda a su propia

1012 Ver Serra Cristóbal (2007), pp. 376-377. Ver también O’connor-Healy (2006), pp.12-19.

1013 Díez Ripollés (2007), pp. 18-19.

explotación sin mediar algunos de los medios comisivos, así, aún en el caso que la víctima consintiera su propia explotación, debe verificarse que no existe una situación de vulnerabilidad o especial necesidad que la impulsara a aceptar su trata con fines de explotación¹⁰¹⁴.

Por lo tanto, no se podría permitir que con la excusa de respeto los planteamientos normativos del consentimiento se acabaren desligando tales formulaciones de la realidad empírica, ya que terminaríamos aplicando *“fórmulas que obstaculizan en lugar de facilitar una adecuada comprensión y valoración de las conductas delictivas, y con jueces que, confrontados con tales instrumentos conceptuales, tienen que echar mano de presunciones y ficciones para poder ajustar los datos reales a los marcos conceptuales dogmáticos”*¹⁰¹⁵.

2.4. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

Respecto a las circunstancias agravantes, tanto el tipo penal regulado por el CP español como el salvadoreño regulan dichas circunstancias a partir de tipo básico de trata de personas. Cabe destacar su pluralidad, unas referidas al sujeto activo y otras al sujeto pasivo. Así, entre las circunstancias reguladas por ambos tipos penales están:

a) Cuando la víctima sea menor de edad

Esta agravación se fundamenta en la especial vulnerabilidad de los menores de edad, dado que no se les considera capaces de tomar una decisión voluntaria de participar en cualquier actividad de trata. Además, se les protege de manera especial debido a que su inmadurez y la impotencia relativa en comparación a los adultos, los convierte frecuentemente en los objetivos de la trata. Además, los menores de edad en este tipo de situaciones son más susceptibles a enfermedades, traumas psicológicos y retraso en el crecimiento¹⁰¹⁶.

Por menor de edad se entiende toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad según el art. 12 de la Constitución española, y el art. 26 del Código Civil salvadoreño. Sin embargo, en la doctrina española¹⁰¹⁷ se ha

1014 A favor, Daunis Rodríguez (2010), pp. 29-30; De León Villalba (2008), p. 177.

1015 Díez Ripollés (2007), pp. 19-20.

1016 Ver ILO (2005), p. 26.

1017 García España/Rodríguez Candela (2002).

llegado a plantear la posibilidad de aplicar el artículo el artículo 9.1 del Código Civil español que establece que la mayor edad se rige por la ley nacional del sujeto, al igual que lo establece el artículo 1 de la Convención sobre derechos del Niño de Naciones Unidas que regula como excepción a la consideración de menor de edad al que no ha cumplido los 18 años, el hayan alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable. Sin embargo, coincidimos con LÓPEZ CERVILLA que considera que esta opción generaría inseguridad jurídica, además de no conocer ninguna legislación que otorgue antes de los 18 años la mayoría de edad¹⁰¹⁸.

Para que se contemple esta agravación, el sujeto activo debe tener conocimiento de la condición de menor de la víctima.

En el ámbito probatorio, no existen mayores problemas cuando el menor tenga una edad muy alejada de la mayoría de edad, sin embargo, cuando tenga una edad próxima a los 18 años se debe probar, no solo que el autor tenía conocimiento de la menor de edad, sino que efectivamente la víctima es realmente menor¹⁰¹⁹.

b) Prevalerse de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público

Para apreciar esta agravante no basta con el carácter público del sujeto, siendo necesario que se utilice las ventajas de esa condición pública. Sin embargo, basta con que el sujeto activo aproveche su cualidad de funcionario, autoridad o agente aunque no sea dentro de la actividad que le es inherente, a fin de conseguir su propósito¹⁰²⁰.

Además de estas circunstancias agravantes comunes, el tipo penal español añade:

c) Poner en grave peligro a la víctima

Para apreciar esta agravante debe ponerse en peligro concreto los bienes jurídicos esenciales de la vida, tales como la vida o la salud, que no

1018 López Cervilla (2004), pp. 2740-2741.

1019 *Ibid.*

1020 *Cfr.* Iglesias Canle (2006), p. 20.

estén ya incluidos entre las acciones regulados por el tipo básico ni entre los objetivos perseguidos por el sujeto activo. Por ejemplo, no puede considerarse agravante el poner a la víctima en peligro de explotación sexual o laboral dado que este peligro ya está regulado en el tipo básico.

Sin embargo, el precepto no hace y referencia a la vida o a la salud de la víctima¹⁰²¹, ni especifica si la puesta en peligro de la víctima debe ser exclusivamente dolosa o si puede ser extensible a la imprudencia grave¹⁰²². Por esta razón, MANZANARES SAMANIEGO concluye que esta agravante específica demanda una mayor precisión por parte del legislador.

No obstante, JUANES PECES al respecto manifiesta que dado a la supresión de la forma imprudente prevista inicialmente en el Anteproyecto de reforma, infiere la naturaleza estrictamente dolosa del delito examinado, lo que no empecé la apreciación en su caso del dolo eventual¹⁰²³.

En cuanto a la valoración de la gravedad del peligro TERRADILLOS BASOCO sugiere que esta se realice de acuerdo con los criterios ya definidos jurisprudencialmente a propósito de otros delitos, atendiendo tanto a la probabilidad del mal prevenido como a la entidad de los bienes jurídicos potencialmente afectados¹⁰²⁴.

d) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación

Esta agravante solo podrá apreciarse cuando la condición de especial vulnerabilidad de la víctima no haya sido determinante para la apreciación de la tipicidad conforme al tipo básico. Esto para no infringir el principio *non bis in idem*¹⁰²⁵.

1021 Ver Manzanares Samaniego (2010), p. 216.

1022 Ver Juanes Peces (2010), p. 5.

1023 *Ibid.* Sugiere igualmente interpretar conforme a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance y significado de esta clase de dolo y sus diferencia con la culpa consciente (SSTS Sala 2ª, 1335/2009, de 1 de diciembre, 755/2008, de 26 de noviembre, y de 14 de febrero de 1997, recurso nº 1254/1996.)

1024 Terradillos Basoco (2010), pp. 209-212.

1025 *Cfr.* Terradillos Basoco (2010), pp. 209-212.

Sobre el tema de la vulnerabilidad ya nos hemos manifestado *supra*. Sin embargo, puede entenderse por vulnerabilidad por razón de enfermedad a aquella que se da por una alteración más o menos grave de la salud¹⁰²⁶.

Respecto a la vulnerabilidad por discapacidad, puede entenderse por esa aquella que adolece una persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas¹⁰²⁷. Dentro de esta agravante se podría incorporar a la personas que incapaces, que conforme a la definición legal del artículo 25 del Código Penal, estas son aquellas que, haya sido o no declarada su incapacitación, padezcan una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma. No obstante, esta agravante también incluye a las personas que adolezcan una incapacidad física pero que cuentan con sus plenas capacidades mentales siendo capaces de gobernarse a sí mismas y sus bienes.

e) *Perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*

El fundamento de la agravación es la mayor potencialidad lesiva de las actuaciones realizadas, además de las exigencias establecidas en los diferentes instrumentos internacionales respecto a la necesidad de castigar a este tipo de organizaciones criminales¹⁰²⁸.

Ya nos hemos expresado *supra* respecto de las organizaciones delictivas. Sin embargo, es relevante tener en cuenta para la aplicación de esta agravante la distinción entre una asociación esporádica para cometer un delito de trata de personas, pero que no esté dedicada a ello (supuesto en el que no será apreciable esta agravante), de la asociación transitoria, la cual alude a algo más que a lo episódico o esporádico, dedicándose o teniendo la pretensión de cometer más de un único delito de trata¹⁰²⁹.

1026 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enfermedad (última visita 21 septiembre 2011).

1027 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discapacitado (última visita 21 septiembre 2011).

1028 Cfr. Torres Fernández (2006), p. 16; Pérez Cepeda (2004), pp. 275-276.

1029 Cfr. Terradillos Basoco (2010), pp. 209-212.

En el caso de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, el Protocolo de Naciones Unidas¹⁰³⁰ regula que se les castigue expresamente y, en este sentido, la regulación española regula una hipergravación para este caso en concreto.

Por su parte, el tipo penal salvadoreño, además de las circunstancias agravantes comunes, añade:

f) Prevalerse de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.

Para aplicar esta tentativa, debe entenderse por prevalecerse el hecho de tener alguna superioridad o ventaja entre otras¹⁰³¹. En este sentido, el prevalimiento debe ser entendido como una posición de superioridad que se ostenta sobre la víctima, lo cual permite determinarla o manipularla hacia los fines que escoja quien ejerce el control¹⁰³².

g) Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa.

Esta agravación constituye una cualificación por el resultado; esto significa que cuando en la ejecución de la trata se genere alguna lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico protegido, será aplicable dicha agravante. Sin embargo, MARTÍNEZ OSORIO manifiesta que tales afectaciones, deben haber sido al menos realizadas con dolo o culpa, quedando excluida la aplicación cuando se debieran a condiciones fortuitas o imprevisibles o no dominables por parte del sujeto activo¹⁰³³.

Respecto a las circunstancias atenuantes, ni el tipo penal español, ni el salvadoreño, hacen especial referencia a este aspecto. Por lo cual solo podrá aludirse al elenco de circunstancia atenuantes generales o comunes para

1030 Art. 5.2 c) del citado Protocolo.

1031 RAE (2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prevalecer (última visita 21 septiembre 2011).

1032 Martínez Osorio (2008), pp. 65-66.

1033 *Ibid.* pp. 65-66.

todos los delitos. En este sentido, el art. 21 del CP español establece que son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal:

1ª) Las causas expresadas en el Capítulo II. De las causas que eximen de la responsabilidad criminal, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Estas causas son:

1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

2º) El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3º) El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4º) El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero.- Agresión ilegítima.

Segundo.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5º) El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero.- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero.- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

- 6º) El que obre impulsado por miedo insuperable.
- 7º) El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.
- 2ª) La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.
- 3ª) La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
- 4ª) La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
- 5ª) La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
- 6ª) La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
- 7ª) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Mientras que el CP salvadoreño establece en su art. 29 como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal:

- 1) Estar el culpable en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser preordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto;
- 2) El exceso de los límites establecidos para las causas de exclusión de la responsabilidad penal¹⁰³⁴, cuando no lo ocasionare una excitación o perturbación que lo hicieren excusable, a saber:
 - 1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;
 - 2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

1034 Comprendidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 27 del CP salvadoreño.

- a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla; y,
 - c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;
- 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionadamente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;
- 3) El que obra en un momento de arrebato, obcecación o bajo el impulso de intensa emoción provocada por un hecho injusto efectuado contra él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos;
- 4) Haber procurado espontánea y eficazmente evitar o atenuar las consecuencias dañosas del delito; y,
- 5) Cualquier otra circunstancia de igual entidad, que a juicio del tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del agente o de su ambiente.

2.5. ITER CRIMINIS

En la realización del delito de trata de personas se distinguen varias fases. En la primera se realizan los actos de carácter interno, esto es cuando el sujeto activo se plantea la posibilidad de realizar el delito. Estos actos internos no son punibles.

En la segunda fase se realizan los actos externos preparatorios, con miras a obtener los medios y condiciones necesarias para ejecutar el delito. Así, en esta fase, por ejemplo, se planearía los lugares y las formas de reclutar a las víctimas, los lugares donde podrían ser explotadas, se establecería contacto con los posibles *clientes* interesados, etc.

En especial con los actos preparatorios, tanto la legislación española y salvadoreña establecen la penalidad de estos actos. Esto a pesar que no lo establecen así los instrumentos internacionales, haciendo evidente con ello la

voluntad político-criminal de adelantar las barreras de protección penal¹⁰³⁵. Así, el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata solamente establece que los Estados deben tipificar como delito la complicidad, la tentativa y la organización o dirección de otras personas para la comisión de la trata de personas¹⁰³⁶. En el mismo sentido la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de personas regula solo la punibilidad de la tentativa, de la inducción y de la complicidad¹⁰³⁷

Así, en el caso del CP español, este regula que serán castigadas *la provocación, la conspiración y la proposición* para cometer el delito de trata de personas¹⁰³⁸. En general en el CP español los actos preparatorios son impunes castigándose solo de manera excepcional en los casos especialmente previstos en la ley.

En este sentido, el art. 18 establece que existe provocación “*cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*». Mientras que CEREZO MIR afirma que la provocación es una incitación de carácter general dirigida a un número indeterminado de personas para que cometan un determinado delito o una determinada clase de delitos. Añade que la provocación se caracteriza por el medio empleado, susceptible de influir en una generalidad de personas y porque el destinatario de la incitación a delinquir no está absolutamente determinado¹⁰³⁹.

Respecto a la conspiración, el art. 17 establece que esta existe «*cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*»¹⁰⁴⁰; y CEREZO MIR afirma que el concepto de conspiración se da también cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo, pero asignando a algunas de ellas, de acuerdo con el plan

1035 Cfr. Villacampa Estiarte (2010), p. 840.

1036 Art. 5.2 letra c) 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 Transnacional.

1037 Art. 3 de la citada Directiva.

1038 Art. 177 bis. 8 Código Penal español.

1039 Cerezo Mir (2005).

1040 Similar regulación contiene el art. 23 del Código Penal salvadoreño.

delictivo, conductas de mera participación. Consecuentemente es necesario que se tome previamente la resolución de ejecutar el delito, pero no es preciso que todos los conspiradores resuelvan llevar a cabo actos ejecutivos¹⁰⁴¹.

En el caso de la trata de personas, es muy frecuente que varias personas se concierten en las distintas etapas involucradas en el proceso de explotación. Por lo tanto, si hay un encuentro de ideas, seguido por un acto de resolución de ejecutar la trata de personas, esto constituiría un caso de conspiración¹⁰⁴².

Respecto a la *proposición*, el mismo art. 17 establece que esta existe “cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”¹⁰⁴³; y CEREZO MIR añade que el concepto de proposición comprende también el supuesto en que el proponente, que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a que lo ejecuten sin su cooperación; por lo tanto, no es preciso que invite a otra u otras personas a ejecutar el delito conjuntamente con él¹⁰⁴⁴.

Sin embargo, para BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA *ET AL.* al castigar estos actos preparatorios “se aumenta el grado de intervención penal a límites extremos, dado que la trata misma de personas constituye a su vez un acto preparatorio de los delitos en los que se concreta la explotación final a la que se somete a la víctima de estos delitos”¹⁰⁴⁵. de la misma opinión TERRADILLOS BASOCO para quien esta punición “es inexplicable si se tiene en cuenta el ámbito de aplicación del art. 570 bis del nuevo CP, que ya permite la punición de los actos preparatorios del delito de trata político-criminalmente relevantes”¹⁰⁴⁶.

No obstante, discrepamos de esta opinión en cuanto que el artículo 570 bis se refiere exclusivamente a la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de una organización criminal, por lo cual al no regular estos supuestos dentro del tipo penal de la trata, aquellos realizados sin vinculación a una organización criminal quedarían sin castigo¹⁰⁴⁷.

1041 Cerezo Mir (2005).

1042 Cfr. Nair (2007), p. 5.

1043 Similar regulación contiene el art. 23 del Código Penal salvadoreño.

1044 Cerezo Mir (2005).

1045 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 59.

1046 Terradillos Basoco (2010), p. 213; Ver también Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), p. 202.

1047 Artículo 570 bis.- 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o

Mientras que el CP salvadoreño establece que será sancionado todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades relacionada con la trata de personas¹⁰⁴⁸. En este sentido, doctrinalmente se ha entendido por *promover* el iniciar la acción que da lugar a la comisión del delito, y por *favorecer* ayudar o servir para una determinada finalidad¹⁰⁴⁹. En suma, cabe cualquier actividad de carácter significativo y que se relacione directa o indirectamente con la trata¹⁰⁵⁰.

Como ejemplo de este tipo de acciones estarían el conseguir el visado, documentos de viaje o personales de las víctimas; encargarse de sesiones fotográficas, de enseñanza básica del idioma del país de destino o establecer contactos entre diversos países para efectuar el *negocio* de la trata¹⁰⁵¹.

MARTÍNEZ OSORIO añade que cabe resaltar que todas estas conductas relativas a la promoción y el favorecimiento suponen en esencia diversas formas de complicidad; pero que a efectos del presente tipo, han sido elevadas

dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; 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.

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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

1048 Art. 367-B inciso segundo.

1049 Palomo del Arco (2001), p. 179.

1050 Martínez Osorio (2008), pp.55-56.

1051 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 55-56.

a formas autónomas de autoría. Con ello, se excluye la aplicación de las reglas reguladas para los casos de la complicidad¹⁰⁵².

Finalmente, en la tercera fase del *iter criminis* se realizan los actos ejecutivos, es decir la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a las víctimas con fines de explotación.

2.6. TENTATIVA

La obligación de penalizar la tentativa de trata de personas está estipulada en el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata¹⁰⁵³; sugiriendo NACIONES UNIDAS que esta sea regulada expresamente cuando la legislación penal no contemple el castigo de la tentativa.

En este sentido, NACIONES UNIDAS sugiere ejemplos de formulaciones alternativas, así: *“Una persona que intente cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley, será castigado tal como si el delito intentado se hubiera cometido. Un intento de delito es punible con la misma pena que se prescribe para la comisión de la ofensa”*. O *“Una persona que intente cometer un delito previsto en esta Ley, comete un delito y se castigará como si el delito intentado se hubiera cometido, siempre que la conducta de la persona sea más que una mera preparación para la comisión del delito. La tentativa se castiga con la misma pena que se prescribe para la comisión del delito”*.

También propone regulaciones de los supuestos en lo que no se castigará la tentativa: *“Una persona no es culpable de tentativa de cometer un delito en virtud del apartado 1, si los hechos son tales que la comisión del delito fuese imposible. Una persona no comete un delito con arreglo al apartado 1 si, antes de la comisión del delito él o ella haya: (A) terminado su participación; (B) tomado medidas razonables para prevenir la comisión de la infracción; y (C) no tenga *mens rea*, es decir, la intención / conocimiento de que el acto que él o ella está cometiendo es parte de un delito, o no tiene intención de cometer el acto que constituye un delito”*¹⁰⁵⁴.

En el caso de las legislación española y salvadoreña para entender que se ha cometido la tentativa de trata de personas, se deberá basarse en

1052 *Ver Ibid.*

1053 Art. 5.2 (a) del mencionado Protocolo.

1054 United Nations (2009a), pp. 46-47.

las reglas generales establecidas para la tentativa, que entiende que esta será punible cuando el sujeto activo haya dado principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, este no se haya producido por causas independientes de la voluntad del autor¹⁰⁵⁵.

No obstante, dada la configuración del tipo penal de la trata, es difícil la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Así, por ejemplo, podrían ser actos preparatorios los casos en que el sujeto activo anuncie por Internet o por el periódico una oferta engañosa de trabajo. Por lo contrario, podríamos estimar como un principio de ejecución la puesta en contacto entre el sujeto activo y pasivo con la finalidad de lograr un acuerdo, una aceptación a la oferta, etc.

Sin embargo, hay un sector doctrinal que opina que no es posible cometer la tentativa en este delito. Así, MARTÍNEZ OSORIO opina que al ser la trata de personas un delito de mera actividad es difícil hablar de tentativa, ya que todas aquellas conductas del *iter delictivo* son castigadas de forma autónoma. Y conforme a la legislación salvadoreña las formas previas al reclutamiento o la captación, quedan comprendidas como actos de promoción o favorecimiento. Esto deriva de la de la misma naturaleza del tipo, ya que en esencia se pretende castigar penalmente conductas preparatorias a las diferentes formas de explotación, y por su alto nivel de peligrosidad se castigan de forma independiente¹⁰⁵⁶.

En el mismo sentido, RUIZ RESTREPO asevera que la tentativa en el delito de trata de personas es inoperante dado que esta es entendida como delito de peligro que subsume a la tentativa, por lo tanto, las características propias del delito excluye las formas imperfectas de ejecución. Esto refleja el ánimo del legislador de anticipar el momento de la configuración de la conducta. Consecuentemente la propia realización de cualquier acto de favorecimiento de la trata consumará la actuación ilícita¹⁰⁵⁷.

1055 Art. 16 CP español y art. 24 CP salvadoreño. En algunas jurisdicciones, la tentativa recibe un castigo menor que el delito consumando y en otras ambas reciben el mismo castigo. Asimismo algunos países incluyen dentro de la tentativa tanto a los actos cometidos en la preparación de un delito, como a los actos realizados en un intento fallido de cometer el delito. Ver Naciones Unidas (2000c), párrafo 70 y United Nations (2009a), pp. 46-47.

1056 Martínez Osorio (2008), pp. 61-62.

1057 Ruiz Restrepo *et al* (s.f.), p. 34.

En similar sentido, aunque refiriéndose al delito de inmigración clandestina de trabajadores, la Sentencia Audiencia Provincial Girona núm. 407/1998¹⁰⁵⁸, señalaba que *«En efecto, la amplitud del tipo penal del artículo 313.1 del CP es de tal magnitud, que incluso la realización de cualquier acto preparatorio (no sólo la conspiración, la provocación y la proposición para delinquir) importa ya consumación del delito y responsabilidad en calidad de autor de cualquier partícipe. Ello en definitiva, significa que en este tipo penal la doctrina y todas las reglas que regulan las formas imperfectas de ejecución y la participación en el delito no son aplicables. Así lo permite el tenor literal del precepto al anticipar la punibilidad castigando con la misma pena al que «promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España». Basta que el sujeto activo realice cualquier acto externo que sea una manifestación de su intención de traer mano de obra a España, para que puedan intervenir los Tribunales Españoles. En ese momento el delito se consume y cualquier partícipe puede ser castigado como autor».*

2.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Respecto al autor directo, estos son entendidos por la legislación penal española y salvadoreña como *“quienes realizan el hecho por sí solos”*¹⁰⁵⁹. Así, el determinar al tratante individual, no representa mayor problema alguno, ya que será considerado actor directo del delito de trata de personas aquél que realiza de forma total cada una de las conductas comprendidas en el tipo penal¹⁰⁶⁰. Sin embargo, en la práctica, dado las características peculiares de este delito, es muy frecuente que el hecho punible aparezca como el resultado del encadenamiento de una pluralidad de actos individuales realizados por varios sujetos, dando lugar al fenómeno de la codelinquencia.

En este sentido, el CP español regula en su Título II a las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas. Así, declara que: *«Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices»*¹⁰⁶¹; en similar sentido se expresa el CP salvadoreño en su

1058 (Sección 3.ª), de 15 octubre, ARP 1998/3671, sentencia citada por López Cervilla (2004), p. 2770.

1059 Art. 28 CP español y art. 33 CP salvadoreño.

1060 Cfr. Martínez Osorio (2008), p. 62.

1061 Art. 27 CP español.

Capítulo IV al establecer que “*incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices*”¹⁰⁶².

En el caso de la coautoría de la trata de personas, los autores realizan conjuntamente con otro u otros la comisión del delito¹⁰⁶³, esto significa que los autores tienen un co-dominio funcional del hecho y existe un plan común y un aporte esencial de cada uno de los intervinientes dentro de la fase ejecutiva del delito¹⁰⁶⁴. Esta situación tampoco crea grandes problemas interpretativos pues basta que los coautores realicen cualquiera de los verbos típicos estipulados en el tipo penal¹⁰⁶⁵.

Sin embargo, lo que sí representa un problema interpretativo es la adscripción penal que merece el organizador de todo el proceso de trata. Generalmente se trata de los *cabecillas* o *cerebros* de la organización criminal que suelen mantenerse fuera de los actos ejecutivos o de consumación del delito, pero tienen el control integral de todo el proceso. Consiguientemente, no podrían ser considerados autores directos ni coautores.

Para solucionar este problema podríamos seguir la tesis de WELZEL que considera al preparador, organizador o *cerebro* de la banda como un coautor más, al igual que los ejecutores directos del hecho. En este sentido, será considerado coautor tanto quien efectúa la acción de ejecución en sentido técnico sobre la base del plan común en relación con el hecho; como el “*jefe de la banda*” que proyecta el plan del hecho, distribuye los ejecutores y dirige sus obras, aun cuando él mismo no participe en parte alguna de las acciones de ejecución, dado que es co-portador de la decisión común al hecho, teniendo que comprobarse la participación en la decisión delictiva. Así, el *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica se ve compensado con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito¹⁰⁶⁶.

Respecto a los autores mediatos, entendidos estos como los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento¹⁰⁶⁷, también hay

1062 Art. 32 CP salvadoreño.

1063 Art. 28 CP español y art. 33 CP salvadoreño.

1064 Cerezo Mir (2005).

1065 Cfr. Martínez Osorio (2008), p. 62.

1066 Welzel (2002), pp. 132-133, 159 de la primera edición de 1970.

1067 Art. 34 CP salvadoreño.

una tesis que sostiene que el jefe o *cerebro* de la organización es autor mediato de los hechos cometidos por los ejecutores materiales. Se trata de la tesis del “*autor detrás del autor*”, formulada por ROXIN, en la que plantea que, en general, quien emplea una maquinaria organizativa, de tal manera que pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles; siendo irrelevante si hace esto por iniciativa propia o en interés de instancias superiores, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito¹⁰⁶⁸.

En este mismo sentido, STRATENWERTH denomina a los jefes de estas organizaciones delictivas como “*autores de escritorio*” debido a que en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen el dominio del suceso ya que al disponer de la organización cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “*aparato*” en la ejecución del hecho¹⁰⁶⁹.

En la participación, entendida esta como el hecho de tomar parte, de cooperar de manera accesoria en la ejecución de la acción típica llevada a cabo por el autor, podemos distinguir entre inductores, cooperadores necesarios y cómplices.

En cuanto a la dependencia de esta responsabilidad en función de la de los autores nos encontramos con diferentes teorías. Así, según la teoría de la accesoriadad cuantitativa, si el autor no da comienzo a la ejecución del delito los partícipes quedan, en principio, impunes; mientras que la teoría de la accesoriadad cualitativa se refiere a la medida de la dependencia de la responsabilidad de los partícipes respecto de la del autor. Y la teoría de la accesoriadad mínima considera que para que los partícipes incurran en responsabilidad basta que la conducta del autor sea típica, no siendo necesario que sea además antijurídica y culpable¹⁰⁷⁰.

Respecto a los inductores, en el caso del delito de trata el inductor sería el que hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción típica y antijurídica de trata de personas, siempre que esta inducción

1068 Roxin (2000), pp. 273-274.

1069 Stratenwerth (2005), pp. 393-394.

1070 En España esta teoría ha sido defendida por Boldova Pasamar. Ver en general, Boldova Pasamar, (1995), Capítulo II.

sea directa, es decir que sea dirigida a una persona o personas determinadas; y eficaz en cuanto en tanto es preciso que el inducido dé comienzo a la ejecución del delito, aunque no es preciso que logre su consumación.

No obstante, a pesar de que ámbito doctrinal se distinga al autor del inductor, en el ámbito penológico, tanto el CP español como el salvadoreño castigan al inductor con la misma pena que al autor¹⁰⁷¹. Por lo tanto, si el inducido realiza la conducta delictiva y logra la consumación del delito, el inductor responderá por inducción a un delito consumado con la pena del autor de un delito consumado. Si la conducta del inducido queda en grado de tentativa el inductor recibirá la pena del autor de un delito en grado de tentativa. Si el inducido finalmente no llegó, siquiera, a dar comienzo a la ejecución el inductor quedará impune, pues la inducción ineficaz, es decir, la inducción a la que no sigue un principio de ejecución, no se castiga.

Es necesario tener en cuenta que la inducción se agota con la puesta en marcha de la idea criminal por parte del instigado, por lo tanto, el inductor no tiene control posterior alguno sobre la actividad criminal del inducido; esta distinción es relevante para evitar la calificación del jefe o *cerebro* de una organización criminal como inductor, dado que este si tiene un control total de la ejecución del delito, trascendiendo así los ámbitos de la instigación¹⁰⁷².

En el caso de la regulación española mayor problema representa la distinción entre los cooperadores necesarios y los cómplices, a pesar de haberse formulado diversas teorías al respecto. Así, en la práctica, una misma conducta puede ser calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito. Sin embargo, el cooperador necesario recibe la misma pena que el inductor.

En este sentido, el CP español establece que también serán considerados autores los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado¹⁰⁷³; y cómplices los que, no hallándose comprendidos en el supuesto anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos¹⁰⁷⁴.

1071 Art. 28 CP español y art. 32 CP salvadoreño.

1072 Cfr: Martínez Osorio (2008), pp. 62-64.

1073 Art. 28 CP español.

1074 Art. 29 CP español. Mientras que en el caso del CP salvadoreño se regula ambos supuestos como complicidad. Así el artículo 36 expresa; “*Se consideran cómplices:*

Basándonos en estas definiciones, podríamos establecer, dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, como ejemplos de cooperadores necesarios a los financiadores, es decir todos aquellos que financian los diferentes procesos involucrados en la trata de personas, lo que incluye a aquellos que financian la captación, el transporte, traslado, acogida alojamiento, e incluso aquellos que conceden préstamos de dinero a los tratantes o explotadores; a los que expiden la documentación falsa sean pasaportes, permisos de residencia o precontratos de trabajo; a los agentes de viajes y otros intermediarios, siempre que supongan un apoyo relevante, de tal forma que sin su cooperación no se hubiese podido realizar la trata¹⁰⁷⁵.

Mientras que en el caso salvadoreño, estos actos de cooperación para cometer el delito de trata y que generalmente quedan comprendidos en la cooperación necesaria o complicidad, quedan englobados en el inciso tercero del art. 367-B CP, que los eleva de forma autónoma al grado de autores con relación a la promoción o al favorecimiento¹⁰⁷⁶.

Respecto a la complicidad, el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata pide expresamente que sea castigada¹⁰⁷⁷, sin embargo, NACIONES UNIDAS añade que esta disposición solo debe incluirse si no está ya incluido en el código penal o ley nacional¹⁰⁷⁸.

En este sentido, NACIONES UNIDAS sugiere ejemplos de formulaciones alternativas para penalizar la complicidad en el delito de trata de personas, así:
“Una persona que participe como cómplice en cualquiera de los delitos de esta Ley, se considera que ha cometido el delito y se castiga como si el delito se hubiere cometido por esa persona.” o;
“Una persona que ayude, instigue, asesore, promueva o participe en un delito previsto en esta Ley, se considera que ha cometido el delito y se castiga como si el delito se hubiere cometido por esa persona.”

1) *Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y,*

2) *Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél.”*

1075 Ver Maqueda Abreu (2003b), pp. 10-11; Nair (2007), p. 4.

1076 Ver Martínez Osorio (2008), p. 62.

1077 Art. 5.2 (b) 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 Transnacional.

1078 United Nations (2009a), pp. 45-46.

Y propone como ejemplo de regulación que permite el arrepentimiento:

“Una persona no comete un delito con arreglo al apartado 1 si, antes de que delito sea cometido, él o ella:

(A) terminado su participación, y

(B) tomó medidas razonables para prevenir la comisión de la infracción¹⁰⁷⁹.”

Mientras que en el ámbito jurisprudencial la Sentencia Audiencia Provincial Girona núm. 407/1998¹⁰⁸⁰, refiriéndose al entonces delito de inmigración clandestina de trabajadores, aseguraba que existía un concepto unitario de autor, de modo que eran aplicables las reglas relativas a las formas imperfectas de ejecución ni las relativas a la participación accesoría, añadiendo que *“basta que el sujeto activo realice cualquier acto externo que sea una manifestación de su intención de traer mano de obra a España, para que puedan intervenir los Tribunales Españoles. En ese momento el delito se consuma y cualquier partícipe puede ser castigado como autor»*.

Como ejemplos de cómplices podemos citar a los miembros de las redes que facilitan y mantienen la trata de personas, dado que estas redes se valen de diversos sectores privados como transporte, turismo, medios de comunicación y entretenimiento y servicios legales. Así, en el sector transporte pueden actuar en complicidad los taxistas, conductores de camiones, líneas aéreas, entre otros, que participan en el movimiento de las víctimas. De igual forma, en muchos casos, la inmigración, la policía y los funcionarios públicos ayudan a los tratantes a través de actividades como la prestación de certificados fraudulentos de nacimiento u otros documentos, la organización de cruces fronterizos ilegales, el entorpecimiento de los actos de investigación o del enjuiciamiento¹⁰⁸¹.

No obstante, un aspecto que ha generado controversia en el ámbito internacional es la posibilidad de tipificar la utilización de los servicios de una víctima, o el considerar a los clientes como cómplices, dado que se considera que para que se dé este delito, es necesario que exista un mercado de *consumidores*. La existencia de esta *demanda* de víctimas motiva a las redes internacionales a considerar la trata como una actividad muy lucrativa¹⁰⁸².

1079 *Ibid.*

1080 (Sección 3.ª), de 15 octubre, ARP 1998/3671, citada por López Cervilla (2004), p. 2770.

1081 *Cfr.* United Nations (2010); p. 187; IHRLI (2005), pp. 29-31.

1082 *Cfr.* Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 64-65; O’connor-Healy (2006),

Así, podemos hablar de dos tipos de demanda: la demanda *empresarial* de mano de obra barata y explotable, y la demanda de los *bienes o servicios* producidos o prestados por personas objeto de trata. La demanda también puede ser generada por los explotadores y otros actores involucrados en el proceso de trata, como reclutadores, intermediarios y transportistas, quienes dependen de las víctimas de trata para generar ingresos.

En cuanto a la demanda *empresarial* de víctimas de trata, aquí encajarían los casos en los que el dueño de una empresa utiliza a trabajadores víctimas de trata o adquiere bienes producidos por víctimas del citado delito¹⁰⁸³; y en el caso de la demanda de *bienes y servicios* es ejemplo más frecuente es el de los hombres que compran a mujeres para la explotación sexual de la prostitución, pornografía, turismo sexual y compra de novias por correspondencia¹⁰⁸⁴.

Sin embargo, como acertadamente apunta PÉREZ CEPEDA, la piedra angular de este mercado, casi siempre anárquico, está en la condición de fuera de legalidad de las mujeres que trabajan en la prostitución, ya que esto conlleva a que estas mujeres sean una mercancía para la explotación, siendo más vulnerables las mujeres extranjeras que las prostitutas locales. Y aún en los países europeos en lo que la prostitución está reglamentada, también existe explotación ilegal de la prostitución, aunque en una cuota bastante menor, pero en expansión. Esto se debe, en mayor parte, a que las legislaciones que han elegido la vía de la reglamentación no prevén la posibilidad de regulación de las mujeres inmigrantes para ejercer la prostitución, dejándolas en la ilegalidad y privadas de protección, lo que les lleva a ser más vulnerables a la explotación¹⁰⁸⁵.

pp. 10-11; IHRLI (2005), p. 31.

1083 Cfr. United Nations (2010); p. 189.

1084 El “servicio” de novias por correspondencia existe, sobre todo, en los países asiáticos (Filipinas, Tailandia, Corea, Sri Lanka) con los destinos más variados (Japón, Australia, Alemania, Taiwán, Gran Bretaña, EE.UU.) donde las mujeres “seleccionadas” terminan siendo víctimas de trata sexual, vendidas por sus propios maridos o por los intermediarios a cualquier prostíbulo. Y cuando permanecen bajo la dependencia de quien las compró como esposas viven frecuentemente en condiciones muy precarias, explotadas laboral y sexualmente. Por estas razones se les llama “mujeres invisibles” dado que se encuentran en un sector difícilmente clasificable en relación con la prostitución Maqueda Abreu (2003a), pp. 70-71.

1085 Pérez Cepeda (2005), pp. 94-95.

Pero quizás la pregunta más conflictiva a este respecto es si el cliente de una prostituta que ha sido víctima de trata debe tener responsabilidad criminal¹⁰⁸⁶. Esto sobre todo porque el discurso que ha sido seguido por los activistas anti-prostitución considera que los abusadores masculinos actúan con toda impunidad porque saben que el sistema penal no otorga ninguna credibilidad a las mujeres prostituidas; así, si los hombres no dieran por sentado que tienen el derecho explícito de comprar y explotar sexualmente a mujeres y niñas, el mercado no existiría. Por consiguiente, este grupo de activistas está convencido de que la demanda masculina de prostitución es la causa principal de la expansión de la industria del sexo, arguyendo que sin demanda, no hay rentabilidad, y por tanto no hay negocio para proxenetas, reclutadores y tratantes.

Asimismo, critican a las posturas pro-prostitución que afirman que trata y prostitución son fenómenos independientes que deben de ser abordados de forma separada; dado que los hombres que compran mujeres y niñas prostituidas no hacen nunca este tipo de distinción¹⁰⁸⁷.

Así, añaden que estos clientes *"no se molestan en preguntar a las mujeres y niñas si se prostituyen de forma voluntaria, si han sido forzadas o si han sido traficadas desde otros países. A ellos les da igual si la joven es mayor o menor de 18 años, aunque muestran una clara preferencia por mujeres especialmente vulnerables. Muchos hombres que compran niñas prostituidas, las usan como si fueran mujeres adultas"*¹⁰⁸⁸.

En este sentido, RAYMOND propone la creación de una legislación que penalice a los clientes por el delito de explotación sexual¹⁰⁸⁹. Al respecto de manera general, el Protocolo de Naciones Unidas establece que los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños¹⁰⁹⁰.

De igual forma, NACIONES UNIDAS afirma que la reducción de la demanda se podría lograr en parte mediante medidas legislativas o de otro tipo dirigidas

1086 Cfr. United Nations (2010); p. 189.

1087 O'connor-Healy (2006), pp. 10-11.

1088 *Ibid.*

1089 Raymond (s. f.), p. 10.

1090 Art. 9 (5) del citado Protocolo.

a aquellos que se aprovechan de los servicios de las víctimas a sabiendas de que son víctimas de explotación. De hecho consideran que el tema de la demanda de la trata no es relativo solamente a los individuos que explotan o consumen la mano de obra o servicios de las víctimas, sino que también cabe cuestionar la forma en que los Estados -a través de la acción y la inacción- pueden participar directamente en el ciclo de la demanda al construir las condiciones bajo las cuales es posible o rentable el consumir o explotar a las personas¹⁰⁹¹.

En este sentido, muchos países de destino obtienen grandes beneficios económicos, deliberadamente y sin objeción de la ley, con la mano de obra extranjera. Mientras que los países de origen pueden depender en gran medida de las remesas de trabajadores en el extranjero y, por lo tanto, se muestran reacios a interferir con un sistema que aporta beneficios económicos - aunque está claro que algunos de sus ciudadanos están siendo severamente explotados¹⁰⁹².

Del mismo modo, en el artículo 19 de la Convención del Consejo de Europa contra la Trata se hace la petición a los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que fuesen necesarias para tipificar como delitos conforme a su derecho interno, el uso de los servicios de una persona con el conocimiento de que se trata de una víctima de la trata de personas.

En este sentido, el informe explicativo de la Unión Europea sobre dicha Convención afirmaba que dicha disposición fue motivada por el deseo de desalentar la demanda de personas explotadas, a la vez que pretendía asegurar la criminalización potencial de los individuos involucrados en la trata en contra los cuales fuese difícil probar los elementos necesarios del delito. Por ejemplo, el propietario de los locales comerciales utilizados para la trata puede no haber realizado ninguna de las acciones establecidas en el tipo penal, pero con base en mencionado artículo se permitiría el enjuiciamiento penal de ese individuo si se pudiera demostrar que él a sabiendas, puso a disposición los locales para el uso del tratante. También sería castigado penalmente el cliente de una prostituta que sabía que esta había sido víctima de trata de seres humanos; o también sería penalizada la persona que utilizara a un tratante para obtener un órgano. Por lo tanto, la intención sería el elemento clave en este tipo penal¹⁰⁹³.

1091 Cfr. United Nations (2010), pp. 97-99; Naciones Unidas (2004), p. 300.

1092 United Nations (2010), pp. 97-99.

1093 Council of Europe (2005), párr. 232.

En el mismo sentido se expresa la Directiva 2011/36/UE del parlamento europeo y del consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, que en su Art. 18. 4 establece que con objeto de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los Estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación, a sabiendas de que la persona es víctima de dicha explotación.

De igual forma se expresó la *Convención de la Asociación Sur Asiática para la Cooperación Regional (SAARC), para la prevención y combate de la trata de mujeres, niños y niñas con fines de prostitución*, que indirectamente toca el tema de la responsabilidad de los usuarios finales, al exigir Estados partes que se condene al “*Que mantiene o administra o financia o participe en la financiación a sabiendas de que un lugar es utilizado con fines de trata y con conocimiento concede o alquila un edificio u otro local o cualquier parte del mismo para los propósitos de trata*”¹⁰⁹⁴.

En España, con anterioridad a la reforma del CP de 2010 no se regulaba la penalización del cliente, lo cual resultaba incoherente dado que la Convención del Consejo de Europa que establecía esta obligación había sido ya firmada y ratificada por España¹⁰⁹⁵. Sin embargo, actualmente el art. 187 castiga al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz. De igual forma, la legislación penal salvadoreña en su art. 170-A¹⁰⁹⁶ castiga la mera demanda o solicitud de servicios de prostitución.

En cuanto al elemento probatorio, dada la dificultad de probar la intención de utilizar los servicios de una víctima de trata, la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional¹⁰⁹⁷ y el Informe explicativo

1094 Art. III (2) de la citada Convención.

1095 Ver Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 64-65.

1096 Art. 170-A.- La mera oferta u ofrecimiento de servicios de prostitución ajena será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

La mera demanda o solicitud de servicios de prostitución, será sancionado con la misma pena del inciso anterior.

1097 Art. 6 (2) (f) de la citada Convención.

de la Convención del Consejo de Europa contra la Trata¹⁰⁹⁸ establecen que la intención del autor de hecho puede inferirse de las circunstancias fácticas objetivas.

En resumen, sin duda, existe un creciente reconocimiento de que los usuarios de los “servicios” de las víctimas de trata son una parte crítica del problema¹⁰⁹⁹ y deben rendir cuentas, ya que al penalizar el uso de los servicios de una víctima de trata se ataca un eslabón esencial en la cadena de este delito y un aspecto clave para reducir la demanda de los bienes y servicios producidos por la explotación de personas objeto de trata¹¹⁰⁰.

Sin embargo, el penalizar al cliente por favorecer la continuidad de la trata “*supera, con mucho, las legítimas pretensiones de la intervención penal*” puesto que el cliente se aprovecha de actos de explotación que quedan al margen del tipo de la trata no pudiendo ser considerado un partícipe de este delito sino, a lo sumo, partícipe de los delitos en que se concreta la trata. Y aun así, su aportación –siempre indirecta– será por lo general, insignificante o difícilmente determinable y cuantificable en relación con concretos e individualizados actos de trata¹¹⁰¹. En similar sentido se ha expresado la jurisprudencia que ha considerado siempre tal demanda como atípica y declarando que los clientes solo responderán por las conductas de agresión, abuso sexual, detenciones ilegales, lesiones, entre otras que, en su caso, cometan¹¹⁰².

2.8. PLURALIDAD DE DELITOS

La realización de la trata conlleva al mismo tiempo la ejecución de múltiples figuras delictivas tales como el cruce ilegal de fronteras, falsedad documental, amenazas, coacciones, lesiones, etc.; además de la alta probabilidad que esta termine en un delito concreto de explotación. Por esta

1098 Council of Europe (2005), párr. 235.

1099 En este sentido, Maqueda Abreu sugiere que frente al cliente y la sociedad misma se realicen estrategias de prevención, de concienciación y responsabilización acerca de la trascendencia del fenómeno de la trata que descansa en una situación estructural de desigualdad, que garantiza la pobreza, la marginación y el abuso para sectores crecientes, siempre los más vulnerables, de la población mundial. MAQUEDA ABREU (2003b), pág. 11.

1100 Cfr. United Nations (2010), pp. 102, 103 y 189.

1101 Ver Maqueda Abreu (2003b), p. 11.

1102 Ver *Ibid.*

situación, se hace necesario el estudio de los supuestos en los que estemos en presencia de varios delitos en relación con la trata, sobre todo, dada la importancia de este análisis a la hora de determinar la pena a imponer al sujeto activo de este delito.

2.8.1. Delito continuado

Respecto al delito continuado no es posible considerar su aplicación debido que la trata de personas protege bienes *eminentemente personales*, en concordancia con lo establecido por el art. 74 apartado 3º del CP español¹¹⁰³. Esta regla también es aplicable a la legislación salvadoreña.

Así, en opinión de CEREZO MIR los bienes jurídicos de carácter eminentemente personal son *ciertamente* la vida independiente, la integridad corporal, la salud, la libertad y la intimidad¹¹⁰⁴; y BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALARÉE añaden que el criterio básico para determinar si estamos ante un bien eminentemente personal será *siempre* si hay una afección directa al mantenimiento y desarrollo de la *personalidad* de otro. “*Si a partir de este criterio se llega a la conclusión de que es un bien personalísimo, no podrá aplicarse la continuidad delictiva*”¹¹⁰⁵.

2.8.2. Concurso de leyes

En cuanto al concurso de leyes, dada la especialidad del delito, en este concurren otras tipificaciones delictivas, tales como maltratos, coacciones, amenazas, etc.¹¹⁰⁶; las cuales son absorbidas por la conducta típica de trata por ser esta más especial (principio de especialidad)^{1107 1108}. Sin embargo, estas manifestaciones delictivas deben estar dirigidas a vencer la oposición

1103 Mientras que el CP salvadoreño establece expresamente en su art. 42 que no hay delito continuado en los delitos de homicidio y lesiones.

1104 Cerezo Mir (2004), p. 295.

1105 Bustos Ramírez-Hormazábal Malarée (1997), p. 208.

1106 Cfr. Villacampa Estiarte (2011b), p. 485.

1107 A favor De León Villalba (2000), p. 110. Mientras que López Cervilla, aunque refiriéndose al anterior art. 318 bis CP español recomendaba resolver en aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4 CP) a favor del delito que tiene señalada pena más grave. López Cervilla (2004), p. 2772.

1108 Ver en general, sobre la teoría del concurso de leyes Escuchuri Aisa (2004a).

de la víctima, pues de emplearse con posterioridad al proceso de trata nos encontraríamos ya ante un concurso de delitos con las amenazas, coacciones, o delitos concretos de explotación¹¹⁰⁹.

En cambio, no están incluidas en el tipo las lesiones¹¹¹⁰, la privación de libertad ni la violación, por lo cual habrá que castigarlas separadamente.

2.8.3. *Concurso ideal de delitos*

Respecto al concurso ideal en el delito de trata de personas, es muy común que este pueda apreciarse cuando el sujeto activo se excede en la ejecución de los medios comisivos. En este sentido, si al ejecutar las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a la víctima utilizando los medios comisivos se fuese más allá de las acciones necesarias para ejecutar la trata de personas estaremos ante un supuesto de concurso ideal. Así, podemos citar como ejemplos la situación en la cual al ejercer la violencia sobre la víctima se comete un atentado más relevante a la integridad física, por lo tanto, estaríamos ante unas lesiones¹¹¹¹; o si al ejercer intimidación sobre el sujeto pasivo se exceda en la conducta necesaria para provocar dicha intimidación¹¹¹², deviniendo la conducta en un delito de amenazas o de coacciones¹¹¹³.

En el mismo concurso se incurrirá en el caso de delitos tales como la violación o las agresiones sexuales, que suelen ser algunas de las tantas vejaciones y humillaciones que sufren las víctimas durante el proceso de trata con el fin de intimidarlas para que accedan a ser trasladadas para su futura explotación¹¹¹⁴. Sin embargo, para apreciar esta relación concursal, el sujeto activo debe conocer y querer a través de estas conductas doblegar la voluntad de la víctima, pues si, por ejemplo, este viola o agrede sexualmente a la víctima

1109 Cfr. Torres Fernández (2006), p. 14; Arroyo Zapatero (2001), p. 34.

1110 Sobre el delito de lesiones *Ver* en general Díez Ripollés (1997b) y (1997c).

1111 Cfr. García Pérez (2004), p. 518; STS de 17-9-2001. Sobre el delito de lesiones *Ver* en general Díez Ripollés (1997b) y (1997c).

1112 Cfr. Terradillos Basoco (2010), p. 213; López Cervilla (2004), p. 2726.

1113 Cfr. Martínez Osorio (2008), p. 87; Pozuelo Pérez (2005), pp. 424-425.

1114 Cfr. Villacampa Estiarte (2011b), pp. 484-485. Mientras que Martínez Osorio considera que en el caso de que la violación o agresiones sexuales se llevasen a cabo como parte del ejercicio de la violencia física o la intimidación para lograr el yacimiento con la víctima, cabría igualmente apreciar otro posible concurso ideal o real de delitos entre la remuneración de actos sexuales o eróticos y la violación o agresión sexual Martínez Osorio (2008), pp. 83-84.

con fines meramente sexuales, es decir, para su propio placer, cabría apreciar un concurso real¹¹¹⁵.

La misma situación se da cuando con el fin de doblegar la voluntad de la víctima se restringe su libertad ambulatoria, lo que nos llevaría a la ejecución de la trata de personas en concurso ideal con el delito de detenciones ilegales, en el caso de España¹¹¹⁶ (art. 153 CP español); o privación de libertad en el caso salvadoreño¹¹¹⁷ (art. 148 CP salvadoreño). Respecto a las detenciones ilegales, en el ámbito jurisprudencial se ha afirmado que cuando el encierro es prácticamente absoluto, no hay duda en calificar la situación como una detención ilegal¹¹¹⁸; pero si la persona ha podido salir en alguna ocasión del lugar donde se encuentra acogida, no está realmente limitada su libertad, lo que impediría apreciar autónomamente el delito de detención ilegal¹¹¹⁹.

La jurisprudencia también considera que se da el delito de detención ilegal cuando, a pesar de que la víctima haya podido salir del lugar donde se encontraba limitada de su libertad, lo haga bajo vigilancia, e incluso estima que la retirada del pasaporte, combinado con la vigilancia y las amenazas en un medio en el que no cuentan con recursos económicos ni personales, equivale a una más que suficiente limitación de la libertad ambulatoria como para poder apreciar un delito de detención ilegal¹¹²⁰.

Respecto al concurso ideal homogéneo, dado el carácter individual del bien jurídico protegido, habrá tantos delitos de trata como personas afectadas, esto a pesar que la fórmula legal se refiera a “seres humanos” o “personas”¹¹²¹.

2.8.4. Concurso medial de delitos

En cuanto al concurso medial de delitos el supuesto de hecho de este tipo de concurso es el más frecuente respecto la trata de personas, dado que esta constituye, a su vez, un delito medio para la posterior explotación de la

1115 Cfr. López Cervilla (2004), p. 2726.

1116 Cfr. Hernández Plasencia (2002), p. 253; García Pérez (2004), p. 518. Mientras que De León Villalba aprecia en este caso un concurso medial. De León Villalba (2000), p. 110.

1117 Cfr. Martínez Osorio (2008), pp. 88-90.

1118 SAP M 4723/2003 de 14-4-2003.

1119 STS 5996/2003 de 6-10-2003.

1120 SAP M 3922/2003 de 28-3-2003.

1121 Cfr. Pérez Alonso (2008), p. 391; López Cervilla (2004), pp. 2661-2712; De León Villalba (2003), p. 251; Laurenzo Copello (2003), p. 89.; Hernández Plasencia (2002), p. 253.

víctima, existiendo, por lo tanto, una relación instrumental de medio a fin¹¹²² y una conexión teleológica entre la trata de personas y el posterior delito de explotación¹¹²³.

Así, estaremos ante un supuesto de concurso medial cuando se concreten los tipos de explotación que pretende la trata de personas¹¹²⁴, tales como los delitos relativos a la explotación laboral, regulados como delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318) en el CP español, y como delitos relativos a los derechos laborales (arts. 244-245) en el CP salvadoreño; el delito de explotación de la mendicidad, regulado en el art. 232 del CP español¹¹²⁵ y en el art. 205 del CP salvadoreño¹¹²⁶, ¹¹²⁷; los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores¹¹²⁸, (arts. 187-190) en el caso de la legislación penal española¹¹²⁹, o relativos a la libertad sexual en el

1122 Ver art. 77. 1 CP español y art. 40 CP salvadoreño.

1123 Sobre la teoría del concurso medial en general Ver Escuchuri Aisa (2004a), pp. 71, 440; y Escuchuri Aisa (2004b), p. 339.

1124 Cfr. Villacampa Estiarte (2011b), p. 487; sin embargo, afirma que la relación será generalmente de concurso real y habitualmente medial si puede afirmarse la concurrencia de necesidad en concreto, entre el delito de trata de personas con aquellos delitos que pueden cometerse en la fase de explotación de la víctima.

1125 Art. 232.- 1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si esta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

1126 Art. 205.- El que utilizare o prestare a un menor de dieciocho años de edad para la práctica de la mendicidad, será sancionado con quince a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Sí para este mismo fin se traficaren con menores de dieciocho años, se empleare con ellos violencia o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud, la sanción será de uno a tres años de prisión.

1127 Sin embargo, en ambas legislaciones, las cuales tienen una regulación casi idéntica de este delito, regulan como agravante del delito el hecho de traficar con menores de edad o incapaces. Esto nos parece una contradicción, ya que como nos hemos manifestado *supra* el traficar con personas no es compatible con fines de explotación. Creemos que esta agravante puede ser una reminiscencia de cuando el anterior art. 318 bis regulaba al tráfico ilegal de personas como un equivalente a la trata de personas.

1128 Un análisis detallado sobre los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores en Boldova Pasamar (2004). Sobre la pornografía infantil en la red Ver Boldova Pasamar (2010).

1129 De igual forma se expresaba la STS nº 651/2006, de 5 de junio referida a un supuesto de tráfico ilegal y prostitución coactiva, que se decanta por apreciar un concurso real de delitos.

caso de la legislación penal salvadoreña (arts. 166-173)^{1130 1131}; o el delito de tráfico de órganos, el cual se castiga como un delito de lesiones específico en el CP español (art. 156 bis)¹¹³²; y como un delito específico de peligro para la vida y la integridad personal por el CP salvadoreño (art. 147-B)¹¹³³. Asimismo, en el exclusivo caso de la legislación salvadoreña, también se puede apreciar concurso medial entre la trata de personas y el delito de alteración de la filiación (art. 196)¹¹³⁴.

Ambos tipos penales también regulan como finalidad de la trata la esclavitud, prácticas similares a la esclavitud y la servidumbre, sin embargo,

-
- 1130 Sin embargo, concordamos con Martínez Osorio cuando descarta de este grupo al delito de exhibiciones obscenas (art. 171 CP), “*en la medida que este, supone [...] la ejecución pública de actos de contenido obsceno ante menores e incapaces, que pueda afectar de esa forma su intangibilidad sexual. En este caso, su contenido con la trata es muy lejano, a menos, que se utilicen personas menores de dieciocho años o incapaces para tales actos. Aquí, ya entraríamos al terreno o bien del 169 o del 173 del CP, que si son relevantes con relación a la trata de personas...*” Martínez Osorio (2008), pp. 85-86.
- 1131 Sobre la relación entre la trata de personas y la prostitución *Ver* en general De León Villalba (2000).
- 1132 Artículo 156 bis.- 1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.
2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.
3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido.
- Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.
- 1133 Art. 147-B.- Tráfico y tenencia ilegal de órganos y tejidos humanos. El que extrajere o transplantare órganos o tejidos humanos, sin estar debidamente autorizado para ello, según lo establecido en el Código de Salud, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. Igual sanción se impondrá a quien comerciare con órganos o tejidos humanos. El que tuviere en su poder, órganos o tejidos de personas humanas, sin estar autorizado para ello, según lo establecido por el Código de Salud, será sancionado de tres a cinco años de prisión.
- 1134 Art. 198.- El que entregare un hijo o descendiente a otra persona, mediante compensación económica, para establecer una relación análoga a la de la filiación incumpliendo los requisitos legales de la guarda o adopción, será castigado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de autoridad parental por el mismo período. En este caso, la persona que lo recibiere y los intermediarios, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.

como acertadamente apuntan BOLDOVA PASAMAR; URRUELA MORA *ET AL*, la esclavitud, como tal, no aparece regulada como delito en el CP español, siendo solo punible cuando constituye una modalidad de realización de los delitos de lesa humanidad¹¹³⁵ (art. 607 bis. 2. 10^o¹¹³⁶). Similar situación sucede en la legislación penal salvadoreña, la cual añade como finalidad de la trata la celebración de matrimonios forzados, que al igual que la esclavitud, no se encuentra expresamente regulada como delito penal.

Por otra parte, VILLACAMPA ESTIARTE manifiesta que son supuestos de solapamiento normativo los casos de recluta o alistamiento de menores de dieciocho años (art. 612.3º CP), captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculo exhibicionista o pornográficos (art. 189.1.a CP), tráfico de menores para su empleo en la mendicidad (art. 232.2 CP) y el tráfico de órganos (art. 156bis CP) en lo referente a las conductas del propio tráfico de órganos. Así, el legislar estos delitos fuera de los supuestos del art. 177 bis CP, le parece “*una muestra de mala técnica legislativa, e incluso de ausencia de conciencia del legislador acerca de la sustantividad lesiva propia del mismo proceso de trata*”. Por lo tanto, la concurrencia delictiva en estos casos supondría infracción del principio *non bis in idem*. Para resolver este conflicto propone *de lege ferenda* un tratamiento unificado de la trata, incriminándose todos los supuestos de trata única y exclusivamente a través del art. 177 bis CP¹¹³⁷.

No obstante, es necesario recordar que para apreciar este tipo de concurso la relación instrumental entra la trata con el delito concreto de explotación debe estar ligada por elementos lógicos, temporales y espaciales¹¹³⁸. Esto significa que las acciones reguladas por la trata de personas (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir) deben preceder temporal y

1135 Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 56.

1136 Artículo 607 bis.- 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:
10º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

1137 Villacampa Estiarte (2011b), p. 487.

1138 *Cfr.* Escuchuri Aisa (2004a), p. 441.

geográficamente al delito de explotación. De no ser así, no es posible establecer la relación medial y, por lo tanto, la explotación se ejecuta como un ejercicio directo de un constreñimiento material o moral sobre la víctima, debiendo castigarse el delito concreto de explotación¹¹³⁹.

En relación con la mención especial que hace el apartado noveno del art. 177 bis respecto que las penas previstas para la trata de personas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan a los delitos constitutivos de la correspondiente explotación, la doctrina mayoritaria afirma que el legislador ha querido dejar claro la apreciación de concurso de delitos, y no de leyes, entre la trata y los delitos en los que se concreta la explotación¹¹⁴⁰. Sin embargo, la doctrina no es uniforme en cuanto a la consideración de un concurso medial en este supuesto de hecho. Así, hay quienes afirman que este precepto deja claro la no apreciación de concurso medial de delitos entre la trata y aquéllos a los que sirve como instrumento¹¹⁴¹; y otros afirman que aunque parece que este apartado se refiere al concurso real, quizá quepa incluir en este precepto especial la posibilidad de operar como un concurso ideal¹¹⁴².

Asimismo, dada la especial configuración del tipo penal de la trata, también puede apreciarse concurso medial entre las diferentes conductas que se realicen con el fin de doblegar la voluntad de la víctima para su captación, transporte, traslado, acogida o recibimiento para su posterior explotación, siempre que estas conductas no estén ya comprendidas dentro del tipo penal, ni represente un exceso en la ejecución de dichas conductas, pues, tal como nos hemos manifestado *supra* estaríamos ante un caso de concurso ideal.

Ejemplo de este tipo de concurso medial sería la ejecución del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP español y art. 367-A CP salvadoreño), para trasladar a la o las víctimas de un país a otro con fines de explotación¹¹⁴³. De hecho, el legislador español también

1139 Cfr. Martínez Osorio (2008), pp. 88-90.

1140 Ver. Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 59-60; Daunis Rodríguez (2011), p. 132; Juanes Peces (2010), p. 6.

1141 Ver. Terradillos Basoco (2010), p. 213.

1142 Ver. Manzanera Samaniego (2010), p. 218.

1143 Mientras que Villacampa Estiarte ve complejo evitar la admisión del concurso de delitos –normalmente ideal–, entre el delito de trata de personas del art. 177 bis CP y el delito de tráfico de personas del art. 319 bis CP, siempre que se considere que en el

incluye específicamente a este delito en el apartado noveno del art. 177 bis que establece que las penas previstas para la trata de personas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 318 bis, dejando claro con esta disposición que la relación entre ambos delitos es la de un concurso de delitos, y no de leyes, dado que ninguno de ellos agota el contenido de injusto del otro¹¹⁴⁴.

Sin embargo, al igual que se ha hecho la aclaración en los casos anteriores, para que se contemple el concurso medial entre la trata de personas y el tráfico ilegal de personas, el sujeto activo debe valerse de la acción del tráfico ilegal para trasladar a la víctima a un tercer país con fines de explotación, de tal manera que si no fuese utilizado dicho tráfico como medio para la trata deberá ser castigado como un concurso real. Como ejemplo hipotético de este caso concreto podemos mencionar la situación del traficante de inmigrantes que al no recibir la cantidad acordada por el “servicio” de introducir ilegalmente a un extranjero en otro país, decide “vender” al inmigrante a otra persona para que esta la explote¹¹⁴⁵.

También se aprecia concurso medial en el caso de la falsedad documental, y en especial la falsedad de documentos públicos como pasaportes u otros documentos de identidad. (Art. 390 CP español y art. 283 CP salvadoreño); el cual es un método frecuente utilizado por los tratantes para cometer el delito.

Al respecto NACIONES UNIDAS sugiere incluir, de no existir ya, una disposición en la legislación penal, para criminalizar las falsedades documentales. Las regulaciones propuestas son:

“Toda persona que sin autoridad legal haga, produzca o altere cualquier documento de identidad o de viaje, ya sea real o supuesto, en el curso o la consecución de un delito previsto en esta Ley, será culpable de un delito y, en caso de condena, será sancionado con prisión de ... [y / o] una multa de ...”; o

“Cualquier persona que obtenga, adquiera, destruya, oculte, traslade, confisque, retenga, altere, replique, posea o facilite el uso

tráfico de personas se sanciona el cruce ilegal de fronteras que no viene exigido en el art. 177 bis CP. Villacampa Estiarte (2011b), pp. 482-483.

1144 Ver Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), pp. 58-59; Villacampa Estiarte (2011b), p. 484.

1145 Cfr. Martínez Osorio (2008), p. 77.

*fraudulento del documento de viaje o de identidad de otra persona, con la intención de cometer o facilitar la comisión de un delito previsto en esta Ley, será culpable de un delito y, en caso de condena, será castigado con prisión de... [y / o] una multa de*¹¹⁴⁶.

No obstante, en relación con la conducta de retención de documentos, supuesto muy común en la ejecución de la trata, no resulta en principio típica dentro de la legislación española, a pesar de exigirlo así los instrumentos regionales^{1147 1148}, mientras que en el caso salvadoreño esta conducta estaría penalizada en el art. 286¹¹⁴⁹ que regula la supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos.

De igual forma, es destacable tener en cuenta que a pesar que algunas víctimas de trata podrían cometer la conducta de falsedad documental por la mera utilización de un documento falso de identidad, su exculpación se daría por medio de la comprobación procesal de algún tipo de coacción sobre la víctima, lo cual encajaría en los casos de inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho y dentro de la misma los casos de miedo insuperable¹¹⁵⁰.

2.8.5. Concurso real de delitos

Estaremos ante un concurso real de delitos cuando además del delito de trata de personas se realicen una o varias acciones independientes de la trata y constitutivas cada una de ellas de una infracción penal. Esta situación puede ser frecuente dado que la trata es en ocasiones realizada simultáneamente con otras actividades ilegales, tales como el narcotráfico, el lavado de dinero, el tráfico de armas, corrupción de funcionarios, entre otras¹¹⁵¹.

Por ejemplo, estaremos ante supuestos de concurso real de delitos cuando en la ejecución de la trata se mate a la víctima, concurriendo así la trata

1146 United Nations (2009a), pp. 47-51.

1147 En especial el art. 20 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de mayo 2005.

1148 Ver Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 66.

1149 Art. 286.- El que en todo o en parte haya suprimido, destruido u ocultado un documento público, auténtico o privado verdadero o una certificación o copia que lo sustituya legalmente, si de ello pudiere resultar perjuicio al Estado, a la sociedad o a los particulares, será sancionado con prisión de uno a tres años.

1150 Ver Martínez Osorio (2008), pp. 97 y 99.

1151 Cfr: Pérez Cepeda (2005), p. 87.

en concurso real con el delito de homicidio (art. 138 CP español y art. 128 CP salvadoreño) o asesinato (art. 139 CP español y art. 129 CP salvadoreño) según las circunstancias; de igual forma podría existir un concurso real con el delito de aborto (arts. 144-146 CP español y arts. 132-137 CP salvadoreño) si este se realiza a la víctima para garantizar su disponibilidad para su futura explotación.

Asimismo, en el exclusivo caso de la legislación salvadoreña, la cual no incorpora como circunstancia agravante de la trata de personas la pertenencia a una asociación criminal, permite el concurso real con el art. 345 CP¹¹⁵² salvadoreño, cuando el sujeto activo perteneciere a este tipo de asociaciones¹¹⁵³.

1152 Art. 345.- *Serán consideradas penalmente ilícitas las agrupaciones, asociaciones y organizaciones siguientes:*

- 1) *Aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir.*
- 2) *Las mencionadas en el Art. 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.*

El que tomase parte en una agrupación, asociación u organización ilícita de las mencionadas en el apartado 1) de este artículo, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Los creadores, organizadores, jefes, dirigentes, financistas o cabecillas de las mencionadas agrupaciones, serán sancionados con prisión de seis a nueve años.

El que tomase parte en las asociaciones u organizaciones indicadas en el apartado 2) de la presente disposición, será penado con prisión de cinco a ocho años. Si el sujeto fuese organizador, jefe, dirigente, cabecilla o financista de dichas agrupaciones, la sanción será de nueve a catorce años de prisión.

El que reclutare a menores de edad para su ingreso o incorporación en las distintas formas de agrupaciones mencionadas en el presente artículo o utilizare a menores de edad como parte de una estructura delictiva, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Si el autor o participe fuera autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público, la pena se agravará hasta una tercera parte del máximo en cada caso y la inhabilitación absoluta del cargo por el doble del tiempo.

Los que promuevan, ayuden, faciliten o favorezcan la conformación o permanencia en las agrupaciones, asociaciones u organizaciones comprendidas en el apartado 1) del presente artículo u obtengan provecho de ellas, serán sancionados con la pena de uno a tres años de prisión. Si se tratase de las expresadas en el numeral 2), la pena será de tres a seis años de prisión.

La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los hechos previstos por la presente disposición, serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años.

El presente tipo penal se castigará en concurso con otros delitos.

1153 Sin embargo, para Martínez Osorio este caso constituye un concurso ideal en la medida en que la asociación ilícita se constituye como la plataforma para la trata de personas.

Mientras que en el caso de la legislación española no podría apreciarse concurso real en el caso que el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización la trata de personas dado que tal situación ya se encuentra regulada específicamente en el apartado 6 del art. 177 bis CP; la apreciación de concurso con el delito regulado en el art. 570 ter CP¹¹⁵⁴ infringiría el principio *non bis in idem* al emplearse dos veces el mismo hecho para agravar la pena. La misma situación se da en el supuesto del subtipo agravado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, ya que se produce un concurso de leyes con el art. 570 bis CP¹¹⁵⁵ que sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección

Martínez Osorio (2008), p. 101.

1154 Art. 570 ter.- *1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán 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) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del art. 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.*

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 o la comisión concertada y reiterada de faltas.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:*
 - a) *esté formado por un elevado número de personas.*
 - b) *disponga de armas o instrumentos peligrosos.*
 - c) *disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.*

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

1155 Art. 570 bis.- *1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y*

de la organización criminal, pues, si se castigase este delito autónomo con la agravación establecida por el 177 bis. 6 CP también se estaría infringiendo el principio *non bis in idem*¹¹⁵⁶.

No obstante, dado que el subtipo agravado del art. 177 bis. 6 CP solo hace referencia a la pertenencia a organización o asociación criminal y no a grupo criminal, en este último caso no es un concurso de leyes, debiendo aplicarse un concurso real de delitos entre el tipo básico de trata de seres humanos y el art. 570 ter cuando el sujeto activo del delito de trata cometido en el seno de un grupo criminal sea a su vez miembro del grupo o realice alguna otra de las conductas típicas del art. 570 ter¹¹⁵⁷.

Sin embargo, como apunta la Fiscalía General del Estado, algunos subtipos agravados derivados de la pertenencia a “asociación u organización de dos o más personas, incluso de carácter transitorio”, así como cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones; la pena prevista por estos subtipos agravados es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el art. 570 ter CP, de tal modo que la aplicación de los subtipos agravados

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.

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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:
 - a) esté formada por un elevado número de personas.
 - b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
 - c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.
 Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.
3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

1156 Fiscalía (2011), p. 32.

1157 *Ibid.*

supondría un trato más favorable al sujeto activo que se vale de una estructura criminal organizada que asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas¹¹⁵⁸.

La solución para este supuesto se encuentra en el art. 570 quáter 2 (introducido por la reforma del CP de 2010) el cual establece que cuando las conductas previstas en el Capítulo VI de las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis a 570 quáter CP) estuvieran comprendidas en otro precepto del CP se debe aplicar el criterio de alternatividad regulado en el art. 8.4 CP¹¹⁵⁹.

Añade la Fiscalía General del Estado que a pesar que la regla establecida por el art. 8.4 CP tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en ese mismo artículo para la resolución del concurso de leyes, no obstante, por decisión del legislador, su aplicación es directa, justificándose esta aplicación en el mayor desvalor del hecho que determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales, además del hecho que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que con mayor frecuencia se cometen en el seno de una organización criminal¹¹⁶⁰.

2.8.6. Concurso de concursos

Del hecho que la trata de personas es un delito complejo conformado por varios actos, de las distintas posibilidades de concursos de delitos estudiadas *supra* y de la misma realidad en la que se desarrolla la trata de personas en

1158 *Ibid.* pp. 33-34.

1159 Art. 8.- *Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*

1º *El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*

2º *El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible.*

3º *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*

4º *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*

1160 Fiscalía (2011), pp. 33-34.

la actualidad podemos afirmar que en muchas situaciones nos encontraremos ante supuestos de conexiones mediales encadenadas, que a su vez puedan estar en concurso con otros delitos que se ejecuten ya en la fase de explotación de la víctima. Esto conllevaría a la dificultad de aplicar un concurso de concursos.

Un ejemplo de esta situación sería el caso de la ejecución de un delito —por ejemplo violar a la víctima— para doblegar su voluntad y cometer el delito de trata de personas, que es a su vez delito medio para un tercer delito concreto de explotación, es decir, el delito fin, el cual puede a su vez estar en concurso con otros delitos tales como lesiones, aborto, tráfico de drogas, entre otros.

Sin embargo, no existe una solución a esta situación en la legislación, y la doctrina tampoco ha llegado a un acuerdo de cómo abordar estos casos. Así, se han propuesto varias soluciones¹¹⁶¹, sin que ninguna pueda ser catalogada como la correcta, ya que dependerá de las circunstancias en las cuales se realice el delito y del tipo de concursos existentes. Y es que, sobre todo en el caso de la trata, la cantidad de delitos que se pueden ejecutar previo, durante y posteriormente a la realización de este delito abre la posibilidad de apreciar innumerables supuestos de concursos.

En este sentido, entre las propuestas de solución en el caso de conexiones mediales encadenadas se ha sugerido el apreciar tantos concursos mediales como relaciones de medio a fin existan. Sin embargo, esta opción se ha rechazado por parte de la doctrina dado que algunos de los delitos intermedios serían valorados de forma doble, violentando el principio *non bis in idem*¹¹⁶². También se ha planteado como solución el apreciar un único supuesto de concurso medial. No obstante, esta opción también ha sido criticada dado que los delitos conectados entre sí pueden ser varios, lo cual determinaría siempre la impunidad de los delitos que excedan de dos¹¹⁶³. Una tercera propuesta de solución es la aplicar las reglas del art. 77 del CP español en relación con una conexión medial y aplicar un concurso real con el delito o delitos restantes¹¹⁶⁴, pero dicha propuesta ha sido criticada por no tener en

1161 Sobre los supuestos de conexiones mediales encadenadas y sus propuestas de solución *Ver en general*. Escuchuri Aisa (2004a), pp. 444-446.

1162 *Ver* Escuchuri Aisa (2004b), pp. 347-348.

1163 *Ver* Escuchuri Aisa (2004a), pp. 444-445.

1164 *Ver* Cerezo Mir (2004), p. 306.

cuenta el vínculo de medio a fin entre dos de las acciones punibles, además de la extrema gravedad punitiva en la que derivaría¹¹⁶⁵.

De igual forma para los supuestos de concursos de concursos también se han planteado varias soluciones, entre estas el *efecto abrazadera*¹¹⁶⁶ (*Klammerwirkung*) el cual consiste en apreciar un concurso ideal entre tres delitos existentes, uno de los cuales opera como nexo de unión o enlace, abrazando los otros dos delitos (*Verklammerungslösung*). Sin embargo, la admisión de esta unidad de acción no se produciría en todo caso, sino solo en los supuestos en que entre el delito que abraza y los delitos abrazados exista equivalencia valorativa aproximada en contenido de injusto (*annahernde Wertgleichheit*) o cuando el delito que abraza es el más grave, dado que sería absurdo otorgar un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el simple hecho de que además hayan sido realizados en unión de otro menos grave¹¹⁶⁷. También se propone como solución el aplicar las reglas concursales por analogía para cubrir esta laguna legal, dado que se trataría de una analogía *in bonam partem* que no se opone al principio de legalidad ni vulnera las garantías penales¹¹⁶⁸.

No obstante, nos decantamos por la siguiente propuesta, tomando en cuenta que, como hemos manifestado *supra*, esta no consiste una solución única y que pueden aplicarse esta u otras propuestas dependiendo del supuesto de hecho concreto ante el que nos encontremos. Así, ante la hipótesis en la que bien el delito-medio (la trata de personas) o bien el delito-fin (el delito concreto de explotación) constituyen dos o más delitos en concurso ideal, se puede resolver este concurso ideal y posteriormente realizar el concurso medial con los otros delitos de la relación medio fin. Por ejemplo, en el caso que se cometa una detención ilegal para realizar la trata de personas con fines de explotación sexual, primero habría que resolver el concurso ideal entre la detención ilegal y la trata de personas, y este resultado entraría en concurso medial con el delito de determinación a la prostitución.

1165 Ver Escuchuri Aisa (2004a), pp. 444-445.

1166 Ver en general sobre el efecto abrazadera Escuchuri Aisa (2004a), p. 413.

1167 Ver Escuchuri Aisa (2004a), pp. 413-414; y Escuchuri Aisa (2004b), pp. 345-347.

1168 Ver a Escuchuri Aisa citando a GIL GIL. A. (1999), *Derecho penal internacional*, Tecnos, pp. 309 y ss. Escuchuri Aisa (2004a), pp. 419-420; y Escuchuri Aisa (2004b), pp. 345-347.

Asimismo, si durante la ejecución del delito de determinación a la prostitución se cometen otros delitos independientes a la acción del primero, por ejemplo el delito de aborto, debemos apreciar un concurso real entre ambos.

2.9. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El establecimiento de las consecuencias jurídicas de la trata de personas es sumamente destacable en cuanto los castigos a estos comportamientos criminales tienen no solamente efectos represivos, sino también funciones preventivas¹¹⁶⁹. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece que los delitos graves deberán sancionarse con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave¹¹⁷⁰. Asimismo, NACIONES UNIDAS afirma que la norma legal aplicable sea “eficaz y proporcional”, señalando a la vez el peligro de las sanciones que están fuera de proporción con el daño causado, o que sean demasiado duras o rígidas. También extiende estas recomendaciones a las circunstancias agravantes¹¹⁷¹.

Mientras que, por lo que respecta a las multas, el derecho comparado y la práctica sugiere evitar la fijación de los importes monetarios en el texto legislativo, ya que durante los períodos de inflación las multas podrían llegar a ser insuficientes y perderían su efecto disuasorio. Así, las multas pueden ser mencionadas en forma de “unidades” o “categorías” y enlistadas en términos monetarios en el Reglamento de la ley principal¹¹⁷².

Por otra parte, Naciones Unidas también sugiere la localización, incautación y decomiso de los activos provenientes del delito, como parte importante de la respuesta de la justicia criminal. Al mismo tiempo se manifiesta sobre la pena de muerte, en cuanto ve como poco probable que la aplicación de tal sanción por delitos de trata sea “eficaz y proporcionada”¹¹⁷³.

En lo referente al ámbito europeo, la Directiva 2011/36/UE del

1169 Cfr. Pérez Cepeda (2006b), p. 112.

1170 Artículo 2 (b) de la citada Convención.

1171 United Nations (2010), p. 184.

1172 United Nations (2009a), pp. 34-35.

1173 United Nations (2010), pp. 184, 213-216, 219-222.

Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las del tipo básico de trata de seres humanos se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años; y que se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años a las infracciones de las circunstancias agravantes¹¹⁷⁴.

Y respecto a las personas jurídicas responsables de trata de seres humanos establece que se le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluyan multas de carácter penal o de otro tipo, y otras sanciones como, por ejemplo:

- a) exclusión del disfrute de 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.

En lo que concierne a la legislación penal española, esta establece para el tipo básico de trata de personas la pena de cinco a ocho años; mientras que el tipo básico salvadoreño establece una sanción con pena de cuatro a ocho años de prisión. Respecto a la pena establecida por el legislador español, para DAUNIS RODRÍGUEZ esta sigue las exigencias tanto de la Unión Europea, como de Naciones Unidas¹¹⁷⁵. Sin embargo, para TERRADILLOS BASOCO¹¹⁷⁶ la pena es excesiva y desproporcionada, por ser superior a lo exigido por la normativa internacional, ya que el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, este establece que para este delito, la pena privativa de libertad ha de ser de las que puedan dar lugar a la extradición¹¹⁷⁷.

1174 Art. 4 de la citada Directiva.

1175 Daunis Rodríguez (2011), p. 132; Daunis Rodríguez (2010), p. 37.

1176 Terradillos Basoco (2010), pp. 210-212.

1177 Y que en virtud del art. 2 del Convenio Europeo de Extradición *“Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las Leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de*

En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO-PORTILLA CONTRERAS-POMARES CINTA-GUARDIOLA LAGO apuntan que dicha sanción penal es superior a la de los delitos previstos para la explotación, por lo que proponen una pena de prisión de tres a seis años, la cual permite la extradición, cumple con las indicaciones de la Unión Europea y resulta más proporcional con el resto del articulado del Código Penal¹¹⁷⁸.

Con referencia a las circunstancias agravantes, el tipo penal español regula que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero del artículo 177 bis, esta es 8 años y un día a 12 años de prisión, cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) la víctima sea menor de edad;
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación¹¹⁷⁹.

Nuevamente, TERRADILLOS BASOCO critica la penalización de las agravantes dado su inadecuada exacerbación punitiva¹¹⁸⁰.

Igual sanción tienen los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, añadiéndose a esta la inhabilitación absoluta de seis a doce años. Además, si esta agravante concurre además con alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del 177 bis se impondrán las penas en su mitad superior¹¹⁸¹. Sin embargo, para MANZANARES SAMANIEGO, con esta última disposición se da “*un rodeo innecesario a la vez que se invierte el orden lógico de las cualificaciones y sus penas*”¹¹⁸².

libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa.”
En el mismo sentido se expresa el art. 2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

1178 Ver Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), pp. 197-198; y Terradillos Basoco (2010), pp. 210-212.

1179 Apartado 4 del art. 177 bis CP español.

1180 Terradillos Basoco (2010), pp. 210-212. De la misma opinión Villacampa Estiarte (2010), pp. 840; Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), pp. 197-198.

1181 Apartado 5 del art. 177 bis CP español.

1182 Manzanares Samaniego (2010), p. 217.

Se establece la misma pena superior en grado además de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. Además, si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del art. 177 bis se establecen la imposición de las penas en la mitad superior; mientras que si concurriera con la circunstancia prevista en el apartado 5 se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Sin embargo, crítica MANZANARES SAMANIEGO que esta división de la sanción en dos partes es un sistema complicado¹¹⁸³.

No obstante, cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, en atención al plus de desvalor que implica la dirección o gestión de tales organizaciones¹¹⁸⁴, se les aplicará a estos la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 del art. 177 bis.

Sin embargo, las penas para las agravantes han sido criticadas por un sector de la doctrina. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO-PORTILLA CONTRERAS-POMARES CINTA-GUARDIOLA LAGO apuntan que determinadas hiperagravantes aumentan el rigor punitivo hasta límites no admisibles si se pretende ajustar la legislación española a los compromisos supranacionales¹¹⁸⁵.

Mientras que para las circunstancias agravantes reguladas en el tipo penal salvadoreño establece una pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo, esto es desde 8 años y un día hasta 10 años y 8 meses, e inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, en los siguientes casos:

- 1.- Si fuere realizado por funcionarios, empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.

1183 *Ibid.*

1184 *Cfr.* Terradillos Basoco-Portilla Contreras-Pomares Cinta-Guardiola Lago (2010), pp. 200-202.

1185 *Ibid.*, pp. 197-198, 200-202.

- 2.- Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o incapaz.
- 3.- Si fuere realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.
- 4.- Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa.

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

Asimismo, el CP español establece como pena accesoria la privación de la patria potestad cuando en el curso del procedimiento se revela un incumplimiento de los deberes paterno-filiales y daño consecuente al menor. Esta pena es destacable en cuanto muestra la intención de legislar en interés del menor, además de favorecer la economía procesal.

En este sentido, en el caso que el sujeto activo realizará los hechos valiéndose y con relación directa al ejercicio de sus derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento para ejecutar la trata de un menor de edad, y por tal hecho recibiere una pena de prisión igual o superior a 10 años también el Juez aplicará la pena de inhabilitación especial o incluso la privación de la patria potestad. En el supuesto que la pena de prisión fuere inferior a 10 años, la pena de inhabilitación especial de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o incluso la privación de la patria potestad se impondrá como pena accesoria atendiendo a la gravedad del delito. No obstante, el Juez deberá justificar la vinculación del ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento con la trata del menor a su cargo¹¹⁸⁶. Esta pena accesoria tiene su equivalente en la legislación salvadoreña en la pena de inhabilitación especial, la cual comprende la privación para el ejercicio de la autoridad parental o tutela, pero en específico para los delitos relativos a la libertad sexual y a las relaciones familiares, cuando sean cometidos por ascendientes

1186 Art. 55 CP español.

contra descendientes o tutores contra sus pupilos. Esta inhabilitación especial también deberá especificarse claramente en la sentencia¹¹⁸⁷.

Por lo que respecta a las circunstancias atenuantes, al no estar expresamente reguladas por el tipo penal español ni salvadoreño, estas se rigen por las reglas generales establecidas para todos los delitos. Así, el CP español establece que cuando concurra solo una circunstancia atenuante, se aplicará la pena en la mitad inferior; esto es entre cinco y seis años seis meses; y cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, esto es entre dos años y seis meses a cinco años; atendiendo al número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes¹¹⁸⁸.

El tipo penal español también regula expresamente las consecuencias jurídico-penales cuando una persona jurídica sea responsable del delito de trata de seres humanos, estableciendo la imposición de la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Asimismo, se podrá imponer las penas de disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años¹¹⁸⁹; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, esta prohibición podrá ser temporal o definitiva, no pudiendo exceder el plazo de quince años; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; o intervención judicial¹¹⁹⁰, siempre que se atienda a las reglas generales del art. 66 bis del CP español¹¹⁹¹.

1187 Art. 59 CP salvadoreño.

1188 Ver en general sobre la aplicación de las circunstancias atenuantes Boldova Pasamar (2006) p. 252.

1189 Al respecto Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* apuntan que “no se comprende bien que no se hayan previsto otras consecuencias posibles, aunque fuera con carácter facultativo, como son la clausura “definitiva” de los locales y establecimientos” Boldova Pasamar; Urruela Mora *et al.* (2010), p. 59.

1190 Letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 del CP español.

1191 Art. 66 bis.- En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del art. 66, así como a las siguientes:

Respecto a los concursos, la legislación española castiga el concurso real de delitos con todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, y en el caso que todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se sigue el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible. No obstante, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido¹¹⁹².

1ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del art. 33 se impongan con una duración limitada, esta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del art. 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del art. 66.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

1192 Arts. 73, 75 y 76 CP español.

Mientras que en el caso del concurso ideal se aplica en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada excede de este límite, se sancionan las infracciones por separado¹¹⁹³.

En el caso de la legislación penal salvadoreña, el concurso real de delitos se castiga con la imposición al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor, siempre que el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso exceda de setenta y cinco años¹¹⁹⁴.

Y en caso de concurso ideal de delitos, se aplica al responsable la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte. Cuando los delitos concurrentes tuvieren determinado en la ley el mismo máximo de pena, se determina el delito que merece mayor pena y se aumenta hasta en una tercera parte de la misma. Sin embargo, estas reglas no son aplicadas si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos concurrentes, de conformidad a la determinación que haga de las mismas¹¹⁹⁵.

En cuanto a las consecuencias accesorias, estas son las mismas reguladas en general para todos los delitos, tales como la pérdida del producto, de las ganancias y ventajas provenientes del hecho; el comiso de las ganancias¹¹⁹⁶; o en el caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas, la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial¹¹⁹⁷.

1193 Art. 77 CP español.

1194 Art. 71 CP salvadoreño.

1195 Art. 70 CP salvadoreño.

1196 Sobre el comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas *Ver* en general Vizuetta Fernández (2007).

1197 Arts. 127 al 129 CP español y 126 al 127 CP salvadoreño.

Por otra parte, también se castigan en el CP español a delitos conexos con la trata de personas tales como la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente, esto es de 2 años y 6 meses a 5 años (art. 177bis. 8); y el encubrimiento de la trata de seres humanos, siendo responsable de este delito aquel que con conocimiento de la comisión del delito de trata de seres humanos y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, ayudando a los responsables de la trata de seres humanos a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura. La pena a imponer es la de prisión de seis meses a tres años (art. 451. 3 letra a).

Finalmente, también hay que tener en cuenta la responsabilidad civil y las costas procesales en las que pueda incurrir el sujeto activo por los daños y perjuicios por él causados¹¹⁹⁸, en concordancia con los arts. 109 a 115 del CP español y arts. 114 y 115 del CP salvadoreño.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Después de haber realizado el análisis jurídico penal de la regulación actual de la trata de personas, tanto a nivel internacional como de derecho comparado, podemos plantear las siguientes conclusiones:

1) Respecto a la regulación internacional sobre la trata de personas, a partir de los años cincuenta se evidenció una progresiva preocupación de los organismos internacionales ante la proliferación de este fenómeno lo que dio lugar a diferentes pronunciamientos y programas de acción tanto de organismos mundiales como Naciones Unidas y sus diferentes organizaciones, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), entre otros; así como de organismos de carácter regional.

1198 Sobre la responsabilidad civil y las costas procesales *Ver* en general Alastuey Dobón (2006).

En particular las Naciones Unidas ha emitido diferentes documentos dirigidos a combatir la trata de personas. En este sentido, ha dictado varios instrumentos jurídicos que establecen la prohibición y abordan la prevención de la trata, ya sean instrumentos generales de derechos humanos como instrumentos específicos que se refieren a la trata de forma particular.

De estos instrumentos el más significativo, y de mayor importancia por su relevancia universal en el sentido de la obligatoriedad de los Estados ratificantes es, actualmente, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de fecha 15 de noviembre del 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dado que representa una evolución de los instrumentos normativos internacionales en relación con el objeto de protección, que en un primer momento giraba alrededor de la entonces llamada *trata de blancas* y que, posteriormente, se enfocó en el *tráfico* de personas para su explotación sexual, con especial atención a las mujeres y niñas.

La importancia de dicho Protocolo deriva del hecho de establecer un concepto legal o normativo de trata de personas adaptado a la realidad en la que actualmente dicho fenómeno se produce, con el objeto de constituir un modelo que inspire la tipicidad y uniformidad de cara a establecer la tipicidad de los comportamientos prohibidos, a la vez que crea nuevas penas para combatir este delito y promueve la cooperación policial y judicial transfronteriza, de tal manera que se cuenta con una definición internacionalmente aceptada y unos mecanismos de persecución, protección y prevención en los que deberán basarse las legislaciones nacionales y que servirán para armonizar las leyes en los diferentes países.

Asimismo, resulta destacable la regulación respecto al consentimiento emitido por la víctima de la trata de personas, dado que se establece que este no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en la definición de trata, la mayor parte de ellos coactivos o violentos o que abusan de una situación especial de la víctima; de igual forma, no será válido el consentimiento de toda persona menor de 18 años, aun cuando este consentimiento se obtuviere sin recurrir a ningún medio de presión, amenaza

o situación de vulnerabilidad, puesto que lo que aquí se pretende castigar únicamente es la explotación de un menor de edad. De igual modo resulta destacable el hecho de que esta definición de trata refuerza la posición de las víctimas, porque la carga de la prueba no recae sobre las mismas.

De igual forma establece la obligación de tipificar como delito las actividades realizadas para la trata de personas cuando se realicen intencionalmente, así como de castigar la tentativa, la participación como cómplice y la participación de otras personas que organicen o dirijan las actividades.

Sin embargo, a pesar de las bondades del citado Protocolo, hay que tener en cuenta aspectos relevantes tales como que, a pesar de que la definición del Protocolo esté vinculada con la Convención contra el crimen organizado transnacional, las regulaciones jurídico-penales de la trata en las legislaciones internas no deben exigir como parte del tipo penal el elemento de la transnacionalidad o la participación de un grupo de crimen organizado. En segundo lugar, a pesar que el título del Protocolo y el artículo 2 letra a) hagan mención especial de las mujeres y de los niños, en la definición de trata no se hace tal distinción, por lo tanto, se considerará víctima de trata a cualquier persona, independientemente de su sexo, pero igual de su edad, origen racial o étnico, orientación o identidad sexual.

Asimismo, dada la inexistencia de un tribunal internacional mediante el cual pueda castigarse la trata de personas —a excepción del Tribunal Penal Internacional que castiga a la trata cuando esta se realice en el marco de los crímenes de guerra o de lesa humanidad— debe confiarse en las legislaciones nacionales, de allí la especial importancia de que se produzca una regulación jurídico-penal uniforme y conforme a lo establecido en este Protocolo para perseguir la trata.

2) En lo concerniente al estudio del modelo de delito de la trata propuesto por el Protocolo de Naciones Unidas en comparación con las regulaciones jurídico-penales española y salvadoreña, por lo que respecta al bien jurídico protegido, coincidimos con el sector doctrinal que estima que este es un delito pluriofensivo, a tenor de su especial configuración.

Dicha naturaleza no implica un número indeterminado de bienes jurídicos susceptibles de ser afectados por el comportamiento delictivo, sino tan solo específicamente la pluriofensividad vendría referida a los bienes jurídicos concretos que se encuentran estrechamente relacionados con la configuración típica de la trata de personas; estos son la integridad moral y la libertad, debido a que mediante las acciones de captar, trasladar, transportar, acoger y recibir víctimas, mediante medios abusivos como la violencia, la intimidación o incluso el engaño se está atacando claramente a la libertad de la víctima; y por otra parte, al ejecutar estas acciones con la finalidad de explotarla se vulnera su integridad moral, en tanto en cuanto este acto constituye un trato inhumano y degradante por el cual la víctima es considerada como un cosa, un objeto de mercancía.

3) Respecto a la conducta típica de la trata de personas, al ser este un fenómeno delictivo que cuenta con múltiples manifestaciones, la descripción del tipo penal debe contener los elementos necesarios a fin de que pueda enmarcarse dentro de la conducta típica toda actividad que tenga por fin la explotación de una persona; por lo tanto, debe basarse en el triple requerimiento de acción (verbos rectores), medios empleados y finalidad de explotación.

En cuanto al *nomen iuris* del delito parece no haber una diferencia significativa respecto a la utilización del sustantivo “personas” o “seres humanos”, puesto que la diferencia parece ser solo de estilo; por lo tanto, por razones de simplificación, preferimos como *nomen iuris* “trata de personas”.

Al mismo tiempo cabe enfatizar que la trata consiste en un acto de comercio de personas que conlleva la pretensión ulterior de obtener un provecho económico del mismo, siendo inherente a la trata el desplazamiento o traslado de las personas, análogamente a como se hace con las mercancías en los ámbitos comerciales. De igual forma, se puede afirmar que indistintamente de cómo este “acto de comercio” se lleve a cabo existirá un denominador común que consistirá en tratar a la víctima como una cosa.

Asimismo, como consecuencia de la estructura típica a la que se ha hecho referencia anteriormente, la trata de personas constituye un delito mutilado de dos actos, puesto que la intención del autor al ejecutar la acción

típica descrita por los verbos rectores se dirige a realizar otra actividad posterior, esto es, la explotación de la víctima, que queda ya fuera del tipo, y el mismo se consuma ya con el primer acto.

También es necesario a la hora de delimitar la conducta típica establecer que conductas no constituyen un delito de trata, particularmente, con la finalidad de delimitar la trata de otros delitos conexos como el tráfico de personas, la esclavitud, la prostitución, la pornografía, etc. Es de singular interés diferenciar el delito de tráfico frente al delito de trata de personas, a este respecto cabe resaltar que:

- a) El tráfico implica la promoción o facilitación de la entrada irregular de una persona a un país distinto del suyo y, por lo tanto, siempre se produce el cruce de frontera o fronteras, mientras que la trata puede darse tanto dentro del país (trata interna) como fuera del mismo (trata transnacional), ya que el lugar de destino para la explotación puede coincidir con el de la propia captación de la misma, por lo cual, no es necesario que se produzca un cruce de fronteras para realizar la conducta típica.
- b) El tráfico de personas hace referencia a un “servicio” que generalmente se presta con la voluntad del migrante, mientras que en la trata de personas concurre la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima para que acepte las condiciones de explotación a la que será sometida en el lugar de destino.
- c) En el tráfico el cruce de fronteras siempre va a ser ilegal, mientras que en la trata de personas puede haber tanto un cruce de fronteras de manera ilegal como legal.
- d) En el tráfico la intención *ab initio* del desplazamiento es la entrada ilegal del o la migrante en un tercer Estado, mientras que en la trata el desplazamiento de la víctima se realiza con la finalidad de explotación de la víctima.
- e) El tráfico de personas es fundamentalmente un delito contra los intereses del Estado en controlar los flujos migratorios; en cambio, la trata de personas atenta principalmente contra los derechos de la persona, persona perfectamente identificable, y sometida o destinada a su explotación. Consecuentemente, el primero es un delito contra el Estado y el segundo contra las personas.

- f) Si en el tráfico de personas el inmigrante acuerda con el traficante la realización de la conducta típica, en la trata la víctima no es parte de un contrato con el tratante sino que es el objeto de contrato del tratante con terceras personas.
- g) En el tráfico de personas la mayoría de las veces el traficante solo tiene que esperar a que aquellos que pretenden migrar ilegalmente a un tercer país contacten con él y le paguen por sus servicios. Mientras que en la trata de personas el “captador” procura por propia iniciativa tener un contacto directo con las víctimas que cumplan con el perfil requerido e intenta convencerlas a través de engaños, amenazas, etc.

De igual forma, es necesario establecer la diferencia entre trata y esclavitud, términos que suelen confundirse a menudo debido a que son fenómenos conexos. Así, la trata constituye el acto previo a la explotación en la esclavitud, similar al aprovisionamiento o compra de mercancía; que posteriormente será explotada y lógicamente, la esclavitud es el estado de explotación en el que permanece la víctima una vez llegada al lugar de destino. Por lo tanto, los conceptos de esclavitud y trata no son intercambiables, idéntico o sinónimos porque, por una parte, la trata puede tener otras finalidades distintas a la esclavitud pero que constituyen formas de explotación; y por otro lado, toda forma de explotación en que se concrete finalmente la trata deberá de ser castigada penalmente de forma independiente y adicional de esta.

4) En cuanto a los verbos rectores de la trata, la multiplicidad de verbos regulados en el tipo penal impide cualquier laguna de punibilidad, sin plantear problemas interpretativos sustanciales, llegando incluso a incurrirse en cierta reiteración. Así, las conductas deben interpretarse teleológicamente, sin que en este ámbito se produzcan déficits en la perseguibilidad de las conductas punibles.

De otro lado, el tipo penal de la trata es un tipo mixto alternativo, siendo cada conducta separable y autónoma. Esto significa que bastará con la realización de cualquiera de los verbos rectores, sin necesidad de que estos sigan una secuencia, a efectos de la consumación del tipo penal. Lo que sí es necesario es que los verbos rectores se realicen con el fin de explotar a la persona.

Respecto a la acción de captar, esta requiere algo más que una mera oferta de trabajo o actividad a la víctima, exigiéndose un resultado intermedio, esto es, atraer y/o ganar la voluntad de la víctima. Dicha atracción se materializa a través del cierre de algún tipo de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue a la víctima, siendo válido cualquier clase de acuerdo, con tal que la víctima exprese su aceptación de las condiciones ofrecidas por el tratante. Consecuentemente, la acción de captar no se consuma si el tratante propone a una víctima en concreto, o hace pública la propuesta por un medio masivo, sin obtener la voluntad de esta o que, al menos, se sienta atraída y dispuesta a aceptar la oferta realizada. Captar implica atraer lo que resulta ajeno y, por lo tanto, solo se capta lo que no es propio; en consecuencia, no realizan la acción de captar los padres o tutores que proponen ejercer la prostitución, trabajo o matrimonio forzado, vender sus órganos, etc. a los menores de edad bajo su tutela, siendo responsable directamente de los delitos de explotación correspondientes.

En cuanto a los verbos transportar y trasladar, en el ámbito doctrinal pareciera que no hay una distinción destacable entre ambos, pudiendo ser tomados como sinónimos. Sin embargo, el desplazamiento de la víctima puede incluso darse dentro de un país, de una ciudad a otra, o de un barrio a otro, siendo igualmente constitutivo de la acción de trasladar o transportar a una persona.

Asimismo, no basta la mera organización del transporte para cometer el delito, dado que el mero transporte en sí puede ser realizado por las aerolíneas o compañías de transporte con desconocimiento del objetivo del servicio prestado y, por lo tanto, no cometerían la conducta típica de forma dolosa. Lógicamente, si ejecutan la conducta típica los transportistas que realizaren el desplazamiento de las víctimas conociendo el destino al cual estas son conducidas, así como la de aquellos que vigilen o acompañen a las víctimas en su viaje, teniendo como función el entregarlas en su lugar de destino.

Respecto al verbo acoger, se acoge a la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes, siendo necesario el conocimiento de que se acoge a una víctima de trata; por lo tanto, no ejecutan la acción de acoger todos aquellos hospederos o personas que dan albergue a la víctima sin el conocimiento de las actividades de trata sobre esta.

En cuanto al verbo recibir, este implicaría el hacerse cargo en el destino final de las personas que han sido enviadas para poder comenzar con su explotación. Esta recepción puede ser personal o mediante intermediación de otro.

5) Dado que el tipo penal de la trata de personas solo describe la realización de la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir al sujeto pasivo con fines de explotación, sin que sea necesario un resultado para que se realice el tipo, podemos afirmar que estamos ante un delito de simple actividad. Consecuentemente, de llevarse a cabo la explotación esta deberá ser penalizada individualmente mediante del delito en el que se concreta la explotación, tal como sería el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, contra los derechos de los trabajadores, etc.

6) En atención a que en el tipo penal de la trata de personas se encuentran delimitados medios de ejecución que conllevan a doblegar o anular la voluntad decisoria del sujeto pasivo podemos afirmar que nos encontramos ante un delito de medios determinados. Estos medios en el plano objetivo deben ser idóneos para invalidar la voluntad de la víctima y, en el plano subjetivo, el sujeto activo debe conocer y querer la finalidad de explotación. Sin embargo, en el caso de los menores de edad se establece la invalidez del consentimiento dado incluso cuando no hubiese mediado ninguno de los medios descritos por el tipo.

7) En cuanto a la exigencia de que la acción se realice en un momento o en un lugar determinado, el tipo no exige nada en específico respecto al tiempo de realización de la acción, pero si hace referencia respecto al lugar, debido a que la actividad tipificada tiene por objeto el movimiento o desplazamiento de personas de un lugar a otro. Sin embargo, no se exige que dicho desplazamiento incluya el cruce de fronteras, castigándose de esta forma tanto la trata interna como externa.

8) En la medida que la trata de personas pretende conjurar el peligro para otros bienes jurídicos en los cuales se concreta la explotación del ser

humano, este peligro constituye la *ratio legis* que indujo al legislador a crear la figura delictiva. En este sentido, el hecho que se castiguen aquellas conductas que anteceden a la explotación del sujeto pasivo —adelantando así la barrera de protección penal— sin que sea necesario que esta explotación se lleve a cabo, o que concurra un peligro concreto de producción efectiva de la explotación, conduce a la afirmación de peligro abstracto para dichos posteriores bienes jurídicos en los que se concreta la explotación. Esta afirmación también conduce a la necesidad de considerar que tal peligro se presuma de *iuris et de iure*, y, por lo tanto, este peligro no es un elemento del tipo.

Mientras que el delito de trata de personas lesiona directamente la libertad en la medida en que esta queda vulnerada mediante la utilización de los medios típicos (coacciones, violencia, amenazas, etc.) así como lesiona también de forma directa la integridad moral de la víctima al realizarse los verbos típicos con la finalidad de explotación, lo que supone una mercantilización y cosificación de la persona y, por lo tanto, un trato degradante.

Consecuentemente, si durante el desarrollo de algunas de las etapas de trata se lesionase efectivamente otro bien jurídico esto traería como consecuencia la aplicación de las reglas generales relativas al concurso de delitos, o como en el caso del tipo penal salvadoreño, la aplicación de circunstancias agravantes, según fuere el caso.

9) En cuanto al sujeto activo de este delito, este puede ser cualquier persona (física e incluso jurídica), no siendo necesario que reúna una cualidad o condición especial, bastando con que realice la conducta típica; por lo tanto, se trata de un delito común. De la misma forma, el sujeto activo puede realizar uno o varios de los verbos rectores del tipo penal, de forma y con significación alternativa.

Sin embargo, en determinadas modalidades típicas cualificantes el delito de trata de personas se convierte en un delito especial, al requerirse que el sujeto activo reúna determinadas cualidades, a saber, la de autoridad, agente de esta o funcionario público, en el caso de España; o la de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública, agente de autoridad o agente de la Policía Nacional Civil, en el caso de El Salvador. Al ser un delito especial con una figura delictiva común paralela, sería un delito especial impropio.

También se castiga de manera especial al sujeto activo que ejecute el delito valiéndose de una organización o asociación de crimen organizado, mostrando así el reproche penal hacia la acción constitutiva de un mayor desvalor de la acción (injusto). En efecto, de ese modo la acción típica adquiere una mayor peligrosidad en la medida en que la utilización de una organización criminal favorecerá la lesión de los bienes jurídicos, no siendo necesario que estas organizaciones estén reconocidas legalmente, pudiendo ser también de carácter ilícito. Asimismo, el CP español prevé una elevación mayor de la pena para los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.

10) Respecto a la autoría hay que tener presente los problemas que surgen en el ámbito de la criminalidad organizada, ya que si se aplican los criterios tradicionales de delimitación entre autoría y participación, resultarían autores solamente aquellos sujetos que no ocupan escalas jerárquicas superiores dentro de la organización. Esto, porque generalmente los jefes o superiores de estas organizaciones delictivas raramente se involucran en la ejecución de la trata de personas, siendo estas acciones realizadas por un miembro cualquiera de la banda, habiéndose limitado el jefe de esta al diseño, planeación y dirección de la actividad delictiva. Por consiguiente, el jefe podría ser considerado solo como inductor o cómplice del delito.

Para resolver este problema se cuenta con dos opciones. La primera es la de redactar el tipo conforme a una regulación próxima al concepto unitario de autor, de tal modo que cualquier contribución al resultado típico permita fundamentar la autoría (así, por ejemplo, si el tipo delictivo señalara “el que promueva, favorezca o facilite la captación, transporte, traslado, acogida o recepción”). Esto podría acompañarse con la agravación de los supuestos en que exista una organización criminal y, en algunos casos, se añade una hiper agravación para los jefes de dicha organización. La regulación española, que sin embargo parte más bien de un concepto restrictivo de autor, que impide considerar autor a todo aquel que promueve, favorezca o facilita las conductas de trata. La segunda opción es configurar a la participación en una organización delictiva como un delito autónomo. España y El Salvador

optan por esta segunda opción (arts. 570 bis y ss. CP español y art. 345 CP salvadoreño).

11) En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas el CP español acoge un sistema por el cual no solo responden los responsables de la organización sino incluso los empleados, ya que el artículo 31 bis establece que esta responsabilidad será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho; y al mismo tiempo establece que las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Sin embargo, no compartimos la opción legislativa de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, primero porque no lo exige así la legislación internacional, bastando con regular la responsabilidad civil o administrativa de estas personas; segundo, porque esta responsabilidad penal de las personas jurídicas representa una clara expansión del derecho penal.

12) En lo que concierne al sujeto pasivo, del propio nombre del delito se infiere que este puede ser cualquier persona o ser humano, sin ningún tipo de distinción o condición como el sexo, la orientación o identidad sexual, la edad, la nacionalidad, la situación legal o administrativa, entre otras. Sin embargo, se contempla la situación del sujeto pasivo menor de edad, dada la mayor indefensión o vulnerabilidad de estos, lo que justifica la tutela reforzada. También se regula la condición especial del sujeto pasivo que tenga una discapacidad, en el caso de España; o sea *incapaz*, en el caso de El Salvador. En todos estos supuestos en que el sujeto pasivo tenga una condición especial, la condición debe ser conocida por el sujeto activo para que se aprecie la agravación.

13) En cuanto al tipo subjetivo, nos encontramos ante un delito doloso de intención, dado que pertenece al tipo de lo injusto un determinado fin perseguido por el autor, a saber, la finalidad de explotación. Así, se exige un dolo específico que consiste en conocer y querer realizar cualquiera de las acciones descritas por los verbos rectores con el fin de explotar al sujeto pasivo en cualquiera de las finalidades reguladas en el tipo penal. Sin embargo, no se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de explotar por sí mismo a la víctima, bastando con la intención de que el sujeto pasivo sea explotado por él o por un tercero. Lo que sí es necesario es que el comportamiento del sujeto activo esté objetivamente preordenado (*ex ante*) a la consecución de las conductas específicas de la trata.

Consecuentemente, es necesario tener claro que la trata no es explotación, ni una expresión equivalente, sino que esta pretende la explotación, esto es, el sujeto activo debe ser consciente del beneficio que se pretende obtener en los actos posteriores de explotación de la víctima, y no en la trata en sí, la cual constituye un paso previo a esta, por lo cual el delito se consuma aunque tal explotación no llegue a darse. Así, la trata es un proceso y la explotación su fin y, en consecuencia, podemos afirmar que nos encontramos ante un delito instrumental.

De igual forma entendemos que la explotación consiste, a los efectos de la trata de personas, en la utilización abusiva en provecho propio del trabajo o de las cualidades de otra persona. Este provecho no tiene que ser necesariamente económico, pudiendo ser también un beneficio en especie o el ofrecimiento de una recompensa cualquiera con tal que sea provechosa para el sujeto activo del delito de explotación.

La finalidad de explotación debe incluir, 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. Sin embargo, deben incluirse en los tipos penales otros tipos de explotación atendiendo a la realidad nacional y la legislación vigente, por ejemplo, matrimonios forzado, adopciones ilegales, entre otros.

No obstante, esto también puede generar problemas, porque en la práctica es imposible imaginar y definir todas las formas de explotación que podrían ser incluidas, además de la dificultad de determinar lo que constituye prácticas de explotación. A esto se aúna el hecho que por exigencias del principio de legalidad se requiere que las formas de explotación se definan clara y taxativamente. Como solución a este problema, consideramos que, en primer lugar, las distintas finalidades de explotación que contiene el tipo penal de la trata pretenden evitar que a una persona se la coloque en situación de esclavitud o condición análoga mediante su captación, traslado, transporte acogida o recibimiento. Consiguientemente, al incluir la expresión “prácticas análogas a la esclavitud” se estaría garantizando que la finalidad de desarrollar todas estas formas de explotación alternativa también resulte incluida en el tipo penal, sin que esto suponga una interpretación análoga o *in malam partem*. Al margen de ello, sería más conveniente al principio de legalidad que se definiera dentro del precepto legal qué se debe entender por prácticas análogas a la esclavitud, basándose en las definiciones propuestas por los diferentes instrumentos internacionales.

Respecto al elemento volitivo del dolo, la trata de personas es un delito doloso que requiere el propósito de explotar a la víctima. Por lo tanto, el sujeto activo debe querer utilizar cualquiera de los medios descritos y que su intención esté vinculada a la consecución de cualquiera de las finalidades de explotación contempladas en el tipo. En consecuencia, apenas queda un ámbito posible para la realización del delito con dolo eventual. De igual forma, al no existir tipificación expresa, no es posible la punición de las conductas imprudentes.

14) En lo que atañe al consentimiento, el hecho de que se contemple la referencia a que la conducta típica se realice sin el consentimiento de la víctima obliga a estimar que el mismo constituye una causa de exclusión del tipo. Asimismo al ser los bienes jurídicos protegidos por la trata de personas — la libertad y la integridad moral— bienes jurídicos disponibles, podría existir el libre consentimiento cuando la persona conoce todos los hechos relevantes y decide ejerciendo su libre albedrío. Sin embargo, dado la intención de explotación de la trata de personas, es muy difícil —e incluso imposible—

imaginar una situación real en virtud de la cual una persona acepte ser explotada voluntaria y libremente, y aún en el caso que la persona consienta su propia explotación, debería verificarse que no está actuando en una situación de vulnerabilidad o de especial necesidad que la lleve a consentir su explotación.

Del mismo modo, debe hacerse mención a las reglas generales en que se basa la eficacia del consentimiento. Así, este ha de prestarse con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción, y es siempre revocable. Por lo tanto, el consentimiento de la víctima en una etapa del proceso no puede considerarse un consentimiento válido para el resto de etapas, de tal modo que dicho consentimiento debe actualizarse en cada una de ellas para que no constituya un delito de trata. En consecuencia, no solo es suficiente que la víctima consienta o acepte la oferta, sino también todas las condiciones del trabajo a realizar, de tal modo que si tales condiciones resultaren ser otras o distintas y suficientes para causar engaño, el consentimiento otorgado inicialmente carecerá de validez.

Respecto a la especificidad del legislador español en cuanto a la irrelevancia del consentimiento aun cuando se utilicen uno o varios de los medios coercitivos regulados por el tipo penal (art. 177 bis.3), creemos que este, en su afán de proteger a las víctimas, decidió abordar un problema que viene resuelto por sí mismo al tratarse de claros ejemplos en que el consentimiento se encuentra viciado y, por lo tanto, es absolutamente inválido.

En el caso del tipo penal salvadoreño, las deficiencias en este aspecto son notables porque nada dice ni nada regula con respecto a la eficacia del consentimiento.

15) Respecto a las circunstancias agravantes cabe destacar su pluralidad, unas referidas al sujeto activo y otras al sujeto pasivo. Por lo que respecta a las circunstancias del sujeto pasivo para constituir agravación, por ejemplo ser menor, discapacitado o adolecer alguna enfermedad, el sujeto activo debe tener conocimiento de las mismas. En cuanto a las agravantes basadas en la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, será necesario además del carácter público del sujeto activo este utilice las ventajas de tal condición pública.

Por lo que respecta a la circunstancia agravante de poner en grave peligro a la víctima, para que esta resulte aplicable debe ponerse en peligro concreto bienes jurídicos esenciales de la persona, tales como la vida o la salud, que no estén ya incluidos entre las acciones reguladas por el tipo básico ni entre los objetivos perseguidos por el sujeto activo. En lo concerniente a la agravante cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación; solo podrá apreciarse cuando la condición de especial vulnerabilidad de la víctima no haya sido determinante para la apreciación de la tipicidad conforme al tipo básico para no infringir el principio *non bis in idem*.

Mientras que en relación con la agravante de que el sujeto activo pertenezca a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades, debe distinguirse entre una asociación esporádica para cometer un delito de trata de personas, pero que no esté dedicada a ello (supuesto en el que no será apreciable esta agravante), de la asociación transitoria, la cual alude a algo más que a lo episódico o esporádico, dedicándose o teniendo la pretensión de cometer más de un único delito de trata. En el caso de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, la regulación española contempla una hiperagravación.

Por su parte, el tipo penal salvadoreño incorpora una agravante específica y distinta de las anteriores consistente en el hecho de que como consecuencia de la comisión de la trata los sujetos pasivos sufran privaciones de libertad en el extranjero, fueran víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieran por causas de naturaleza dolosa o culposa. Dicha circunstancia agravante se aplicará siempre que se genere alguna lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico protegido (libertad, vida, etc.), constituyendo esta agravación una cualificación por el resultado. Esto se podría resolver como un concurso de delitos que como circunstancia agravante.

Respecto a las circunstancias atenuantes, ni el tipo penal español, ni el salvadoreño, hacen especial referencia a este aspecto. Por lo cual solo podrá aludirse al elenco de circunstancias atenuantes generales o comunes para todos los delitos.

16) En referencia a la penalización de la tentativa de trata de personas, es difícil la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Así, por ejemplo podrían ser actos preparatorios los casos en que el sujeto activo anuncie por Internet o por el periódico una oferta engañosa de trabajo. Por el contrario, podríamos estimar como un principio de ejecución la puesta en contacto entre el sujeto activo y pasivo con la finalidad de lograr un acuerdo, una aceptación a la oferta, etc.

Sin embargo, en el caso de la tipificación salvadoreña las formas previas al reclutamiento o la captación quedan comprendidas como actos de promoción o favorecimiento, pudiendo llegar incluso a estimarse como punible la mera oferta engañosa del trabajo sin atención de respuesta.

17) Sobre la adscripción penal que merece el organizador de todo el proceso de trata, dado que estos *cabecillas* o *cerebros* de la organización criminal suelen mantenerse fuera de los actos ejecutivos o de consumación del delito, pero tienen el control integral de todo el proceso. Consiguientemente, no podrían ser considerados autores directos ni coautores. Para solucionar este problema podríamos seguir la tesis de WELZEL que considera al preparador, organizador o *cerebro* de la banda como un coautor más, al igual que los ejecutores directos del hecho, o la tesis del "*autor detrás del autor*", formulada por ROXIN, quién sostiene que el jefe o *cerebro* de la organización es autor mediato de los hechos cometidos por los ejecutores materiales porque son fungibles. No obstante, a pesar de que ámbito doctrinal se distinga al autor del inductor, en el ámbito penológico, tanto el CP español como el salvadoreño castigan al inductor con la misma pena que al autor. Lejos de existir laguna de punibilidad en el derecho penal se establece una pena agravada cuando se trate del jefe de dichas asociaciones u organizaciones.

En España, mayor problema representa la distinción entre los cooperadores necesarios y los cómplices, a pesar de haberse formulado diversas teorías al respecto. Así, en la práctica, una misma conducta puede ser calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según represente una contribución más o menos importante a

la comisión del delito. Sin embargo, el cooperador necesario recibe la misma pena que el inductor.

En el caso salvadoreño, estos actos de cooperación para cometer el delito de trata quedan englobados en el inciso tercero del art. 367-B CP, que los eleva de forma autónoma al grado de autores con relación a la promoción o al favorecimiento de la trata de personas.

Otro aspecto que ha generado controversia en el ámbito internacional es la posibilidad de tipificar la utilización de los servicios de una víctima, o el considerar a los clientes como cómplices, dado que se considera que para que se dé este delito, es necesario que exista un mercado de *consumidores*. En nuestra opinión, los “*usuarios*” de los servicios de las víctimas de trata de personas son una parte crítica del problema y deben rendir cuentas, ya que al penalizar el uso de los servicios de una víctima de trata se ataca un eslabón esencial en la cadena de este delito y un aspecto clave para reducir la demanda de los bienes y servicios producidos por la explotación de personas objeto de trata. Sin embargo, puesto que el cliente se aprovecha de actos de explotación que quedan al margen del tipo de la trata no puede ser considerado un partícipe de este delito sino, a lo sumo, partícipe de los delitos en que se concreta la trata.

18) Respecto a la pluralidad de delitos, no es posible considerar la aplicación del delito continuado debido a la estructura típica de la trata y a los bienes jurídicos protegidos, dado que la trata de personas protege bienes *eminentemente personales*, tal como lo establece el art. 74 apartado 3º del CP español. Esta regla también es aplicable a la legislación salvadoreña.

En cuanto al concurso de leyes, dada la especialidad del delito, en este concurren otras tipificaciones delictivas, tales como maltratos, coacciones, amenazas, privación de libertad, etc.; las cuales son absorbidas por la conducta típica de trata por ser esta más especial (principio de especialidad). Sin embargo, estas manifestaciones delictivas deben estar dirigidas a vencer la oposición de la víctima, pues de emplearse con posterioridad al proceso de trata nos encontraríamos ya en concurso real con los delitos de amenazas, coacciones, o delitos concretos de explotación. En cambio, no están incluidas

en el tipo las lesiones, la privación de libertad ni la violación, por lo cual habrá que castigarlas separadamente.

En lo referente al concurso ideal en el delito de trata de personas, es muy común que este pueda apreciarse cuando el sujeto activo se excede en la ejecución de los medios comisivos. En este sentido, si al ejecutar las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a la víctima utilizando los medios comisivos se fuese más allá de las acciones necesarias para ejecutar la trata de personas estaremos ante un supuesto de concurso ideal. Ejemplos de delitos que pueden concurrir en este tipo de concurso son las lesiones, las amenazas, las coacciones, la violación, las agresiones sexuales, las detenciones ilegales, entre otros. Sin embargo, para apreciar esta relación concursal, el sujeto activo debe conocer y querer a través de estas conductas doblegar la voluntad de la víctima, pues de dirigirse su voluntad hacia otro fin —por ejemplo su propio placer sexual— cabría apreciar un concurso real.

En relación con el concurso ideal homogéneo, dado el carácter individual del bien jurídico protegido, habrá tantos delitos de trata como personas afectadas, esto a pesar que la fórmula legal se refiera a “seres humanos” o “personas”.

En lo que se refiere al concurso medial de delitos, el supuesto de hecho de este tipo de concurso es el más frecuente respecto a la trata de personas, dado que esta constituye, a su vez, un delito medio para la posterior explotación de la víctima, existiendo, por lo tanto, una relación instrumental de medio a fin y una conexión teleológica entre la trata de personas y el posterior delito de explotación. Así, este tipo de concurso puede concurrir con delitos tales como los relativos a la explotación laboral, la explotación de la mendicidad, los relativos a la prostitución y corrupción de menores, el tráfico de órganos, entre otros.

No obstante, es necesario para apreciar este tipo de concurso que la relación instrumental entra la trata con el delito concreto de explotación esté ligada por elementos lógicos, temporales y espaciales. Esto significa que las acciones reguladas por la trata de personas (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir) deben preceder temporal y geográficamente al delito de explotación. De no ser así, no es posible establecer la relación medial y, por lo

tanto, la explotación se ejecuta como un ejercicio directo de un constreñimiento material o moral sobre la víctima, debiendo castigarse el delito concreto de explotación.

Asimismo, dada la especial configuración del tipo penal de la trata, también puede apreciarse concurso medial entre las diferentes conductas que se realicen con el fin de doblegar la voluntad de la víctima para su captación, transporte, traslado, acogida o recibimiento para su posterior explotación, siempre que estas conductas no estén ya comprendidas dentro del tipo penal, ni representen un exceso en la ejecución de dichas conductas. Tal sería el caso de delitos como la falsedad documental o el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Para que se contemple este concurso medial, el sujeto activo debe valerse del delito medio para ejecutar la trata, ya que de no ser así estaremos ante un supuesto de concurso real.

En relación con la mención especial que hace el apartado noveno del art. 177 bis del CP español respecto que las penas previstas para la trata de personas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan a los delitos constitutivos de la correspondiente explotación, coincidimos con la doctrina mayoritaria que el legislador ha querido dejar claro la apreciación de concurso de delitos, y no de leyes, entre la trata y el delito de tráfico ilegal de personas y los delitos en los que se concreta la explotación.

En referencia al concurso real de delitos, este supuesto se cumple cuando además del delito de trata de personas se realicen una o varias acciones independientes de la trata y constitutivas cada una de ellas de una infracción penal. Esta situación puede ser frecuente dado que la trata es en ocasiones realizada simultáneamente con otras actividades ilegales, tales como el narcotráfico, el lavado de dinero, el tráfico de armas, corrupción de funcionarios, entre otras. De igual manera, estaremos ante un supuesto de concurso real de delitos cuando en la ejecución de la trata se cometa el delito de homicidio o asesinato sobre la víctima, según las circunstancias, o el delito de aborto, entre otros.

Asimismo, del hecho que la trata de personas es un delito complejo conformado por varios actos, de las distintas posibilidades de concursos de delitos y de la misma realidad en la que se desarrolla la trata en la actualidad

podemos afirmar que en muchas situaciones nos encontraremos ante supuestos de conexiones mediales encadenadas, que a su vez puedan estar en concurso con otros delitos que se ejecuten ya en la fase de explotación de la víctima. Esto conllevaría a la dificultad de aplicar un concurso de concursos.

Sin embargo, no existe una solución a esta situación en la legislación, y la doctrina tampoco ha llegado a un acuerdo de cómo abordar estos casos. Así, se han propuesto varias soluciones, sin que ninguna pueda ser catalogada como la correcta, ya que dependerá de las circunstancias en las cuales se realice el delito y del tipo de concursos existentes. Y es que, sobre todo en el caso de la trata, la cantidad de delitos que se pueden ejecutar previa, durante y posteriormente a la realización de este delito abre la posibilidad de contemplar innumerables supuestos de concursos.

No obstante, nos decantamos por la siguiente propuesta, tomando en cuenta que esta no consiste una solución única y que pueden aplicarse esta u otras propuestas dependiendo del supuesto de hecho concreto ante el que nos encontremos. Así, ante la hipótesis en la que bien el delito-medio (la trata de personas) o bien el delito-fin (el delito concreto de explotación) constituyen dos o más delitos en concurso ideal, se puede resolver este concurso ideal y posteriormente realizar el concurso medial con los otros delitos de la relación medio fin. Por ejemplo, en el caso que se restrinja la libertad de la víctima para realizar la trata de personas con fines de explotación sexual, primero habría que resolver el concurso ideal entre la detención ilegal y la trata de personas, y este resultado entraría en concurso medial con el delito de determinación a la prostitución.

Asimismo, si durante la ejecución del delito de determinación a la prostitución se cometen otros delitos independientes a la acción del primero, por ejemplo el delito de aborto, debemos contemplar un concurso real entre ambos.

Propuesta de Lege Ferenda al tipo penal español

Respecto al tipo penal de trata de personas regulado por el CP español, nos parece que tras la reforma de 2010, en general este se adecua a las exigencias internacionales y en especial al Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata. Sin embargo, hay ciertos aspectos que deberían tenerse en cuenta, para consideración de una futura reforma.

En primer lugar, nos parece que no era necesario establecer la exigencia de conexión del territorio español con el desplazamiento de la víctima, basta con dejar claro que debe haber una intención de desplazar al sujeto pasivo, sin importar si este se lleva a cabo dentro o fuera del país.

En segundo lugar nos parece innecesaria la mención respecto a la indiferencia de que la víctima sea nacional o extranjera, siendo suficiente aludir a las víctimas sin más, ya que por el nombre del mismo delito, ya se infiere que las víctimas puede ser cualquier persona. Seguramente, esta mención fue hecha por el legislador penal español para aclarar que en este aspecto se diferencia el actual tipo de trata de seres humanos de su antecesor, el delito de tráfico de personas del art. 318 bis este tipo delictivo, el cual ocasionó múltiples dificultades interpretativas respecto a la protección exclusiva de extranjeros.

En tercer lugar, el tipo penal español no estipula a los matrimonios forzados ni la adopción de niños dentro del listado de finalidades de la trata. Y aunque en el caso de los matrimonios ilegales o forzados podrían considerarse como una práctica análoga a la esclavitud, y en tal sentido podría considerarse típica, más difícil sería castigar a la trata de menores con fines de adopción ilegal. A esto se suma el hecho de que por el principio de legalidad se requiere que las formas de explotación estén expresamente definidas por la ley penal.

Para resolver este problema cabría sugerir o bien añadir estas dos modalidades al listado ya existente en el apartado I del art. 177 bis; o bien crear un apartado específico en el que se regule expresamente qué se debe entender por explotación y formas análogas a la esclavitud e incluir a las finalidades de explotación los matrimonios forzados y la adopción de niños. Así, al incluir la expresión prácticas análogas a la esclavitud estamos garantizando que la finalidad de desarrollar todas estas formas de explotación también estén incluidas en el tipo penal.

En cuarto lugar, respecto a la disposición regulada en el apartado tercero del art. 318 bis que establece que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero, nos parece que no era necesario redundar en un aspecto que ya que es un supuesto evidente de vicios en el consentimiento.

En quinto lugar, en cuanto a la invalidez del consentimiento dado por la víctima menor de edad, incluso aunque no hubiesen concurrido ninguno de los medios regulados, nos parece necesario que también se incluya dentro de esta protección especial a las personas que adolezcan una incapacidad psíquica, dado que cuentan con una vulnerabilidad análoga a las padecidas por los menores de edad.

Por último, respecto del delito de explotación de la mendicidad, regulado en el art. 232 del CP español sugerimos que en la agravante regulada en este delito respecto al hecho de *traficar* con menores de edad o incapaces, se sustituya el verbo *traficar* por el verbo *tratar*, ya que traficar con personas no es compatible con fines de explotación. Creemos que esta agravante puede ser una reminiscencia de cuando el anterior art. 318 bis regulaba al tráfico ilegal de personas como un equivalente a la trata de seres humanos.

Propuesta de Lege Ferenda al tipo penal salvadoreño

Por lo que respecta al tipo penal regulado por el Código Penal salvadoreño, si bien también se ajusta en algunos aspectos a lo establecido por el Protocolo de Naciones Unidas contra la trata, también hay aspectos que deben ser añadidos o modificados.

En primer lugar, es necesario que en el tipo penal se haga referencia a los medios comisivos regulados por el Protocolo de Naciones Unidas. Quizás el legislador salvadoreño consideró que el tratar con una persona es de por sí un delito que debe ser castigado, independientemente de cómo se obtenga el consentimiento de la víctima. Sin embargo, consideramos que con base en el principio de legalidad, es necesario que se establezca que la trata es un acto realizado contra la voluntad de la víctima, pues al no dejarse claro este aspecto podrían incluirse casos que en sí no constituyen trata de personas sino prácticas culturales, tal como podría suceder en el caso de los matrimonios que se den a cambio de contraprestaciones, como en la típica dote (tales como casas, inmuebles, ganado, etc.), sin que esto no signifique que se pueda incurrir en otro tipo de actividad delictiva.

En segundo lugar, regular en el tipo básico que la conducta típica puede ser realizada ya sea por el sujeto activo por sí o como miembro de una

organización nacional o internacional, resta la relevancia penal que tiene el hecho de actuar apoyado en estructuras de crimen organizado, dado que tanto actuar por sí como dentro de una estructura criminal organizada reciben la misma pena. Por lo tanto, es necesario que se manifieste la relevancia penal de actuar en el contexto de una organización criminal de manera expresa y con una pena superior.

En tercer lugar, y quizás el punto más urgente es respecto a la ubicación del delito en el Título de Delitos contra la humanidad junto con el Genocidio, lo cual, en nuestra opinión, es un error de técnica jurídica pues la trata de personas, tal y como se regula en el artículo, no cumple con los requisitos de los delitos contra la humanidad.

La regulación de la trata de personas dentro de este título exige que la comisión de este delito se dé en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de este por parte de las autoridades estatales. Además, se requiere la concurrencia de una serie determinada de móviles discriminatorios (racistas, xenófobos, etc.). Asimismo, la consideración de la trata de personas como un crimen contra la humanidad nos llevaría a aseverar que esta protege un bien jurídico colectivo, lo cual como ya hemos expuesto, no es compatible con el bien jurídico realmente protegido, que es de carácter individual. Por lo tanto, consideramos que la trata de personas debería regularse dentro del Título III referente a los delitos relativos a la libertad.

En cuarto lugar, también es necesario que se regule la responsabilidad de las personas jurídicas respecto a este delito, si bien no con carácter penal, sí con carácter administrativo, sobre todo cuando la actividad de trata sea consecuencia de la mala supervisión por parte de los organismos de control de la persona jurídica. Este aspecto actualmente se encuentra impune en la legislación salvadoreña.

Por último, respecto al delito de explotación de la mendicidad, regulado en el art. 205 del CP salvadoreño, sugerimos, al igual que el caso español y por las mismas razones expresadas anteriormente, se cambie el verbo *traficar* por el verbo *trata*.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramson, K. (2003) *Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol* [Más allá del consentimiento, hacia la salvaguarda de los derechos humanos: Implementando el Protocolo contra la trata de Naciones Unidas] *Harvard International Law Journal*. Volumen 44, Número 2, pp. 473-502.
- Alastuey Dobón, C. (2006) *La responsabilidad civil y las costas procesales. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Gracia Martín (Coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 591-651.
- Alegre Martínez, M. Á. (1996) *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, Secretariado de Publicaciones. 134 págs.
- Alonso Álamo, M. (2007) ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Revista penal*, Nº 19, enero de 2007. pp. 3-20. [en línea] [consulta: 02 julio 2011] <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> >
- Anderson, C. (2008) *Considering the Margins: Developing a Broader Understanding of Vulnerability to Trafficking*. [Considerando los márgenes: Desarrollando una comprensión más amplia de vulnerabilidad a la trata.] *Topical Research Digest: Human Rights and Human Trafficking*. Bhalla, A. et al (Eds.) Josef Korbel School of International Studies, University of Denver. 134 págs.
- Aromaa, K. (2007) *Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures*. [Trata de seres humanos: Definiciones Uniformes para una Mejor Medición y Medidas

- de Contra-Ataque]. *Measuring Human Trafficking Complexities and Pitfalls*. [Medición de la Trata de Personas Complejidades y Obstáculos]. Savona y Stefanizzi (Eds.) Springer, Nueva York.
- Argumedo, J. E. (s. f.) Constitucionalidad y Corte Penal Internacional. *Revista Yek Inem, La Corte Penal Internacional: una esperanza para la justicia y la paz mundial*. No, 19, Asociación Bienestar Yek Ineme, pp. 25-33. San Salvador.
- Arroyo Zapatero, L. A. (2001) Propuestas de un eurodelito de trata de seres humanos. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*. Arroyo Zapatero- Berdugo Gómez de la Torre (Coords.) Vol. 2, pp. 25-44.
- Artigas, C. (2003) El crimen organizado como una forma grave de violación de los derechos humanos: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. *Derechos humanos y trata de personas en las Américas*. Naciones Unidas. Santiago de Chile. 115 págs.
- Artola, J. (2005) *El caso de la trata de personas*. OIM. México. [en línea] [consulta: 08 enero 2013] <<http://www.blogs.imer.gob.mx/arreglandoelmundo/files/2010/07/caso-de-la-trata-de-personas.pdf>>
- Barber Burusco, S. (2002) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Enciclopedia Penal Básica*. Luzón Peña (Dir.) Comares. Granada.
- Barry, K. (1988) *Esclavitud sexual de la mujer*. La Sal, D.L. Barcelona.
- Baucells i Lladós, J. (2006) El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual. *Immigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*. Ruiz Rodríguez, Rodríguez Mesa, (Coords.) Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 173-202.

- Benda, E. (2001) Dignidad humana y derechos de la personalidad. *Manual de derecho constitucional*. Benda [et al.], traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons, Madrid. 900 págs.
- Bergelson, V. (2006) The right to be hurt. Testing the boundaries of consent. [El derecho a ser dañado. Probando los límites del consentimiento]. *Rutgers Law School (Newark), Faculty Papers*, paper 37, 92 págs. [en línea] [consulta: 21 septiembre 2011] <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=rutgersnewarklwps> >
- Beristain Ipiña, A. (2010) *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris, lux.)* Dykinson, Madrid. 337 págs.
- Bolaños Naranjo, A. (2003) La prostitución desde una perspectiva legal: diferentes enfoques. *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres*. Médicos del Mundo.
- Boldova Pasamar, M.A. (1995) *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Civitas, Madrid. 414 págs.
- Boldova Pasamar, M. A. (2004) De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Art. 189. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Díez Ripollés-Romeo Casabona (Coords.) Tirant lo blanch, Valencia, pp. 519-571.
- Boldova Pasamar, M. A. (2006) Aplicación y determinación de la pena. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Gracia Martín (Coord.). Tirant lo blanch, Valencia, pp. 223-286.
- Boldova Pasamar, M. A. (2010) Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del derecho penal. *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Romeo Casabona-Guanarteme Sánchez Lázaro (Eds.), Comares, Granada, pp. 381-427.

Boldova Pasamar, M. A.; Urruela Mora, A. et al. (2010) *Trata de menores. Aspectos jurídicos, perspectivas de derecho comparado y propuestas de lege ferenda en relación con el marco normativo español*. Boldova Pasamar (Dtor.) Ministerio de Sanidad y Política Social. Madrid. [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://www.observatoriodelainfancia.msps.es/productos/docs/trataMenores.pdf> >

También disponible en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Lex Nova N° 23, marzo 2010. Valladolid.

Boletín Oficial de las Cortes Generales (2003) *Informe de la Ponencia sobre el Tráfico Internacional de Mujeres, Niños y Niñas*. Sección Cortes Generales. VII Legislatura Serie A: Actividades Parlamentarias Núm. 478 15 de septiembre de 2003.

Bonet Pérez, J. (2006) *La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez (Coord.) Catarata, Madrid.

Borges, I. (2009) *The Challenges of the Current Legal Regime to Trafficking in Women*. [Los retos del actual régimen legal de la trata de mujeres]. *The BSIS Journal of International Studies*. [Revista de Estudios Internacionales del BSIS] Vol. 6.

Brussa, L. (2004) *Migración, trabajo sexual y la salud: la experiencia de TAMPEP. Trabajadoras del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Osborne (Coord.) Bellaterra, Barcelona. pp. 193-208.

Burke, C. (2008) *Smuggling versus Trafficking: Do the U.N. Protocols have it right?* [Tráfico versus Trata: ¿Está correctamente establecido en los Protocolos de la ONU? *Human Rights & Human Welfare*, Topical Research Digest: Human Rights and Human Trafficking. [Derechos

- Humanos y Bienestar Humano, Boletín Temático de Investigación: Derechos Humanos y Trata de Seres Humanos.] Josef Korbel School of International Studies, University of Denver. Págs. 104-119. [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/trafficking/UNProtocols.pdf> >
- Bustos Ramírez, J. J.-Hormazábal Malarée, H. (1997) *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Trotta, Madrid, 260 págs.
- Cancio Meliá, M. /Maraver Gómez, M. (2005) El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. *Derecho Penal y política transnacional*. Bacigalupo y Cancio Meliá (Coordinadores.) Atelier, Barcelona, pp. 343-416
- Capital Humano y Social Alternativo (CHSA) (2009) *Lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes*. Lima.
- Carmona Cuenca, E. (2007) ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales? *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Serra Cristóbal (coord.) Tirant lo Blanch. Valencia.
- Carmona Salgado, C. (2007) La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003. Reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Zugaldía Espinar (Dtor.) Tirant lo blanch, Valencia. pp. 213-250.
- Carrara, F. (1948) *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Parte especial. Vol. II. Depalma, Buenos Aires.
- Cerezo Mir, J. (2004) *Curso de Derecho penal español: parte general. Vol. III, Teoría jurídica del delito/2*. Tecnos, Madrid.

- Cerezo Mir, J. (2005) *Curso de Derecho penal español: parte general. Vol. II, Teoría jurídica del delito*. Sexta Edición. Tecnos, Madrid. 404 págs.
- Cerezo Mir, J. (2007) *Curso de Derecho penal español: parte general. Vol. I, Introducción*. Sexta Edición. Tecnos, Madrid. 308 págs.
- Chávez, L. (1996) *Formas Contemporáneas de la Esclavitud. Informe preliminar de la Relatora Especial sobre la situación relativa a la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud durante los conflictos armados*. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/Sub.2/1996/26
- Chiarotti, S. (2002) *Trata de Mujeres: Conexiones y Desconexiones entre Género, Migración y Derechos Humanos. Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile*.
- Chueca Rodríguez, R. (2003) *La protección jurídica del embrión humano: un caso de penuria normativa. Genética y derecho II*. Romeo Casabona (Dtor.) Consejo General del Poder Judicial, Madrid. pp. 25-60.
- Chueca Sancho, A. G. (1997) *Mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos: una visión crítica. Los Derechos Humanos, camino hacia la paz*. Seminario de Investigación por la paz, Centro Pignatelli (Ed.) Zaragoza, pp. 29-72.
- Chueca Sancho, A. G. (2002a) *La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios. La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Civitas, pp. 21-50.
- Chueca Sancho, A. G. (2002b) *Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación. La inmigración, una realidad en España*. Alemany Briz (Coord.), Centro Pignatelli, Seminario de

Investigación para la Paz, Diputación General de Aragón, Departamento de Cultura y Turismo, pp. 237-262.

Chueca Sancho, A. G. (2005) Avanza la ratificación de la convención de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N.º. 8, 2005, pp. 271-272.

Chueca Sancho, A. G. (2006) Protección Internacional frente a la trata de personas. *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez, (coord.) Catarata, Madrid, pp. 132-157

Chueca Sancho, A. G. (2009) El fenómeno de la inmigración desde la óptica de los derechos humanos. *Todavía en busca de la paz*. Fundación Seminario de Investigación para la Paz, pp. 325-344.

Chueca Sancho, A. G. y Ágüelo Navarro, P. (2005a) La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Número 10 - 1 de noviembre de 2005, p. 117-126.

Chueca Sancho, A. G. y Ágüelo Navarro, P. (2005b) La Constitución Europea y los extranjeros. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N.º. 8, 2005, pp. 215-225.

Cilleruelo, A. R. (2007) Un fenómeno que viola los derechos fundamentales de la persona humana: la trata de personas para su explotación. *Cuadernos de Seguridad*. Consejo de Seguridad Interior. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Argentina. N.º 04-08/2007 [en línea] [consulta: 02 septiembre 2011] http://www.cuadernos-seguridad.gov.ar/ediciones/04_cilleruelo.pdf

Cobo del Rosal, M.-Vives Antón, T. S. (1999) *Derecho penal. Parte general*. 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 998 págs.

- Colombo, M. L. (2009) Los fines de explotación en el delito de trata de personas y la posibilidad de consentirlos. *Material de lectura del Seminario de Debates: Crimen organizado: trata de personas y tráfico de drogas*. Universidad de Palermo, Buenos Aires. 13 págs. [en línea] [consulta: 1 agosto 2011] <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Colombo-palermo-consentimiento.pdf >
- Colombo, M. L. y Mángano, M. A. (s. f.) *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal*. Ministerio de Justicia y Seguridad. Provincia de Buenos Aires. 29 págs., [en línea] [consulta: 1 agosto 2011] <<http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/Trata/consentimiento%20y%20medios%20comisivos.pdf> >
- Comisión de las Comunidades Europeas (2001) *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, 27 págs. [en línea] [consulta: 1 septiembre 2011] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0672:FIN:ES:PDF> >
- Conde-Pumpido Tourón, C. (2003) Delitos contra los derechos de los extranjeros. *Extranjeros y Derecho Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2003, CGPJ.
- Consejo de Europa (2000) *El tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual*. Recomendación N° R (2000) 11 y Memorándum explicativo. Comité de Ministros, Resolución del 19 de mayo de 2000. 49 págs. [en línea] [consulta: 05 septiembre 2011] <<http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/vsym/17.pdf> >
- Córdoba Roda, J. (1977) Libertad de asociación y Ley penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 1, 1977, pp. 5-18.

Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (Directores) (2004) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I. Marcial Pons, Madrid.

Council of Europe (2005) *Explanatory Report Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*. [Informe explicativo de la Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos]. 53 págs. [en línea] [consulta: 29 agosto 2011] <<http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/197.htm> >

Cruz, F. /Monge, I. (2004) *Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales*. OIT, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. 70 págs. [en línea] [consulta: 07 octubre 2011] < http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/esc_contenidos_minimos.pdf >

Cubías Medina, A. (2006) Convención Internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares y su importancia para la población migrante salvadoreña. *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez (coord.) Catarata, Madrid.

Cugat Mauri, M. (2006) Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318 Bis CP. *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*. Ruiz Rodríguez, Rodríguez Mesa, (Coords.) Tirant lo Blanch, Valencia. (pp. 203-222).

Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) (2008) *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Asamblea Plenaria XIV celebrada en la Ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, 4, 5 y 6 de marzo de 2008. 23 págs. [en línea] [consulta: 05 septiembre 2011] <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/1255447706100reglasaccesojusticiavulnerables.pdf> >

- Dammann, B. (2005) Trata de personas: conceptos y terminología. *Trata de personas: teoría y práctica de la cooperación regional e internacional*. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC). Bogotá. pp. 3-9.
- Dan-Cohen, M. (1999) Basic Values and the Victim's state of mind. [Valores Básicos y el estado mental de la Víctima] *California Law Review*. Vol. 88:TBD 1999, 31 págs. [en línea] [consulta: 21 septiembre 2011] <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10727-10727-1-PB.pdf> >
- Dauis Rodríguez, A. (2010) Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. *Revista InDret*. 1/2010, Barcelona. 44 págs. [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://www.indret.com/pdf/693.pdf> >
- Dauis Rodríguez, A. (2011) El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código Penal. *La reforma penal de 2010*. Zúñiga Rodríguez/ Gorjón Barranco/Fernández García (Coords.) Ratio Legis, Salamanca. pp. 121-137.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1998) Torturas y atentados contra la integridad moral. *Estudios penales y criminológicos*, N°. 21, 1998, pp. 39-116.
- De la Mata Barranco, N. J./ Pérez Machío, A. I. (2005) El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal. *Revista penal*, N° 15, 2005, (págs. 8-45.) [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/232/223> >
- De las Casas, B. (1552) *Brevisima relación de la destrucción de las Indias*, Sevilla, [en línea] [consulta: 10 noviembre 2010] <<http://www.eumed.net/textos/07/fbc/index.htm> >

- De León Villalba, F. J. (2000) Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas. *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*. Rodríguez Yagüe y Valmaña Ochaíta (Coordinadoras) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 101-116
- De León Villalba, F. J. (2003) *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- De León Villalba, F. J. (2006a) El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*. Año 60, N° Extra 2015, 2006 (Ejemplar dedicado a: la armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa), Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 108-118.
- De León Villalba, F. J. (2006b) Inmigración Ilegal y Tráfico de seres humanos. *La Orden de Detención y Entrega Europea*. Arroyo Zapatero y Nieto Martín (Dirs.) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, págs. 161-171.
- De León Villalba, F. J. (2009) Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos. *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*. Casanueva Sanz [et al.] Universidad de Deusto. Bilbao, págs. 125-150.
- De Lucas, J. (2006) El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los Inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante. *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez (Coord.) Catarata, Madrid.
- Diario de Sesiones de Cortes (1820-1823). Abril de 1821.

- Diario Oficial de la Corte Penal Internacional (2002). *Elementos de los Crímenes*. 09.09.2002, ICC-ASP/1/3.
- Díaz Pita, M del M. (1997) El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios penales y criminológicos*. Nº. 20, 1997, Universidade Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico. pp. 25-102.
- Díez Ripollés, J. L. (1986) La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. *Cuadernos de política criminal*, Nº 30, Universidad Complutense, Instituto de Criminología, Madrid. pp. 603-660.
- Díez Ripollés, J. L. (1993a) Amenazas y coacciones. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales Vida humana independiente y libertad*. Díez Ripollés y Gracia Martín. Tirant lo blanch, Valencia. pp. 271-322.
- Díez Ripollés, J. L. (1993b) Detenciones. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales Vida humana independiente y libertad*. Díez Ripollés y Gracia Martín. Tirant lo blanch, Valencia. pp. 323-366.
- Díez Ripollés, J. L. (1997a) El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista. *Jueces para la democracia*, Nº 30, 1997, págs. 10-19. [en línea] [consulta: 26 agosto 2011] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174728>>
- Díez Ripollés, J. L. (1997b) El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones. *Estudios Jurídicos en memoria del profesor dr. D. José Ramón Casabo Ruiz*. Primer volumen. Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, pp. 705-726.
- Díez Ripollés, J. L. (1997c) *Los delitos de lesiones*. Tirant lo blanch, Valencia, 187 págs.

- Díez Ripollés, J. L. (1998) Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española. *Revista Penal*, Nº 2 (1998), pp. 17-22.
- Díez Ripollés, J. L. (2004) Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Díez Ripollés-Romeo Casabona (Coords.) Tirant lo blanch, Valencia, pp. 209-269.
- Díez Ripollés, J. L. (2007) *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. B de f, 2ª Ed., Montevideo-Buenos Aires, 307 págs.
- Dottridge, M. (Dtor.) (2002) *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Naciones Unidas. HR/PUB/02/4 Nueva York y Ginebra.
- Dubber, M. D. (2004) Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. [Hacia una Ley Constitucional de Crimen y Castigo]. *Hastings Law Journal*. Vol. 55, February 2004. 60 págs. [en línea] [consulta: 21 septiembre 2011] <wings.buffalo.edu/law/bclc/web/final.doc >
- Duff, R.A. (2001) Harms and Wrongs. [Daños e Injusticias] *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5:13 (2001), págs. 13-44. [en línea] [consulta: 21 septiembre 2011] <[http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/5\(1\)/Duff.pdf.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/5(1)/Duff.pdf.pdf) >
- Escuchuri Aisa, E. (2004a) *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*. Comares, Granada, 474 págs.
- Escuchuri Aisa, E. (2004b) Detenciones ilegales y robo con intimidación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003) *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 13 (2004), pp. 325-352.

European Parliament (1996) *Resolution on trafficking in human beings* A4-0326/95 Official Journal C 032, 05/02/1996.

Fiscalía de Extranjería (s.f.) *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos Extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia Sala 2ª del Tribunal Supremo*. Ficha Fiscalía Extranjería I. Madrid. 98 págs. [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DFICHA+PENAL+-CONTENIDO%2C0.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969145652&ssbinary=true>>

Fiscalía General del Estado (2006) *Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*. 138 págs. [en línea] [consulta: 23 agosto 2011] <<http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=657>>

Fiscalía General del Estado (2011) *Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales*. 46 págs. [en línea] [consulta: 23 agosto 2011] <http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&language=es&newPagina=2&numelempag=5&pagename=PFiscal%2FPagina%2FFGE_pintarCirculares>

Fundación Solidaridad Democrática (FSD) (1988) *La prostitución de las mujeres*. Instituto de la Mujer, Madrid.

García Aran, M. (2002) La protección penal de la integridad moral. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Díez Ripollés (coord.), Tecnos, Madrid. pp. 1241-1258.

- García Aran, M. (2004) Esclavitud y tráfico de seres humanos. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Tirant lo blanch, Valencia. pp. 355-378.
- García Aran, M. (2006) *Trata de Personas y Explotación Sexual*. García Aran, (Coord.) Comares, Granada. 331 págs.
- García Aran, M.-Jiménez Villarejo, C.-Morón Lerma, E. (2006) Los tipos penales acogedores del tráfico de personas. *Trata de Personas y Explotación Sexual*. García Aran, (Coord.) Comares, Granada. pp. 197-255.
- García Bastante, Y. (s.f.) Marco Jurídico. Trata de Mujeres con fines de Explotación Sexual. *Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España*. Navarrete Moreno. (Dtor.) Federación de Mujeres Progresistas. 387 págs.
- García España, E./Rodríguez Candela, J. L. (2002) Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal), *Actualidad Penal*. Núm. 29, julio 2002.
- García Pérez (2004) *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo II. Díez Ripollés/Romeo Casabona (Coords.) Tirant lo Blanch, Valencia.
- Jiménez-Salinas, A. *et al.* (2009) La dimensión laboral de la trata de personas en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 11-04. (Págs. 04:1-04:25). [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-04.pdf> >
- Global Rights (2005) *Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU Contra la Trata de Personas*. Washington, DC. 67 págs.
- Gómez Navajas, J. (2007) Inmigración ilegal y delincuencia organizada. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Zugaldía Espinar (Dtor.) Tirant lo blanch, Valencia. pp. 387-462.

- Gómez Tagle, E. (2004) Migración internacional, explotación laboral y trata de blancas en el siglo XXI *Revista Venezolana de Ciencias Sociales*, julio-diciembre, año/vol. 8, número 002 Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, Venezuela. pp. 193-212.
- González Rus, J. J. (2000) Asociación para delinquir y criminalidad organizada. *Actualidad penal*, N° 27, 2000.
- Gracia, D. (1989) *Fundamentos de bioética*. Eudema, Madrid. 605 págs.
- Gracia Martín, L. (1995) El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995. *Cuadernos de derecho judicial: Delitos contra la vida e integridad física*, V. 31. Díez Ripollés, (Dir.) Consejo General del Poder Judicial. Madrid. pp. 219-252.
- Gracia Martín, L. (1996) La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Mir Puig-Luzón Peña (Coords.) J. M. Bosch Editor, Barcelona, pp. 35-74.
- Gracia Martín, L. (1997) La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Romeo Casabona (Ed.) Comares, Universidad de la Laguna, Centro de Estudios Criminológicos, pp. 103-138.
- Gracia Martín, L. (2003) *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant lo blanch, Valencia, 219 págs.
- Guardiola García, J. (2005) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Comentario a la reciente reforma del art. 318 del Código Penal. *Revista de derecho y proceso penal*, N°. 13, 2005, pp. 13-32.

- Guardiola Lago, M. J. (2007) *El tráfico de personas en el Derecho penal español*. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona. 1ª ed. 447 págs.
- Gutiérrez Gutiérrez, I. (2005) *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Madrid. 239 págs.
- Häberle, P. (2008) La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*. Fernández Segado (Coord.) Dykinson, Madrid. pp. 175-237. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. El original en Josef Isensee / Paul Kirchhof (coord.), *Haabuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, Grundlagen von Staat und Verfassung, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, pp. 816-861.
- Hassemer, W. (1991) Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: [función simbólica de la pena]*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Nº 1, 1991, pp. 23-36.
- Hassemer, W./ Muñoz Conde, F. (2001) *Introducción a la criminología*. Tirant lo blanch, Valencia, 407 págs.
- Hefendehl, R. (2001) ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*, Universidad de Murcia. Nº 19, 2001. pp. 147-158. [en línea] [consulta: 26 agosto 2011] <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501> >
- Hernández Plasencia, J. U. (2002) El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Lorenzo Copello (Coord.) Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 237-254

- Iglesias Canle, I. C. et al (2006) *Inmigración y Derecho, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)*. Tirant lo Blanch.
- International Human Rights Law Institute (IHRLI) (2005) *In modern bondage: sex trafficking in the Americas*. DePaul University College of Law. 257 págs.
- International Labour Office (ILO) (2005) *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidance for Legislation and Law Enforcement*. [Trata de Personas y Explotación en Trabajo Forzado: Guía para la Legislación y Cumplimiento de la Ley] Paper 22. Ginebra. 70 págs. [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=forcedlabor> >
- IOM (2006) *Resource Book for Law Enforcement Officers on Good Practices in Combating Child Trafficking*. [Libro Didáctico para agentes aplicadores de la ley en buenas prácticas para combatir la trata de niños y niñas]. Viena. 214 págs.
- Iselin, B. y Adams, M. (2003) *Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling* [Distinguiendo entre Trata de Seres Humanos y Tráfico de Personas] UN Office on Drugs and Crime, Regional Centre for East Asia and the Pacific, Bangkok. 10 págs.
- Iselin, B. (2005) *Trata de personas: nuevos patrones de un fenómeno antiguo. Trata de Personas: teoría y práctica de la cooperación regional e internacional*. UNODC, Bogotá.
- Jakobs, G. (1997) *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2a. ed., traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid. 1113 págs.

- Jareño Leal, A. (2007) La política criminal en relación con la prostitución: ¿aboliciónismo o legalización? *Prostitución y trata*. Serra Cristóbal (Coord.) Tirant lo Blanch, Valencia.
- Jescheck, H-H./Weigend, T. (2002) *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares, Granada. 1066 págs.
- Juanes Peces, A. (2010) El delito de trata de seres humano en el proyecto de reforma del Código Penal de 1995. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XIX N° 803 -22 julio 2010. Navarra. Págs. 1-6.
- Juliano, D. (2007) Sobre trabajos y degradaciones. *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*. Briz-Garaizábal (Coords.) Talasa, Madrid.
- Kant, I. (1989) *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts; traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos, Madrid. 374 págs.
- Kariyawasam, P. (2006) La convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez (Coord.) Catarata, Madrid.
- King, L. (2008) International Law and Human Trafficking. [Legislación Internacional y Trata de Seres Humanos] *Human Rights & Human Welfare, Topical Research Digest: Human Rights and Human Trafficking*. [Derechos Humanos y Bienestar Humano, Boletín Temático de Investigación: Derechos Humanos y Trata de Seres Humanos.] Josef Korbel School of International Studies, University of Denver. Págs. 88-103. [en línea] [consulta: 29 julio 2011] <<http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/trafficking/Trafficking.pdf>>

- Lan, C. (1987) *Illegal Traffic in Women: A Civil RICO Proposal*. *The Yale Law Journal*, Vol. 96: 1297, 1987.
- Landa Arroyo, C. (2002) Dignidad de la persona humana. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, Nº. 7, 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 110-138 [en línea] [consulta: 5 julio 2011] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/7/ard/ard4.pdf> >
- Laurenzo Copello, P. (2003) La protección penal de los derechos de los ciudadanos. *Revista de derecho penal y criminología*. Nº 12, 2003. UNED, Madrid. pp. 63-94.
- Laurenzo Copello, P. (2004) Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión. *Jueces para la democracia* Nº 50, 2004. Madrid. Págs. 30-35. [en línea] [consulta: 4 julio 2011] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=964167> >
- Laurenzo Copello, P. (2009) El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer (Directores). Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 1149-1171.
- López Cervilla, J. M. (2004) El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales. *Estudios Jurídicos*. Nº 2004. Centro de estudios jurídicos. Ministerio de Justicia. pp. 2636-2836.
- Manzanares Samaniego, J. L. (2010) *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia) Parte Especial V. II Comares*, Granada. 1645 págs.
- Maqueda Abreu, M. L. (2000) El tráfico de personas con fines de explotación sexual. *Jueces para la democracia*. Madrid. Núm. 38. pp. 23-29.

- Maqueda Abreu, M. L. (2001) *El tráfico sexual de personas*. Tirant lo blanch, Valencia. 86 págs.
- Maqueda Abreu, M. L. (2002a) Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas. *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*. Lorenzo Copello (Coord.) Tirant lo blanch, Valencia. pp. 255-271.
- Maqueda Abreu, M. L. (2002b) La trata sexual de mujeres extranjeras: Una aproximación jurisprudencial. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 5. 2002, pp. 439-448.
- Maqueda Abreu, M. L. (2003a) El comercio sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos. *Prostitución y derecho en el cine*. Orts Berenguer (Coord.) Tirant lo blanch, Valencia, pp. 59-72.
- Maqueda Abreu, M. L. (2003b) El tráfico sexual de mujeres. *Artículo 14. Una perspectiva de Género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, Núm. 12. Mayo de 2003. Instituto Andaluz de la Mujer. Junta de Andalucía, pp. 4-11.
- Maqueda Abreu, M. L. (2004) ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? las sinrazones de una reforma. *Revista de derecho y proceso penal*. N° 11, 2004, Aranzadi, Pamplona. pp. 39-44.
- Maqueda Abreu, M. L. (2006) Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual. *Diario La Ley*. Año XXVII. Número 6430.
- Maqueda Abreu, M. L. (2007) La trata de mujeres para explotación sexual. *Prostitución y trata*. Serra Cristóbal (coord.) Tirant monografía 484. Valencia.
- Maqueda Abreu, M. L. (2008) Mujeres inmigrantes, ¿mujeres vulnerables? *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, n° 104-2008/09, Centro de Investigación para Paz FUHEM, Madrid, pp. 79-92.

- Maqueda Abreu, ML. (2009a) *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Comares, Granada.
- Maqueda Abreu, ML. (2009b) A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II. Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenguer (Directores). Tirant lo Blanch. Valencia. pp. 1245-1269.
- Markovich, M. (2009) Historia de la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. *La Trata de Mujeres y Niñas para la Explotación Sexual*. Coalición contra el Tráfico de Mujeres y Niñas en América Latina y el Caribe. CATWLAC.
- Markovich, M. (2010) *Guía de la Convención de la ONU de 2 de diciembre de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*. UNICSPA, Madrid. 32 págs. [en línea] [consulta: 30 agosto 2011] <<http://www.reseau-mediterraneen-contre-la-traite-des-femmes.org/spip.php?article253> >
- Martínez-Buján Pérez, C. (2002) *Derecho penal económico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 710 págs.
- Martínez Escamilla, M. (2007) *La inmigración como delito: un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*. Atelier, Barcelona. 198 págs.
- Martínez Osorio, M. A. (2008) *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño*. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador. [en línea] [consulta: 24 octubre 2011] <<http://violenciaytrata.savethechildren.es/docs/Docs/26/2.pdf> >

- Mayo Calderón, B. (2005) *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta "de lege ferenda"*. Comares, Granada. 419 págs.
- Mazowiecki, T. (1993) *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia*. Comisión de Derechos Humanos. Naciones Unidas. (E/CN.4/1993/50).
- Mazzi, G. (2005) Dei delitti contro la libertà individuale. *Codice Penale. I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*. Tullio Padovani (Dir.) 3a ed. Giuffrè, Milano. pp 2624-2741.
- Mir Puig, S. (1989) Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*. *Estudios penales y criminológicos*, N.º. 14, 1989-1990. Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. pp. 203-216.
- Mira Benavent, J. (1984) El concepto de violencia en el delito de coacciones. *Cuadernos de política criminal*, N.º 22, 1984. pp. 95-182.
- Moreno García, J. (1982) España y la Conferencia antiesclavista de Bruselas, 1889-1890. *Cuadernos de Historia Contemporánea*. Universidad Complutense. N.º. 3. pp. 151-180.
- Moreno García, J. (2003) La cuestión de la trata en el Trienio Liberal (1820-1823). *Cuadernos de Historia Contemporánea*. Universidad Complutense. Núm. Extraordinario. pp. 157-167.
- Moreno-Torres Herrera, M. R. (2007) La protección penal del menor extranjero. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Zugaldía Espinar (Dtor.) Tirant lo Blanch. Valencia. pp. 463-483.

- Münch, I. von (1982) La dignidad del hombre en el derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 2. Núm. 5. Mayo-agosto 1982. pp. 9-33.
- Muñoz Conde, F. (2000) ¿Dominio de la voluntad en virtud del dominio de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho? *Revista Penal*, nº 6, 2000. p. 104.
- Muñoz Conde, F. (2001) *Introducción al Derecho Penal*. 2a. ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 298 págs.
- Muñoz Conde, F. (2010) *Derecho penal. Parte Especial*. 18ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1094 págs.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010) *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 647 págs.
- Muñoz Sánchez, J. (1999) *Los delitos contra la integridad moral*. Tirant lo blanch, Valencia. 115 págs.
- Musacchio, V. (2004) Migration, Prostitution and Trafficking in Women: An Overview. *German Law Journal*. Vol. 05, No. 09. pp. 1015-1030. [en línea] [consulta: 04 agosto 2011] <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No09/PDF_Vol_05_No_09_1015-1030_Public_Musacchio.pdf>
- Naciones Unidas (1993) *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 14a25 de junio de 1993. A/CONF.157/23 28 págs.
- Naciones Unidas (2000a) *Formas contemporáneas de la esclavitud. Estudio actualizado de la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre la esclavitud*. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2000/3/

Naciones Unidas (2000b) *Proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Asamblea General A/AC.254/4/Rev.7. 45 págs.

Naciones Unidas (2000c) *Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. Asamblea General A/55/383/Add.1. 22 págs.

Naciones Unidas (2000d) *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. Consejo Económico y Social. E/CN.4/2000/68. 40 págs. [en línea] [consulta: 23 mayo 2011] <[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3f413fe0a9a67859802568be0054e32f/\\$FILE/G0011337.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3f413fe0a9a67859802568be0054e32f/$FILE/G0011337.pdf)>

Naciones Unidas (2001) *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 26º periodo de sesiones*. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2001/30. 44 págs.

Naciones Unidas (2004) *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York. 407 págs.

Naciones Unidas (2006) *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda*. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2006/62, 20 de febrero de 2006. 24 págs. [en línea] [consulta: 22 septiembre 2011] <<http://campus.oimconosur.org/descarga/investigacion/Informe%20Naciones%20Unidas%20-%20Relatora%20especial%20sobre%20trata.pdf>>

Naciones Unidas (2007) *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York. 231 págs.

Naciones Unidas (2008) *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. A/55/383/Add.1 Nueva York. 791 págs.

Naciones Unidas (2010) *Marco Internacional nacional de Acción para la aplicación del Protocolo contra la trata de personas*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena, Nueva York. 78 págs.

Nair, P. M. (2007) *Trafficking Women and Children for Sexual Exploitation*. [Trata de Mujeres y Niños con fines de Explotación Sexual]. United Nations Office on Drugs and Crime, New Delhi. 74 págs.

Navarro Cardoso, F. (1998) *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Tirant lo blanch, Valencia. 173 págs.

Navarro Cardoso, F. (2002) Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Revista Penal*, Núm. 10, 2002.

O'connor, M.-Healy, G. (2006) *Los vínculos de unión entre la prostitución y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*. Coalición Contra el Tráfico de Mujeres (CATW) y el Lobby Europeo de Mujeres (LEM). 39 págs.

OIM (2006) *Valores, conceptos y herramientas contra la trata de personas*. Primera Edición: Bogotá.

OIT (2009) *Combatir la trata infantil con fines de explotación laboral*. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC). Ginebra.

- Olaizola Nogales, I (2006) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código Penal). *Inmigración y Derecho*. Iglesias Canle (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 167-214.
- Olivar de Julián, J. M. (2002) El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución. *Anales de derecho: Colección Huarte de San Juan*, N° 3, 2002. pp. 139-156.
- Osborne, R. (2004), Introducción. *Trabajador@s el sexo. Derecho migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Bellaterra, Barcelona.
- Padilla Alba, H. R. (2005) El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. *La Ley Penal* N° 14, Sección Estudios, Marzo 2005, Editorial La Ley. pp. 5-23.
- Palomo del Arco, A. (2001) Criminalidad organizada y la inmigración ilegal. *Cuadernos de derecho judicial* N°. 2, 2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. pp. 169-214.
- Parrón, N. (2003) Sobre el oficio más antiguo. *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género*. Médicos del Mundo.
- Peces-Barba Martínez, G. (2003) *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. 82 págs.
- Pérez Alonso, E. (1999) Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 2, 1999, pp. 141-170.
- Pérez Alonso, E. (2001) Tratamiento penal de los derechos de los trabajadores extranjeros. *Jornadas sobre la Ley de Extranjería: sus repercusiones*

en el ámbito laboral. Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Granada. 174 págs.

Pérez Alonso, E. (2008) *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Tirant lo Blanch, Valencia. 484 págs.

Pérez Cepeda, A. I. (2002a) Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. *Revista Electrónica de Derecho Universidad de la Rioja*. Nº 0 /Junio 2002, pp. 109-134.

Pérez Cepeda, A. I. (2002b) Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos. *Suplemento Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, Nº 10 – Julio 2002, pp. 45-64.

Pérez Cepeda, A. I. (2004) *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*. Comares, Granada. 362 pp.

Pérez Cepeda, A. I. (2005) El tráfico de mujeres con el fin de la explotación sexual. *El género quebrantado. Sobre la violencia, la libertad y los derechos de la mujer en el nuevo milenio*. Joaquín Giró (Ed.), Catarata, pp. 85-124.

Pérez Cepeda, A. I. (2006a) Las normas penales españolas: cuestiones generales. *Trata de Personas y Explotación Sexual*. García Aran, (Coord.) Comares, Granada, pp. 157-184.

Pérez Cepeda, A. I. (2006b) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis Reformado por LO 11/2004). *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*. Ruiz Rodríguez, Rodríguez Mesa, (Coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 109-171.

- Pérez Ferrer, F. (2006) *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Dykinson, Madrid. 153 págs.
- Phinney, A (s.f.) *Tráfico de mujeres y niñas/os para la explotación sexual en las Américas*. Organización Panamericana de la Salud.
- Piepoli, G. (2003) Dignità e autonomia privata. *Politica del Diritto*, XXXIV, núm. 1, marzo 2003, pp. 45-67.
- Pomares Cintas, E. (2011) Trata de personas. *Esquemas de la parte especial del Derecho Penal (I)*. Tomo XXXII. Quintero Olivares/Carbonell Mateu/Morales Prats/García Rivas/Álvarez García (Dirs.) Tirant lo Blanch, Valencia. pp 131-144.
- Pozuelo Pérez, L. (2005) Tráfico de personas y explotación sexual. *Derecho Penal y política transnacional*. Bacigalupo y Cancio Meliá (Coordinadores.) Atelier Barcelona, pp. 417-439.
- RAE (2001) *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición
- Raymond, J. G. (s. f.) *Guía para el nuevo protocolo de naciones unidas sobre tráfico de personas*. 22 págs. [en línea] [consulta: 30 agosto 2011] <<http://www.apramp.org/documento.asp?id=34> >
- Rebollo Vargas, R. (2006) Normativa Internacional y Derecho Comparado. *Trata de personas y explotación sexual*. García Arán (Coord.) Comares, Granada.
- Rey Martínez, F. et al. (2004) *Prostitución y derecho*. Aranzadi, Navarra.
- Rodríguez Devesa, J. M./Serrano Gómez, A. (1994) *Derecho penal español: parte especial*. 17a. ed. Dykinson, Madrid. 1377 págs.

- Rodríguez Mesa, M. J. (2001) *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Tirant lo blanch, Valencia. 125 págs.
- Rodríguez Montañés, T. (2001) Ley de Extranjería y Derecho Penal. *Diario La Ley*. N° 2, 2001. Edilex, Madrid.
- Rodríguez Puerta, M. J.-Rebollo Vargas, R.-Cugat Mauri, M. (2006) Normativa internacional y derecho comparado. *Trata de personas y explotación sexual*. García Arán (Coord.), Comares, Granada, pp. 33-108.
- Rodríguez Ramos, L. (1996) *Derecho penal: parte especial*. Servicio Publicaciones, Facultad Derecho, Universidad Complutense, Madrid.
- Rodríguez-Zapata, J. (1996) *Teoría y práctica del derecho constitucional: Estado, constitución, fuentes del derecho según la realidad comunitaria, contenido y garantías de los derechos fundamentales e instituciones básicas*. Tecnos, Madrid. 489 págs.
- Romeo Casabona, C. M. (1994) *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. 514 págs.
- Roxin, C. (1998) Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, n° 2, 1998, pp. 61-66.
- Roxin, C. (2000) *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de la 7ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Morillo; Marcial Pons, Madrid. 797 págs.
- Roxin, C. (2006) Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 59, Fasc/Mes 1, 2006, Ministerio de Justicia, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 5-24.

- Roxin, C. (2008) *Derecho penal: parte general. Fundamentos, la estructura, la teoría del delito*. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid. 1071 págs.
- Royo, E. (2003) Prostitución sin fronteras: derechos humanos versus derecho del hombre. *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres*. Médicos del Mundo, pp. 36-50.
- Ruiz Restrepo, A. et al. (s.f.) *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos de trata de personas y explotación sexual/laboral*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Colombia. 173 págs.
- Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (2002) *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Atelier, Barcelona. 144 págs.
- Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (2005) Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Carbonell Mateu (coord.) Dykinson, Madrid, pp. 795-806.
- Sánchez-Covisa Villa, J. (2009) *La trata de seres humanos y el favorecimiento de la inmigración clandestina en el Derecho Penal Español. Justificación de la futura reforma del Código Penal. Análisis sistemático de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Seminario permanente sobre migraciones internacionales y extranjería. Sesión 14 octubre 2009. Zaragoza. [en línea] [consulta: 16 agosto 2011] <<http://www.intermigra.info/intermigra/archivos/sesion14/Sesion14Mat.pdf>>
- Sánchez García de Paz, I. (2005) Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por las L. O. 15/2003 y 11/2003. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Carbonell Mateu (Coord.) pp. 807-836.

- Sánchez Lázaro, F. (2002) El nuevo delito de tráfico ilegal de personas. *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*. Lorenzo Copello (Coord.) Tirant lo blanch, Valencia. pp. 287-308.
- Salt, J. (2000) Trafficking and Human Smuggling: A European Perspective. [Trata y Tráfico de seres humanos: una perspectiva europea] *International Migration*. Special Issue 2000/1. OIM. Blackwell Publishers Ltd. UK and USA. Págs. 31-56. [en línea] [consulta: 10 septiembre 2011] <<http://lastradainternational.org/lsidocs/538%20pdf.pdf>>
- Schmidt, N. (2004) Against Slavery: The Ongoing Struggle. [Contra la Esclavitud: La Lucha Actual]. *Struggles against slavery*. [Luchas contra la esclavitud]. UNESCO.
- Serra Cristóbal, R. (2007) Mujeres traficadas para su explotación sexual y mujeres trabajadoras del sexo. *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Serra Cristóbal, (Coord.) Tirant lo Blanch, Valencia.
- Serrano-Piedecasas, J. R. (2002) Los delitos contra los ciudadanos extranjeros. *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*. Lorenzo Copello (Coord.) Tirant lo blanch, Valencia. Págs.
- Silva Castaño, M. L. (2007) Estudio del art. 318 bis del Código Penal Español. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Zugaldía Espinar (Dtor.), pp. 179-200.
- Social Development Division (SDD) (2003) *Combating Human Trafficking in Asia*. [Combatiendo la Trata de Personas en Asia.] UNESCAP.
- Solozabal Echevarría, J.J. (1995) Voz Dignidad. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Montoya Melgar (Director). Civitas. Madrid.

- Starck, C. (2008) La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*. Fernández Segado (Coord.) Dykinson, Madrid, pp. 239-302. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes.
- Stenou, K. (Ed.) (2004) *Struggles against slavery* [Luchas contra la esclavitud] UNESCO, Francia.
- Storini, C. (2007) La trata de personas como problema de violación de los derechos humanos una visión desde el derecho comparado. *Prostitución y trata*. Serra Cristóbal (Coord.) Tirant lo Blanch, Valencia.
- Stratenwerth, G. (2005) *Derecho penal. Parte general. 1, El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Civitas, Madrid.
- Suárez González, F. (1967) *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Volumen XVIII de la Colección Estudios de Trabajo y Previsión, Madrid.
- Tazza, A. O.- Carreras, E. R. (2008) El delito de trata de personas. *La Ley*, 2008-C, 1053. 8 págs. [en línea] [consulta: 04 septiembre 2011] <ftp://www.justiciachaco.gov.ar/Biblioteca/TRATA%20DE%20PERSONAS/EL%20DELITO%20DE%20TRATA%20DE%20PERSONAS%20TAZZA,%20ALEJANDRO.pdf>
- Terradillos Basoco, J.M. (1998) Migraciones ilegales. *Revista de derecho social*, N° 4, 1998, Bomarzo. pp. 191-198.
- Terradillos Basoco, J.M. (2010) Trata de seres humanos. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García-González Cussac (Directores). Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207-217.

- Terradillos Basoco, J.M.-Portilla Contreras, G.-Pomares Cinta, E.-Guardiola Lago, M.J. (2010) *Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP. Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Álvarez García y González Cussac (Directores). Tirant lo Blanch, Valencia, pp.193-202.
- Torres Fernández, M.E. (2006) El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal. *Diario La Ley*, N° 6491, 26 May. 2006. 25 págs.
- Trávnícková, I. (2004) *Trafficking in women: the Czech Republic perspective*. [Trata de mujeres: la perspectiva de la República Checa] Institute for Criminology and Social Prevention (IKSP), Praga.
- United Nations (1993) *General Recommendation 19, Violence against women* [Recomendación General 19, Violencia contra las Mujeres]. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Doc. A/47/38.
- United Nations (1994) *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*. [Informe Final de la Comisión de Expertos establecida mediante Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad]. Consejo de Seguridad. S/1994/674.
- United Nations (1995) *Traffic in women and girls* [Trata de mujeres y niñas] Resolution adopted by the General Assembly. A/RES/49/166. 3 págs.
- United Nations (2003) *Combating Human Trafficking in Asia*. [Combatiendo la Trata de Personas en Asia.] Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. UNESCAP. Tailandia.
- United Nations (2004) *Migrant workers Report of the Special Rapporteur Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro*. [Reporte de la Relatora Especial sobre

Trabajadores Migrantes] Economic and Social Council E/CN.4/2004/76, 12 January 2004. 22 págs.

United Nations (2006) *Assistance for the Implementation of the ECOWAS Plan of Action against Trafficking in Persons* [Asistencia para la implementación del Plan de Acción ECOWAS contra la Trata de Personas] Office on Drugs and Crime. Vienna, New York. 153 págs.

United Nations (2008) *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. [Una Introducción a la Trata de Personas: Vulnerabilidad, Impacto y Acción.] Office on Drugs and Crime. Vienna, New York. 128 págs. [en línea] [consulta: 05 septiembre 2011] <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf>

United Nations (2009a) *Model Law against Trafficking in Persons* [Ley Modelo contra la Trata de Personas] Office on Drugs and Crime. Vienna. 92 págs.

United Nations (2009b) *Global Report on Trafficking in Persons*. [Informe Global sobre Trata de Personas] Office on Drugs and Crime. 292 págs.

United Nations (2010) *Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking*. [Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas] Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Nueva York- Ginebra. 255 págs.

United Nations (2012) *Global Report on Trafficking in Persons*. [Informe Global sobre Trata de Personas] Office on Drugs and Crime. 98 págs.

United States (2003) *Model Law to Combat Trafficking in Persons*. [Ley modelo para combatir la trata de personas] Department of State, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons [en línea] [consulta:

31 agosto 2011] <<http://www.ilw.com/immigrationdaily/News/2003,0328-trafficking.shtm> >

United States (2011) *Trafficking in Persons Report*. [Informe sobre Trata de Personas] Department of State, 410 págs. [en línea] [consulta: 06 octubre 2011] <<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2011/index.htm> >

United States (2012) *Trafficking in Persons Report*. [Informe sobre Trata de Personas] Department of State, 410 págs. [en línea] [consulta: 14 febrero 2013] <<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2012/index.htm> >

Urruela Mora, A. et al. (2010) Informe sobre los intentos de adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones. *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico* Romeo Casabona-Guanarteme Sánchez Lázaro (Eds.,) Comares, Granada, pp. 489-586.

Vernier, J. (2006) French criminal and administrative law concerning smuggling of migrants and trafficking in human beings: punishing trafficked people for their protection? [Ley penal y administrativa francesa referente al tráfico y la trata de seres humanos: ¿castigando a las personas tratadas para su protección?] *Immigration and Criminal Law in the European Union*, [Inmigración y legislación penal en la Unión Europea] Guild y Minderhoud, (Editores) Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, pp. 7-39.

Villacampa Estiarte, C. (2001) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (director) Aranzadi, Navarra. 2ª edición, pp. 1513-1525.

Villacampa Estiarte, C. (2002) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Quintero Olivares (Dtor.) Aranzadi, Navarra. 3ª Ed. 2346 págs.

- Villacampa Estiarte, C. (2004a) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (director) Aranzadi, Navarra. 3ª edición, pp. 1633-1654.
- Villacampa Estiarte, C. (2004b) El «nuevo» delito de tráfico de personas. *Diario La Ley*, Nº 5963, Sección Doctrina, 26 Feb. 2004, Año XXV, Ref. D-49, Editorial La Ley. 18 Págs.
- Villacampa Estiarte, C. (2005) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (director) Aranzadi, Navarra. 4ª edición, pp. 1659-1680.
- Villacampa Estiarte, C. (2006) Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código penal español. *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Rodríguez Mesa/Ruiz Rodríguez (coords.) Tirant lo blanch, Valencia. 358 págs.
- Villacampa Estiarte, C. (2009) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Quintero Olivares (Dtor.) Aranzadi, Navarra. 8ª Ed. pp. 1113- 1138.
- Villacampa Estiarte, C. (2010) El delito de Trata de Personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, Número 14, pp. 819-865.
- Villacampa Estiarte, C. (2011a) De la trata de seres humanos. *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I. Quintero Olivares (Dtor.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 1093-1133.
- Villacampa Estiarte, C. (2011b) *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 598 págs.

- Vizueta Fernández, J. (2007) El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas. *Revista Penal*, N° 19 (2007), págs. 162-177. [en línea] [consulta: 04 agosto 2011] <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303> >
- Welzel, H. (2002) *Derecho penal alemán*. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11a ed., 4a ed. en español. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 343 págs.
- Wiecko V. de Castilho, E. (2007) Tráfico de pessoas: da convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. [Tráfico de personas: de la Convención de Ginebra al Protocolo de Palermo] *Política Nacional de Enfrentamento Ao Tráfico de Pessoas* [Política Nacional de Enfrentamiento al Tráfico de Personas] Ministério da Justiça, Brasília.
- Witmer-Rich, J. (2010) *Autonomy is Good for You: Prospective Consent, Retrospective Consent, and the Foundations of Consent in the Criminal Law*. Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 10-186. 76 págs. [en línea] [consulta: 04 agosto 2011] <<http://ssrn.com/abstract=1562731> p. 3 >
- Yussouf, G. (2008) Global Human Trafficking and the UN Convention against Transnational Organised Crime. [Trata global de seres humanos y la Convención de la ONU contra el Crimen Organizado] *Human Rights Review*. [Revista de Derechos Humanos] Vol. 1, no. 1, 2008. University College London, pp. 172-198.
- Ziegler, K. S. (2006) The legal framework of trafficking and smuggling in Germany: victim protection emerging from witness protection? [El marco legal de la trata y el tráfico en Alemania: ¿la protección de la víctima surge de la protección al testigo?] *Immigration and Criminal Law in the European Union*, [Inmigración y legislación penal en la Unión Europea] Guild y Minderhoud, (Editores) Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, pp. 69-111.

RECOPIACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES PUBLICADAS 2008-2013

PRODUCTO	COLECCIÓN
Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Parte General Volumen III. Teoría de la ley penal. Miguel Alberto Trejo Escobar	Colección Jurídica
Etnografía de salvadoreños migrantes en Brentwood y Hempstead Nueva York Jorge Arturo Colorado Berrios	Facultad de Ciencias Sociales
Proyecto de registro y reconocimiento de sitios arqueológicos históricos de El Salvador (PAHES-UTEC) José Heriberto Erquicia Cruz	Facultad de Ciencias Sociales Escuela de Antropología
En defensa de la Patria. Historia del Conflicto Armado en El Salvador 1980-1992 General Humberto Corado Figueroa	
Las controversiales fichas de fincas salvadoreñas. Antecedentes, origen y final. José Luis Cabrera Arévalo	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social. Escuela de Antropología
Recopilación Investigativa. Tomo I	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa. Tomo II	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa. Tomo III	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Apuntes sobre Mercadeo moderno José A. Exprúa	
El Estado Constitucional Dr. Mario Antonio Solano Ramírez	Colección Jurídica
Las agrupaciones ilícitas como delincuencia organizada Leonardo Ramírez Murcia	Colección Jurídica
La mujer dormida. Novela corta Eduardo Badia Serra	Colección Literaria
Koot. Revista de museología No. 1	Museo Universitario de Antropología
De la ilusión al desencanto. Reforma económica en El Salvador 1989-2009 Juan Héctor Vidal	Colección Ciencias Sociales
Casa Blanca Chalchuapa, El Salvador. Excavación en la trinchera 4N Nobuyuki Ito	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social. Escuela de Antropología

Recopilación Investigativa 2009. Tomo 1	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa 2009. Tomo 2	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa 2009. Tomo 3	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
El nuevo proceso civil y mercantil salvadoreño	Colección Jurídica
Koot. Revista de museología No. 2	Museo Universitario de Antropología
Discursos en el tiempo para graduados y otros temas educativos José Adolfo Araujo Romagoza	
Recopilación Investigativa 2010	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación Investigativa 2010	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación Investigativa 2010	Vicerrectoría de Investigación
Decisiones Dr. Jorge Bustamente	
Compendio Gramatical. José Braulio Galdámez	
Foro económico: El Salvador 2011	Colección Ciencias Sociales
La violencia social delincriminal asociada a la salud mental en los salvadoreños. Investigación Dr. José Ricardo Gutiérrez Quintanilla	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación de investigación 2011 Tomo I	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación de investigación 2011 Tomo II	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación de investigación 2011 Tomo III	Vicerrectoría de Investigación
Programa psicopreventivo de educación para la vida efectividad en adolescentes UTEC-PGR Ana Sandra Aguilar de Mendoza- Milton Alexander Portillo	Vicerrectoría de Investigación
El lenguaje delincriminal en El Salvador. Braulio Galdámez	
Medicina tradicional entre los indígenas de Izalco, Sonsonate, El Salvador Beatriz Castillo	Colección Ciencias Sociales
Contenido y proyección del anteproyecto de constitución política de 1950. Dr. Alfredo Martínez Moreno	Colección Jurídica
Revista Koot No 3 Dr. Ramón Rivas	Museo Universitario de Antropología

<p>Causas de la participación del clero salvadoreño en el movimiento emancipador del 5 de noviembre de 1811 en El Salvador y la postura de las autoridades eclesiales del Vaticano ante dicha participación. Claudia Rivera Navarrete</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Estudio Histórico proceso de independencia: 1811-1823 Tomo II Dr. José Melgar Brizuela</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>El Salvador insurgente 1811-1821 Centroamérica. Tomo III César A. Ramirez A.</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Antropología en El Salvador. Recorrido histórico y descriptivo Dr. Ramón Rivas</p>	<p>Colección Ciencias Sociales</p>
<p>Representatividad y pueblo en las revueltas de principios del siglo XIX en las colonias hispanoamericanas Héctor Raúl Grenni Montiel.</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Guía básica para la exportación de la Flor de Loroco, desde El Salvador hacia España, a través de las escuelas de hostelería del País Vasco. Álvaro Fernández Pérez</p>	<p>Colección Investigaciones</p>

RECOPIACIÓN DE COLECCIONES “CUADERNILLOS” 2008-2013

TITULO	COLECCIÓN
<p>El método en la investigación. Breve historia del derecho internacional humanitario desde el mundo antiguo hasta el tratado de Utrecht Colección de Derecho No. 1 Dr. Jaime López Nuila Lic. Aldonov Frankeo Álvarez Ferrufino</p>	Colección de Derecho
<p>Modo de proceder en el recurso de casación en materias: civiles, mercantiles y de familia Colección de Derecho No. 2 Dr. Guillermo Machón Rivera</p>	Colección de Derecho
<p>La administración de justicia y la elección de los magistrados de la corte suprema de justicia luego de los acuerdos de paz Colección de Derecho No. 3 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez</p>	Colección de Derecho
<p>La Proyección Social una propuesta práctica Colección Cuaderno No. 1 Lic. Carlos Reynaldo López Nuila</p>	Rectoría Adjunta
<p>Hacia una nueva cultura jurídica en materia procesal civil y mercantil Colección de Derecho No. 4 Lic. Juan Carlos Ramírez Cienfuegos</p>	Colección de Derecho
<p>La educación: ¿derecho natural o garantía fundamental? Dr. Jaime López Nuila</p>	Colección de Derecho
<p>Realidad Nacional 1 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeo Álvarez</p>	Colección Ciencias Sociales
<p>Realidad Nacional 2 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeo Álvarez</p>	Colección Ciencias Sociales
<p>Realidad Nacional 3 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeo Álvarez</p>	Colección Ciencias Sociales
<p>Realidad Nacional 4 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeo Álvarez</p>	Colección Ciencias Sociales
<p>Realidad Nacional 5 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeo Álvarez</p>	Colección Ciencias Sociales

<p>Realidad Nacional 6 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez</p>	<p>Colección Ciencias Sociales</p>
<p>Realidad Nacional 7 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez</p>	<p>Colección Ciencias Sociales</p>
<p>Obstáculos para una investigación social orientada al desarrollo Colección de Investigaciones Dr. José Padrón Guillen</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Estructura familia y conducta antisocial de los estudiantes en Educación Media Colección de Investigaciones No. 2 Luis Fernando Orantes Salazar</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Prevalencia de alteraciones afectivas: depresión y ansiedad en la población salvadoreña Colección de Investigaciones No. 3 José Ricardo Gutiérrez</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Violación de derechos ante la discriminación de género. Enfoque social Colección de Investigaciones No. 4 Elsa Ramos</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Diseño de un modelo de vivienda bioclimática y sostenible. Fase I Colección de Investigaciones No. 5 Ana Cristina Vidal Vidales</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Importancia de Iso indicadores y la medición del quehacer científico Colección de Investigaciones No. 6 Noris López de Castaneda</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Situación de la educación superior en El Salvador Colección de Investigaciones No. 1 Lic. Carlos Reynaldo López Nuila</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>La violencia social delincencial asociada a la salud mental. Colección de Investigaciones No. 7. Lic. Ricardo Gutiérrez Quintanilla</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Estado de adaptación integral del estudiante de educación media de El Salvador Colección de Investigaciones No. 8 Luis Fernando Orantes</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Aproximación etnográfica al culto popular del Hermano Macario en Izalco, Sonsonate, El Salvador. Colección de Investigaciones No. 9 José Heriberto Erquicia Cruz</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>

<p>La televisión como generadora de pautas de conducta en los jóvenes salvadoreños Colección de Investigaciones No. 10 Edith Ruth Vaquerano de Portillo Domingo Orlando Alfaro Alfaro</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Violencia en las franjas infantiles de la televisión salvadoreña y canales infantiles de cable Colección de Investigaciones No. 11 Camila Calles Minero Morena Azucena Mayorga Tania Pineda</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Factores que influyen en los estudiantes y que contribuyeron a determinar los resultados de la PAES 2011 Colección de Investigaciones No. 12 Saúl Campos Blanca Ruth Orantes</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Responsabilidad legal en el manejo y disposición de desechos sólidos en hospitales de El Salvador Colección de Investigaciones No. 13 Carolina Lucero Morán</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Obrajes de añil coloniales de los departamentos de San Vicente y La Paz, El Salvador Colección de Investigaciones No. 14 José Heriberto Erquicia Cruz</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>San Benito de Palermo: elementos afrodecendientes en la religiosidad popular en El Salvador. Colección de Investigaciones No. 16 José Heriberto Erquicia Cruz y Martha Marielba Herrera Reina</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Formación ciudadana en jóvenes y su impacto en el proceso democrático de El Salvador Colección de Investigaciones No. 17 Saúl Campos</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Turismo como estrategia de desarrollo local. Caso San Esteban Catarina. Colección de Investigaciones No. 18 Carolina Elizabeth Cerna, Larissa Guadalupe Martín y José Manuel Bonilla Alvarado</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Conformación de clúster de turismo como prueba piloto en el municipio de Nahuizalco. Colección de Investigaciones No. 19 Blanca Ruth Galvez García, Rosa Patricia Vásquez de Alfaro, Juan Carlos Cerna Aguiñada y Oscar Armando Melgar.</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Mujer y remesas: administración de las remesas. Colección de Investigaciones No. 15 Elsa Ramos</p>	Vicerrectoría de Investigación

<p>Estrategias pedagógicas implementadas para estudiantes de educación media Colección de Investigaciones No. 21 Ana Sandra Aguilar de Mendoza</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Participación política y ciudadana de la mujer en El Salvador Colección de Investigaciones No. 20 Saúl Campos Morán</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Estrategia de implantación de clúster de turismo en Nahuizalco (Propuesta de recorrido de las cuatro riquezas del municipio, como eje de desarrollo de la actividad turística) Colección de Investigaciones No. 22 Blanca Ruth Gálvez Rivas Rosa Patricia Vásquez de Alfaro Óscar Armando Melgar Nájera</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Fomento del emprendedurismo a través de la capacitación y asesoría empresarial como apoyo al fortalecimiento del sector de la Mipyme del municipio de Nahuizalco en el departamento de Sonsonate. Diagnóstico de gestión. Colección de Investigaciones No. 23 Vilma Elena Flores de Ávila</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Proyecto migraciones nahua-pipiles del postclásico en la Cordillera del Bálsamo Colección de Investigaciones No. 24 Marlon V. Escamilla William R. Fowler</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Transnacionalización de la sociedad salvadoreña, producto de las migraciones Colección de Investigaciones No. 25 Elsa Ramos</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Imaginario y discursos de la herencia afrodescendiente en San Alejo, La Unión, El Salvador Colección de Investigaciones No. 26 José Heriberto Erquicia Cruz Martha Marielba Herrera Reina Wolfgang Effenberger López</p>	Vicerrectoría de Investigación



Hazel Jasmin Bolaños Vásquez

Es Abogada y Doctora en Derecho (Ph.D.) con especialidad en Derechos Humanos y Derecho Penal, por la Universidad de Zaragoza, España, tiene un Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en el área de Derecho Penal por la misma universidad y es Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

Asimismo, ha realizado diversos cursos de especialización en el área de los derechos humanos y el derecho penal. En la actualidad es investigadora en la Universidad Tecnológica de El Salvador y su línea de investigación se basa en los problemas de los Derechos Humanos en el Derecho Penal.

También se desempeña como Asesora de tesis y Jurado del Tribunal Evaluador en la Maestría en Derecho Penal Constitucional de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas; y forma parte de la Red de Investigadores Salvadoreños (REDISAL_CONACYT)

Vicerrectoría de Investigación
Calle Arce y 17 avenida Norte, No. 954.
Edificio *José Martí*. San Salvador, El Salvador, C.A.
Tel.: 2275-8817

