

Trata de menores. Aspectos jurídicos, perspectivas de derecho comparado y propuestas de lege ferenda en relación con el marco normativo español



GOBIERNO DE ESPAÑA MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

Trata de menores. Aspectos jurídicos, perspectivas de derecho comparado y propuestas de ley en relación con el marco normativo español

Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar^α (Director)/ Prof. Dr. Asier Urruela Mora^β/ Prof^a. Dra. Arantza Libano Beristain^γ/ Hazel Jasmín Bolaños Vázquez^δ/ José María Farjas Ballester^ε

^α Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza.

^β Profesor Contratado Doctor en Derecho Penal. Universidad de Zaragoza.

^γ Profesora de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Barcelona.

^δ Becaria Programa Fullbright. Universidad de Zaragoza.

^ε Abogado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

© MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL
CENTRO DE PUBLICACIONES
PASEO DEL PRADO, 18-20. 28014 MADRID

NIPO: 840-10-061-2

<http://www.060.es>

RESUMEN. Este trabajo aborda los aspectos jurídicos relacionados con la trata de seres humanos, con especial referencia a los menores de edad, y en particular la conformación de la misma como figura delictiva autónoma e independiente de los delitos en los que se concreta la explotación de las personas, así como del delito de tráfico de inmigrantes. A tal efecto se analiza la evolución histórica de la trata de personas como fenómeno criminal en el plano de la legislación internacional, con especial atención a los textos normativos más recientes y vinculantes para España. Se efectúa asimismo un estudio de Derecho Comparado con relación a la penalización de la trata como delito, para finalizar con el análisis de la situación en marco jurídico español y las propuestas de lege ferenda a la luz de la normativa internacional.

ABSTRACT. *This paper focuses on the legal aspects related to human trafficking, with special reference to minors. Particular relevance has been devoted to the formation of the offence of human trafficking as autonomous. This implies the independence of the offence from the crimes in which the exploitation of specific individuals becomes a reality and also from the crime of migrant smuggling. To this purpose we analyze the historical evolution of human trafficking as a criminal phenomenon in terms of international law, paying particular attention to the most recent legislative texts which are legally binding in Spain. We also conduct research on the current Spanish legal framework and make de lege ferenda proposals based on international standards.*

Índice

I. INTRODUCCIÓN: EL MARCO SUPRANACIONAL DE REFERENCIA	6
1.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA	7
1.2. NACIONES UNIDAS	9
1.2.1. Primeras iniciativas en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores	9
1.2.2. Iniciativas recientes en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores. Especial consideración del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)	12
1.2.3. Resoluciones aprobadas por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con la trata de mujeres y niñas	17
1.2.4. Otros organismos supranacionales vinculados o dependientes de Naciones Unidas	21
1.3. CONSEJO DE EUROPA	22
1.3.1. Recomendaciones del Consejo de Europa en relación con la trata de seres humanos	22
1.3.2. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, mayo 2005	23
1.3.3. Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales (Lanzarote, 25.X.2007)	25
1.4. UNIÓN EUROPEA	26
1.4.1. Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos	26
1.4.2. Declaración de Bruselas sobre la prevención y el combate de la trata de seres humanos	27
1.4.3. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Diario Oficial de la Unión Europea L 13/44, de 20 de enero de 2004)	28
1.4.4. Otros textos relevantes en la esfera de la Unión Europea	28
II. DERECHO COMPARADO	30
2.1. EUROPA	30
2.1.1. Gran Bretaña	30
2.1.2. Alemania	32
2.1.3. Suiza	34
2.1.4. Austria	35
2.1.5. Francia	35
2.1.6. Rumania	37
2.1.7. Portugal	39
2.1.8. Italia	40
2.2. AMÉRICA	41
2.2.1. Estados Unidos de América	41
2.2.2. México	44
2.2.3. Colombia	46
III. DERECHO ESPAÑOL	49
3.1. SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL EN LA ESFERA PENAL	49
3.2. PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA	51
3.2.1. El Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008	51
3.2.2. El Proyecto de Reforma del Código penal de 2009	54
IV. CONCLUSIONES	61

I. INTRODUCCIÓN: EL MARCO SUPRANACIONAL DE REFERENCIA

La trata de personas como realidad sociológica es conocida desde antiguo en la esfera internacional. Inicialmente legitimada en el marco de la concepción histórica que asumía la esclavitud o la servidumbre como un fenómeno éticamente aceptable (Antigua Grecia, Imperio Romano, Edad Media y en gran parte de la Edad Moderna), su configuración como una práctica ilícita atentatoria contra la dignidad del ser humano y, por lo tanto, contra la esencia misma de la persona se ha producido fundamentalmente a lo largo del siglo XX. Ya desde inicios de dicha centuria diversos textos a nivel supranacional venían subrayando la profunda inmoralidad de dicha práctica y exigían a los Estados esfuerzos concertados en aras a poner fin a toda forma de esclavitud, servidumbre, explotación sexual o laboral y análogas, así como en general, a acabar con todos aquellos fenómenos asociados con el moderno concepto de trata de personas. Al hilo de dicho movimiento en la esfera internacional los legisladores internos han ido incorporando progresivamente diferentes prescripciones normativas dirigidas a hacer frente a dichos fenómenos a través de las distintas regulaciones (con especial incidencia en la esfera penal).

Por lo tanto, la trata de personas constituye un fenómeno muy antiguo que ha acompañado a la humanidad desde tiempos remotos; sin embargo, su visualización, y su consideración como violación de los derechos humanos y como delito únicamente ha cobrado relevancia en el ámbito jurídico en las últimas décadas. Ya en la Edad Media el término “trata” se empleaba en el contexto de la lucha entre los reinos cristianos y musulmanes, cuando las personas adquirían la categoría de mercancía y bajo estas condiciones eran llevadas de un lugar a otro para su compraventa.

Posteriormente, en el siglo XIX e inicios del XX se hacía alusión a la *Trata de Blancas*, para definir al comercio de mujeres blancas europeas y americanas que eran raptadas para su posterior traslado a países árabes, africanos o asiáticos con la intención de someterlas a la prostitución o emplearlas como concubinas. A partir del reconocimiento internacional de los derechos humanos como valor universal y de la abolición de la esclavitud, se estableció que eran víctimas hipotéticas de trata las mujeres con independencia de su raza y continente de origen, abandonándose el término “trata de blancas” y acuñándose el concepto que conocemos actualmente “trata de personas”.

No obstante, el referido reconocimiento expreso a nivel internacional no ha conseguido erradicar este horrible fenómeno, que se ha visto intensificado a través de la proliferación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el proceso de globalización. Este último proceso ha influido decisivamente en ámbitos como el de los movimientos migratorios a nivel mundial, al ahondar en las marcadas diferencias entre países ricos y pobres, generando como consecuencia una de las más comunes formas de migración, la propiciada por motivos económicos, ya que muchas personas emigran buscando en otro país mayores ingresos o un mejor nivel de vida. A esta situación se añade la configuración de redes de criminalidad a nivel

internacional que, aprovechándose del fenómeno de la globalización y de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas que habitan en los países menos desarrollados, se dedican a captar, reclutar o intermediar de alguna forma, mediante la amenaza, la coacción, el engaño u otros medios ilegítimos a personas necesitadas con el fin de explotarlas en diferentes lugares del mundo.

El nuevo negocio de redes de tratantes genera enormes ingresos a bajo coste con base en una mercancía barata y abundante: las personas que viven en situaciones de extrema pobreza. Así, miles de seres humanos¹ provenientes de América Latina, El Caribe, África, Asia y Europa del Este son desplazados de un lugar a otro bajo engaño, violencia o amenaza para luego ser sometidos a la esclavitud o trabajo forzado, lo que ha convertido a la trata de personas en la actividad global más lucrativa después del tráfico de drogas y de armas.

El presente trabajo pretende abordar el fenómeno de la trata de personas desde una perspectiva jurídica al objeto de determinar la situación concurrente en España en relación con el particular. Con dicho objeto, se comienza por llevar a cabo un estudio de naturaleza histórica a fin de concretar los distintos textos jurídicos aprobados en la esfera supranacional. Nuestro país, una democracia consolidada y que constituye un referente en muchos aspectos a nivel internacional, ha firmado y ratificado buena parte de dichas Convenciones y Tratados, asumiendo obligaciones (así, por ejemplo, de incriminación de determinadas conductas) al hilo de las mismas. Un análisis en profundidad de los instrumentos concurrentes en el ámbito supranacional (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea) permitirá concretar las conductas que necesariamente deben ser objeto de tipificación penal a nivel interno en España en relación con la trata de menores.

Por otro lado, y con el fin de ilustrar adecuadamente las posibles formas de incriminación de dichas conductas, se procede a analizar los modelos de Derecho comparado existentes en materia de trata de personas (y especialmente, de menores), utilizando una serie de Estados de referencia tanto del contexto europeo (Francia, Rumania, Italia, Portugal, Reino Unido, Alemania, Austria y Suiza) como americano (Estados Unidos, México y Colombia). Consideramos que la heterogeneidad de las realidades políticas y, en consecuencia, legislativas de los distintos Estados analizados permite una perspectiva lo suficientemente rica y plural como para formular las oportunas propuestas de *lege ferenda* en el contexto legislativo español.

1.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

A principios del siglo pasado, el discurso de los Derechos Humanos que se fue asentando progresivamente a nivel mundial provocó que los Estados europeos proscribiesen la práctica del comercio con seres humanos, sobre todo desde la perspectiva de proteger a sus poblaciones. Surge así, el 18 de mayo de 1904, el primer “Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas”²; una legislación inicial teñida de los valores moralizantes de la época que buscaba prohibir el tránsito de mujeres europeas entre fronteras para su empleo en la prostitución.

¹ Según la Organización Internacional para las Migraciones se estima que hoy día existen en todo el mundo entre 600.000 y 800.000 víctimas de esta forma moderna de esclavitud, en su mayoría mujeres, niños y niñas. Véase Juan Artola, *El caso de la Trata de Personas*, OIM, México, 2005.

² Acuerdo firmado en París el 18 de mayo de 1904 y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949. Disponible en Internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/TRATA%20DE%20BLANCAS-ACUERDO.pdf>

A dicho Acuerdo se le criticaba 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” desde una perspectiva europea.

Particular importancia en el marco de dicho proceso procede reconocer a la elaboración de la “Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas”, suscrita el 4 de mayo de 1910, fruto de sendas conferencias celebradas en París por parte de diversos plenipotenciarios europeos; la primera del 15 al 25 de julio de 1902, que estableció un proyecto, y la segunda del 18 de abril al 4 de mayo de 1910, que concluyó en la referida Convención. Entre los aspectos relevantes de la misma se encontraba el reconocimiento de que la trata podía darse tanto en el interior de los países (carácter interno) como —y esto era lo verdaderamente relevante— hacia el exterior de los mismos (carácter transnacional), definiéndose la trata como el tráfico de mujeres acompañado de fuerza, amenaza, fraude o alguna clase de abuso. Sin embargo, la explotación para el ejercicio de la prostitución no formaba parte de la definición de trata porque constituía una práctica reglamentada y, por lo tanto, legal mientras se mantuviera dentro de los márgenes del control policial y sanitario a que la sometía el Estado³.

A esta Convención le siguen otras, como la “Convención Internacional para la represión de la Trata de Mujeres y Niños”, hecha en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, desembocando finalmente en la “Convención sobre la Esclavitud”, hecha en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, en la cual se establecía que “la trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de cualquier individuo para venderlo o cambiarlo y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”⁴.

El 11 de octubre de 1933 la Sociedad de Naciones adoptó en Ginebra (Suiza) la “Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de mujeres mayores de edad”, con el que se pretendía completar el Convenio del 18 de mayo de 1904 y las Convenciones del 4 de mayo de 1910 y del 30 de septiembre de 1921, relativos a la represión de la trata de mujeres y niños.

Fue el “Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”, adoptado el 2 de diciembre de 1949, el que representó el cambio de la política reglamentista de la prostitución a la política de tipo abolicionista, unificando en un mismo concepto prostitución y trata, dado que una y otra recibían una valoración penal negativa: la trata, porque implicaba coacción y abuso en la captación y traslado de personas; la prostitución, en tanto que su explotación, consentida o no, resultaba prohibida⁵. El Preámbulo de la Convención declaraba 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 humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”.

³ El texto de esta convención puede consultarse en Internet con distintas versiones castellanas. Reproducimos a continuación la que parece más acertada:

Artículo 1: Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya reclutado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción se hayan cometidos en países diferentes.

Artículo 2: Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, mediante engaño o con ayuda de violencias, amenazas, abuso de autoridad, o cualquier otro medio de coacción, haya reclutado, secuestrado o seducido a una mujer o joven mayor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción hayan sido cometidos en países diferentes.

⁴ Art. 1.2 Convención sobre la Esclavitud. Sociedad de Naciones, 1926.

⁵ Véase María Luisa Maqueda Abreu, “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, Diario La Ley, 2006, p. 1502.

1.2. NACIONES UNIDAS

En esta esfera debemos destacar la incidencia de una serie de textos aprobados por parte de la Comunidad Internacional en su conjunto y dirigidos bien directamente a la protección de los derechos del niño, bien a la lucha contra determinadas formas de criminalidad, particularmente la conocida como criminalidad organizada, y de manera especial la trata de personas.

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.

A efectos de nuestro análisis procede destacar la importancia de una serie de textos de referencia que servirán para perfilar la protección del menor de edad —en particular en relación con la trata de personas— en nuestro país.

1.2.1. Primeras iniciativas en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores

Con el fin de establecer una legislación internacional más específica en materia de trata de personas que se ajustara a las nuevas concepciones y modalidades surgidas en estas esferas y en cumplimiento del proyecto de Convenio de la Sociedad de Naciones de 1937, con el objeto de extender el alcance de los instrumentos internacionales existentes en materia de trata de personas, las Naciones Unidas desde su conformación hasta el día de hoy han elaborado diferentes documentos, siendo las primeras iniciativas en relación con el particular las siguientes:

- **“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”⁶.**

- **“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”⁷.**

⁶ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

⁷ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947.

Tras el bloque de protocolos de modificación de los primeros textos internacionales para la represión de la trata, cabe destacar los siguientes textos normativos internacionales emanados directamente de Naciones Unidas que aluden también a la materia:

- **“Declaración Universal de los Derechos Humanos”**⁸, texto de enorme trascendencia en la esfera supranacional que surgió con la pretensión de constituir el ideal común de todos los pueblos. Así su artículo 1 establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, siendo aun más específico respecto al tema que nos ocupa 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”. Asimismo, el artículo 16 de la Declaración también contempla como derecho fundamental el contraer matrimonio “sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos”.

- **“Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”**⁹, mediante el cual los Estados Partes se comprometían a castigar a todo aquel que, para satisfacer las pasiones de otro, concertare la prostitución de una persona, aun con el consentimiento de tal persona o explotare la prostitución de una persona, aun con el consentimiento de la misma¹⁰. El artículo 2 del mencionado Convenio dispone que los Estados Partes castigarán a toda persona que mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

Esta Convención también establece que los Estados Parte perseguirán toda tentativa, participación intencional o acto preparatorio para la trata de personas o la prostitución ajena¹¹. En el caso de que un nacional cometiera las infracciones en el extranjero y regresase al país del que era nacional, este debía ser juzgado por los tribunales nacionales. Aspecto criticable de ésta es que no regulaba todas las manifestaciones de la explotación sexual ni otros tipos de explotación. Sin embargo, en el lado positivo este Convenio no se limitaba solamente a las víctimas mujeres y niños, sino que reconocía que la trata podía afectar a personas de uno u otro sexo, independientemente de su edad.

- **“Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”**¹², la cual define los diferentes tipos de servidumbre, distinguiendo así:

a) La servidumbre por deudas, o sea, 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, 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.

b) La servidumbre de la gleba, o sea, 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

⁸ Aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Naciones Unidas. Resolución 217 A (III).

⁹ Aprobado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. El Convenio entró en vigor el 25 de julio de 1951.

¹⁰ Art. 1 Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

¹¹ Art. 3 y 4 Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

¹² Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social. Resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956.

otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición¹³.

Esta Convención también enumera otras instituciones o prácticas análogas a la esclavitud entre las cuales menciona¹⁴:

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.

b) 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.

c) Cuando la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.

Por último, en dicha Convención se considera también que debe ser abolida o abandonada toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote a la persona o el trabajo del niño o del joven¹⁵.

- **“Declaración de los Derechos del Niño”**¹⁶, promulgada a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian.

En cuanto a la trata de niños y niñas la Declaración 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”.

- **“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”**¹⁷, el cual 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”. Igual énfasis hace al establecer que nadie estará sometido a servidumbre ni será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

Este Pacto, además de prohibir la esclavitud y la trata de esclavos, así como la servidumbre de las personas, incorpora a este elenco de prohibiciones el trabajo forzoso u obligatorio. No obstante, establece una serie de supuestos que no habrán de considerarse trabajo forzoso u obligatorio, tales como: el cumplimiento 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

¹³ Art. 1 a) y b).

¹⁴ Art. 1 c).

¹⁵ Art. 1 d).

¹⁶ Declaración proclamada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. Resolución 1386 (XIV).

¹⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

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; el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

- **“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”**¹⁸, el cual reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, estableciendo una serie de indicaciones y garantías con el fin de evitar la trata de personas para su explotación laboral, tales como:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos¹⁹.

- **“Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”**²⁰. Particular importancia ostenta su artículo 6, que en su apartado 2.a) dispone que la mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento. Por otro lado, el art. 6.3 impone la prohibición del matrimonio de niños y los esponsales de jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad. Las previsiones anteriores resultan relevantes, pues no resulta extraño en algunos Estados que un número importante de personas (especialmente mujeres y en muchos casos menores de edad) sean objeto de trata con fines matrimoniales.

1.2.2. Iniciativas recientes en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores. Especial consideración del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)

1) Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

¹⁸ Pacto adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, esto es, en la misma fecha que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

¹⁹ Art. 7, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁰ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967.

Como primer documento de obligada alusión cabe citar la Convención sobre los Derechos del Niño²¹ de las Naciones Unidas, verdadero texto de referencia en la esfera de la protección del menor.

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación procede destacar la declaración del artículo 1, en virtud del cual “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Ello implica que, en el marco del citado texto, la alusión al concepto de “niño” coincide con la definición aquí manejada de “menor”.

A efectos de nuestro trabajo, particular incidencia ostentan los artículos 11, 19, 32, 34, 35, 36 y 39. En virtud del art. 11 los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, cuestiones fundamentales, pues 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.

Una ulterior obligación a la que se comprometen los Estados Parte en el marco de dicha Convención consiste en la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1). Asimismo, en virtud del art. 32 se 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.

Específicamente en la esfera de la trata de menores particular relevancia ostentan los artículos 34 y siguientes de la Convención. En virtud del artículo 34 los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Por otro lado, el artículo 35 se refiere expresamente al concepto de trata de menores cuando dispone la obligación de las partes de adoptar las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma, protección que se extiende a través del artículo 36 frente a todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto del bienestar del menor. Finalmente, el artículo 39 subraya el compromiso de adoptar todas las medidas apropiadas con el fin de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o conflictos armados.

En definitiva, la Convención sobre los Derechos del niño pretende establecer un marco integral de protección del menor que precisa, no obstante, de la adecuada implementación por vía legislativa y de adopción de las acciones oportunas (de policía, administrativas, de prestación de servicios, etc.) por parte de las distintas Administraciones implicadas.

Junto con la Convención sobre los Derechos del Niño procede citar el **“Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la**

²¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”²², cuyo objetivo consiste en ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta, la prostitución y la utilización de los mismos en la pornografía²³.

De acuerdo con el art. 3 del referido Protocolo todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños:

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;

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil.

Los conceptos de venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil se definen en el art. 2: “a los efectos del presente Protocolo:

a) 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;

b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

c) Por pornografía infantil se entiende 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”.

Asimismo, se prevé la aplicación de estas disposiciones 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.

²² Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000. Resolución A/RES/54/263. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

²³ Preámbulo del 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.

2) Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo) y Protocolos a la misma

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional²⁴ persigue promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la referida delincuencia organizada transnacional. La Convención se abrió a la firma en Palermo (Italia) y entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el art. 38. Hasta el momento 147 países la han firmado.

El art. 2 a) de la Convención define “grupo delictivo organizado” como *un grupo estructurado de tres o más personas* que exista durante un 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.

Con la Convención y sus Protocolos los Estados se obligan a incorporar como delitos a nivel interno las figuras contempladas en dichos instrumentos²⁵. También se prevé la obligación de cada Estado Parte de adoptar las medidas que sean necesarias con el fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que estén involucrados un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados en los artículos 5 (participación en un grupo delictivo organizado), 6 (blanqueo del producto del delito), 8 (corrupción) y 23 (obstrucción de la justicia) de la Convención. La responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Ésta existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos (art. 10).

Esta regulación dentro de la Convención es muy importante, ya que no todos los elementos implicados en el circuito de la trata son personas físicas, funcionando en muchos casos las redes de trata en el marco de una empresa o sociedad.

A efectos de nuestro trabajo particular interés ostenta el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo)²⁶. Dicho Protocolo contiene en su art. 3 letra a) una definición de “trata de personas”, de suma importancia pues puede servir como criterio configurador del correspondiente tipo penal en España.

De acuerdo con su art. 4 el Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo su artículo 5, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos. Es importante anotar que ello no cubre la trata realizada por una o dos personas o la trata interna que no tenga ninguna vinculación internacional. Por lo tanto, la legislación interna debería ir más lejos que el Protocolo contra la Trata de Personas e incluir toda forma de trata interna y transfronteriza y, en su caso, prever la

²⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25. Entrada en vigor para España el 29 de septiembre de 2003 (BOE nº 233, de 29 de septiembre de 2003).

²⁵ La Convención incorpora cinco grupos de figuras criminales, sean cometidas por individuos o por entidades corporativas: 1. Participación en un grupo delictivo organizado; 2. Blanqueo del producto del delito; 3. Corrupción; 4. Obstrucción a la justicia; 5. Delitos graves (se entenderá por delito grave la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave) cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

²⁶ Entrada en vigor para España el 25 de noviembre de 2003, BOE nº 296 de 11 de diciembre de 2003.

punición de los supuestos en que no se cuente con un grupo delictivo organizado para la realización de los hechos.

De acuerdo con el art. 3 a) del Protocolo por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados²⁷, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud²⁸, la servidumbre o la extracción de órganos. El art. 3 b) del Protocolo dispone que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del mismo artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. Finalmente, de acuerdo con la letra c) del mencionado art. 3 la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

La *acción típica* consiste en captar, transportar, trasladar, acoger y recibir personas. Un aspecto relevante de esta definición es que se contempla la posibilidad de que la trata sea interna o internacional, ya que no expresa concretamente la necesidad de cruce de fronteras, basta con que se lleven a cabo las actividades citadas, lo cual puede realizarse tanto dentro de un mismo país como a nivel transfronterizo. No obstante, si bien la definición de trata expuesta no exige el carácter internacional de la actividad, sí lo establece con carácter general, a efectos de determinación del ámbito de aplicación del propio Protocolo, su art. 4.

²⁷ De acuerdo con el art. 2.1 del Convenio (N. 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Asamblea General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cabría definir el concepto “trabajo forzoso u obligatorio” como 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.

²⁸ De acuerdo con la Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o de alguno de ellos (art. 1.1).

En virtud de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956 y hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, se pueden incluir en el ámbito de las “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” (art. 1):

- a) La servidumbre por deudas, o sea, 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, 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;
- b) La servidumbre de la gleba, o sea, 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 ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;
- c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:
 - i) 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) 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) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;
- d) 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.

Los *medios comisivos* deben ser coercitivos, recurriendo a la amenaza, el uso de la fuerza, raptos, fraude, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Así, los responsables de la trata pueden realizar acciones como la retención de documentos, la imposición de determinados “trabajos” sin que la víctima pueda abandonarlos o cambiarlos, el engaño sobre condiciones laborales, el sometimiento a abuso físico, sexual o psicológico, el ejercicio de poderes traducidos en relaciones de dominio/propiedad y la trasgresión de los derechos fundamentales de las víctimas²⁹. La utilización de medios coercitivos no es necesaria cuando la víctima sea menor de 18 años, por considerarse que dichos sujetos no tienen capacidad legal para brindar el consentimiento.

La acción debe realizarse con *fin*es de explotación entre los que se incluye 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 y la extracción de órganos. Es importante aclarar que esta lista no es taxativa, sino que establece el mínimo que debe ser regulado en las diferentes legislaciones, dejando a la libertad de cada Estado ampliarla a otras formas de explotación en concordancia con la realidad de un determinado país.

Desde el punto de vista típico, el sujeto activo de la trata puede serlo cualquier persona, (delito común). Sin embargo, por las características inherentes a dicha actividad, en la mayor parte de los casos el sujeto activo no realiza la conducta de manera aislada, al hallarnos ante un hecho delictivo que precisa al menos de dos sujetos o coautores con quienes ha acordado previamente una división en el trabajo. El Protocolo fija también con carácter general en su art. 4 que los casos de trata entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (de tres o más personas), aun cuando este requisito en el ámbito de aplicación del Protocolo es prescindible por los Estados.

1.2.3. Resoluciones aprobadas por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con la trata de mujeres y niñas

En relación con el particular procede destacar las siguientes Resoluciones:

1) Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1994/166. Trata de mujeres y niñas

La Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado diversas resoluciones en materia de trata de mujeres y niñas. En este sentido, la Resolución 1994/166³⁰ dedicada a dicha problemática ya alentaba a los gobiernos, órganos competentes y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a reunir y compartir información acerca de todos los aspectos de la trata de mujeres y niñas para facilitar la formulación de medidas al respecto, a la vez que instaba a todos los gobiernos a que adoptasen medidas apropiadas para hacer frente al problema de la trata de mujeres y niñas y para que se proporcionase a las víctimas la asistencia, el apoyo, el asesoramiento jurídico, la protección, el tratamiento y la rehabilitación necesarios, e instaba a los gobiernos a que cooperasen en esta cuestión, realizando un llamamiento a todos los gobiernos para que adoptasen medidas apropiadas con el fin de evitar que los tratantes explotasen y utilizasen indebidamente

²⁹ Todos estos abusos se ven potenciados por la condición de inmigrante ilegal, la ausencia de mecanismos de apoyo y la desprotección jurídica que sufren las víctimas, que les imposibilita buscar ayuda ante las autoridades competentes.

³⁰A/RES/49/166, publicada el 24 de febrero de 1995.

determinadas actividades económicas, como el desarrollo del turismo y la exportación de mano de obra.

2) Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 51/66 de 31 enero de 1997. Trata de mujeres y niñas³¹

En su punto 7 se hace un llamamiento a todos los gobiernos para que tipifiquen como delito la trata de mujeres y niñas en sus diversas manifestaciones y condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya sea que hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al mismo tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y para que impongan penas a las personas en cargos de autoridad a las que se declare culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia.

3) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19. Trata de mujeres y niñas

En su punto 3 b) la citada Resolución insta a los gobiernos de los países de origen, de tránsito y de destino y a las organizaciones regionales e internacionales a que tomen medidas adecuadas para abordar las causas fundamentales, incluidos los factores externos, que promueven la trata de mujeres y niñas con fines de prostitución y otras formas de comercio sexual, matrimonios forzados y trabajos forzados, con el objeto de eliminar la trata de mujeres, entre ellas, medidas encaminadas a fortalecer las leyes vigentes con el fin de proteger mejor los derechos de las mujeres y las niñas y castigar a los autores por la vía civil y penal.

4) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/30. Trata de mujeres y niñas

En su punto 3 hace un llamamiento a los gobiernos para que tipifiquen la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya sea que hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al propio tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia (reiterando lo ya dispuesto en el punto 7 de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 51/66 de 31 enero de 1997). Por otro lado, el punto 4 c) de la presente resolución reitera el apartado c) del artículo 3 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19 citada *supra*.

5) Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 52/98, de 6 de febrero. Trata de mujeres y niñas

Repite en su punto 3 b) la fórmula del punto 3 b) de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19, y en su punto 3 e) insta a los gobiernos a que consideren la posibilidad de promulgar leyes encaminadas a prevenir el turismo sexual y la trata de personas, haciendo especial hincapié en la protección de las mujeres jóvenes y los niños.

³¹A/RES/51/66, publicada el 31 de enero de 1997.

6) Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 53/116, de 1 febrero de 1999. Trata de mujeres y niñas

Continúa en la línea de las resoluciones previas en el plano de la incriminación de estas conductas y de esta forma en su punto 8 hace un llamamiento a los gobiernos para que tipifiquen como delito la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya sea que hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al mismo tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia.

7) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/40. Trata de mujeres y niñas

En la misma línea, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/40³² hace un llamamiento a todos los gobiernos para que tipifiquen la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al propio tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia (punto 6). Conviene aclarar que esta Resolución alude en distintos lugares a la prohibición y prevención de la trata de niños en general, pero se refiere específicamente o de manera muy particular a las niñas tal y como acabamos de poner de manifiesto.

8) Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 55/67, de 31 de enero de 2001. Trata de mujeres y niñas

Repite en su punto 3 la fórmula del punto 3.c) de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19 y en su punto 6 el punto 3 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/30.

9) Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 57/176, de 18 de diciembre de 2002. Trata de mujeres y niñas

La Resolución de la Asamblea General 57/176³³ insta a los gobiernos a que consideren la posibilidad de firmar y ratificar los instrumentos jurídicos pertinentes de las Naciones Unidas, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los protocolos que la complementan, en particular el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, así como el Convenio n.º 111 sobre la discriminación respecto del empleo y la ocupación, de 1958, y el Convenio n.º 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999, de la Organización Internacional del Trabajo (punto 6).

³² A/RES/55/67, publicada el 31 de enero de 2001.

³³ A/RES/57/176, adoptada el 18 de diciembre de 2002.

La Resolución hace un llamamiento a todos los gobiernos para que tipifiquen la trata de mujeres y niños, especialmente niñas, en todas sus formas, para que las autoridades nacionales competentes condenen y castiguen con las debidas garantías procesales, a quienes estén involucrados en ella, incluidos los intermediarios, sean nacionales o extranjeros, en el país de origen del delincuente o en el país en que tenga lugar el acto, cerciorándose al mismo tiempo de no castigar a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de atentados sexuales contra víctimas de la trata de personas que les hayan sido confiadas (punto 8).

10) Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 58/137, de 4 de febrero de 2004. Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas

De acuerdo con su punto 4 se insta a los Estados Miembros a que adopten medidas para ratificar los instrumentos siguientes, o adherirse a ellos: la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, el 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, y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a aplicar esos instrumentos, entre otras mediante:

- a) La penalización de la trata de personas;
- b) El fomento de la cooperación en la lucha contra la trata de personas entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley;
- c) La tipificación de la trata de personas como delito determinante del delito de blanqueo de dinero.

11) Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos al Consejo Económico y Social de 20 de mayo de 2002. Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas

Dentro de los Principios recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas en el ámbito de la “Protección y asistencia” el principio 7 dispone que las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas, ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.

Por otro lado, en el ámbito de la “Penalización, sanción y reparación” destaca la importancia a efectos de nuestro estudio de los principios 12 a 15. En virtud del principio 12 los Estados adoptarán las debidas medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delitos penales la trata de personas, los actos que la constituyen y las conductas afines. Según el principio 14 los Estados se asegurarán de que la trata de personas, sus actos constitutivos y los delitos conexos constituyan delitos que den lugar a extradición en virtud del derecho interno y los tratados en la materia. Los Estados cooperarán para cerciorarse de que se apliquen los procedimientos debidos de extradición de conformidad con el derecho internacional. Finalmente, el principio 15 impone la aplicación de penas efectivas y proporcionadas a las personas naturales o jurídicas que sean declaradas culpables de trata de personas o de sus delitos constitutivos o conexos.

De acuerdo con la Directriz 2 (Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes), la trata significa mucho más que el desplazamiento organizado de personas con un fin de lucro. El factor adicional crítico que distingue la trata del contrabando de migrantes es la presencia de fuerza, coacción o engaño en todo el proceso o en alguna etapa de él y con fines de explotación. Si bien los elementos adicionales que distinguen la trata del contrabando de migrantes pueden ser a veces evidentes, en muchos casos es difícil probarlos sin una investigación activa.

De acuerdo con la Directriz 4 (Establecer un marco jurídico adecuado), se ha determinado que la falta de legislación específica o adecuada acerca de la trata de personas a nivel nacional constituye uno de los principales obstáculos en la lucha contra esa trata. Es imperiosa la necesidad de armonizar las definiciones legales, los procedimientos jurídicos y la cooperación judicial en los planos nacional y regional de conformidad con las normas internacionales. El establecimiento de un marco jurídico adecuado que sea compatible con las normas y los instrumentos internacionales en la materia tendrá también un papel importante en la prevención de la trata de personas y la explotación conexas.

Finalmente, la Directriz 8 (Medidas especiales para la protección y la asistencia a los niños víctimas de trata de personas) establece que el daño físico, psicológico y psicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hacen necesario un tratamiento separado del previsto para los adultos víctimas de trata de personas en las leyes, las normas, los programas y la acción. Los mejores intereses del niño deben constituir una consideración primordial en todas las medidas relativas a las víctimas de trata de niños, sean adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos. Los niños víctimas de la trata deben recibir asistencia y protección adecuadas y hay que tener plenamente en cuenta sus derechos y necesidades especiales. Los Estados, cuando proceda, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar, entre otras medidas, la de cerciorarse que las definiciones de trata de niños que se adopten tanto en la legislación como en la política tengan en cuenta su necesidad de salvaguardias y atención especiales, con inclusión de una protección legal adecuada. En particular, y de conformidad con el Protocolo de Palermo, los elementos de engaño, fuerza u otras formas de coacción, etc., no deben formar parte de la definición de la trata cuando la víctima sea un niño.

1.2.4. Otros organismos supranacionales vinculados o dependientes de Naciones Unidas

1) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas (A/Conf. 183/9)

Esta normativa de la justicia penal internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 conforme a su art. 126, y que España ratificó el 24 de octubre de 2000 (conforme a la autorización para dicha ratificación dada por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre), incorpora en la definición de los delitos de lesa humanidad, entre otras formas, la esclavitud cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (art. 7.1.c). El apartado 2 del art. 7 establece que por esclavitud se entenderá “el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

2) Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999

Un ámbito particularmente problemático para el menor es el laboral, ante el frecuente recurso a personas de edad inferior a la legalmente permitida por la legislación de referencia (en nuestro país, 16 años) en dicha esfera, dando lugar en muchos casos y con claro prevalimiento de la situación de desamparo en la que se encuentran muchos menores, a prácticas de esclavitud, explotación sexual, utilización para la mendicidad o tráfico de estupefacientes. Los ejemplos de explotación laboral a nivel interno y comparado son abundantes y con el fin de atajar las peores formas de trabajo infantil la OIT aprobó la Convención citada.

De acuerdo con su artículo 3 se define el concepto de “peores formas de trabajo infantil”, que como tal abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico 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 niños.

1.3. CONSEJO DE EUROPA

1.3.1. Recomendaciones del Consejo de Europa en relación con la trata de seres humanos

a) Recomendación 1065 (1987) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la trata de niños y otras formas de explotación infantil.

b) Recomendación N° R (91) 11 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, de 9 de septiembre de 1991, relativa a la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de menores y jóvenes mayores de edad.

c) Recomendación 1325 (1997) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre tráfico de mujeres y prostitución forzada en Estados miembros del Consejo de Europa.

d) Recomendación N° R (2000) 11 adoptada por el Comité de Ministros sobre las Medidas contra el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual del Consejo de Europa, de 19 de mayo de 2000.

Incluye un apéndice en cuyo apartado VI, dedicado a la legislación penal y cooperación judicial, se recomienda la promulgación o fortalecimiento de la legislación sobre el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual, introduciendo, si es preciso, un delito específico (punto 42). Asimismo, se considera necesario el establecimiento de normas que regulen la responsabilidad de las personas jurídicas, estableciendo sanciones específicas (punto 46).

e) Recomendación Rec (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual.

f) Recomendación 1545 (2002). Campaña contra la Trata de Mujeres de 21 de enero de 2002 (Asamblea Parlamentaria).

g) Recomendación 1610 (2003) sobre Migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución, de 25 de junio de 2003 (Asamblea Parlamentaria).

1.3.2. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, mayo 2005³⁴

El artículo 4 a define el concepto de “trata de seres humanos” como el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos³⁵.

Asimismo, en el art. 4 b se pone de manifiesto que el consentimiento de una víctima de la “trata de seres humanos” a la explotación pretendida se considerará irrelevante cuando se utilice uno cualquiera de los medios enunciados previamente. Por otro lado, a tenor del art. 4 c, el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor a efectos de su explotación tendrán la consideración de “trata de seres humanos” aunque no se recurra a ninguno de los medios enunciados previamente.

El capítulo IV del Convenio se dedica al Derecho Penal material, estableciendo la necesaria tipificación penal de una serie de conductas relacionadas con la trata de seres humanos. En este sentido, el art. 18 impone la previsión como infracción penal de las conductas contempladas en el art. 4 siempre que sean realizadas intencionalmente (*Tipificación de la trata de seres humanos*).

³⁴ Firmado por España el 9 de julio de 2008 y ratificado el 23 de febrero de 2009 (publicación del Instrumento de Ratificación en BOE de 10 de septiembre de 2009).

³⁵ Se ha utilizado la versión de este Convenio publicada en el BOE. Sin embargo, existe otra traducción no oficial, pero quizás más estricta en términos jurídico-penales, a tenor de la cual, la expresión “trata de seres humanos” designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Disponible en Internet: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6020.pdf>

De acuerdo con el art. 20 del Convenio, titulado *Tipificación de los actos relativos a los documentos de viaje o de identidad*, cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracciones penales los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente con el fin de facilitar la trata de seres humanos:

- a) Falsificar un documento de viaje o de identidad;
- b) Proporcionar o suministrar dicho documento;
- c) Retener, sustraer, ocultar, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona.

El Convenio exige igualmente la tipificación penal de la complicidad y la inducción intencionales para la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas de conformidad con los artículos 18 y 20 del presente Convenio, debiendo castigarse asimismo la tentativa intencional de cometer una de las infracciones establecidas en aplicación de los artículos 18 y 20, letra a), del presente Convenio (art. 21).

La misma calificación como figura delictiva podría merecer, aunque a diferencia de las tipificaciones anteriores no es obligado puesto que el Convenio lo deja a criterio de los Estados (“cada Parte estudiará la posibilidad ... de tipificar como infracción penal”), la utilización de los servicios que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del art. 4 del Convenio, a sabiendas de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos (art. 19, *Tipificación de la utilización de los servicios de una víctima*).

En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas –que podrá ser de naturaleza penal, civil o administrativa con sujeción a los principios jurídicos de la Parte– la Convención exige la configuración de la misma con respecto a este ámbito de delitos, siempre que concurren una serie de requisitos determinados en el art. 22 de la Convención.

En materia de circunstancias agravantes el art. 24 Convenio impone la previsión en relación con los delitos configurados en aplicación del art. 18 Convenio de las siguientes:

- a) Que la infracción ponga en peligro deliberadamente o por negligencia grave la vida de la víctima;
- b) Que la infracción se cometa contra un menor;
- c) Que la infracción se cometa por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones;
- d) Que la infracción se cometa en el marco de una organización criminal.

Un aspecto relevante en el marco del Convenio del Consejo de Europa relativo a la lucha contra la trata de seres humanos es el asociado a la reincidencia internacional, pues se exige la adopción de medidas legislativas por los distintos países con el fin de que las condenas firmes impuestas en otro Estado Parte por infracciones cometidas con arreglo al mismo sean tenidas en cuenta a nivel interno, dentro del marco de la apreciación de la pena (art. 25).

Finalmente, el art. 26 configura la necesidad de que se prevea la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a tomar parte en ellas.

1.3.3. Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales (Lanzarote, 25.X.2007)

A efectos de trata de niños particular importancia ostentan las ofensas consagradas en los arts. 19 y 21 del referido Convenio. De acuerdo con su artículo 3 (Definiciones), el término “niño” designa a toda persona de edad inferior a 18 años. Igualmente relevante resulta el artículo 19 (infracciones relativas a la prostitución infantil), donde se establece que cada Parte tomará las medidas legislativas u otras necesarias para convertir en infracción penal los comportamientos intencionales siguientes:

- a) El hecho de reclutar a un niño (menor) para que se dedique a la prostitución o favorecer la participación de un niño en la prostitución.
- b) El hecho de coaccionar a un niño para que se dedique a la prostitución u obtener provecho o explotar a un niño de cualquier manera con tales fines.
- c) El hecho de recurrir a la prostitución de un niño.

De acuerdo con el artículo 21 (infracciones relativas a la participación de un niño en espectáculos pornográficos), cada Parte tomará las medidas legislativas u otras necesarias para convertir en infracción penal los comportamientos siguientes:

- a) El hecho de reclutar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos o de favorecer la participación de un niño en tales espectáculos.
- b) El hecho de coaccionar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos u obtener provecho o explotar a un niño de cualquier manera con tales fines.
- c) El hecho de asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos que impliquen la participación de niños.

No obstante, cada Parte puede reservarse el derecho a limitar la aplicación del párrafo 1.c del art. 21 a las situaciones en las que los niños han sido reclutados con arreglo a las letras a o b del párrafo 1 del mismo artículo.

Finalmente, el art. 26 se refiere a la responsabilidad de las personas morales, debiendo cada Parte adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para que las personas morales puedan ser tenidas como responsables de las infracciones establecidas conforme a la presente Convención, cuando sean cometidas por su cuenta por cualquier persona física, bien actuando individualmente, bien en tanto que miembro de un órgano de la persona moral, que ejerce un poder de dirección en su seno, sobre las bases siguientes:

- a) un poder de representación de la persona moral,
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona moral,
- c) una autoridad para ejercer un control en el seno de la persona moral.

Además de los casos previstos en el párrafo 1 del art. 26, cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras necesarias para asegurarse que una persona moral pueda ser tenida por responsable cuando la ausencia de vigilancia o de control por parte de la persona física mencionada anteriormente (párrafo 1, art. 26) haya hecho posible la comisión de una infracción establecida de conformidad con la presente Convención en beneficio de la referida persona moral por parte de una persona física actuando bajo su autoridad. En todo caso, y de conformidad con los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona moral podrá ser de naturaleza penal, civil o administrativa, estableciéndose dicha responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido la infracción.

1.4 UNIÓN EUROPEA

En este ámbito destacan una serie de documentos que ponen de manifiesto la intensa preocupación existente por el problema de la trata de seres humanos y la firme voluntad de adoptar medidas de diferente naturaleza (entre otras, legislativas) para hacer frente al mismo.

1.4.1. Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos

Dicha Decisión Marco recoge en su art. 1 el conjunto de infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, estableciendo el apartado 1 que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los siguientes actos: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando:

- se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o
- se recurra al engaño o fraude, o
- haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o
- se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

En este sentido, se dispone que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios arriba mencionados. Además, y siguiendo el criterio sentado en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, se establece que cuando la conducta afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aunque no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1 del art. 1.

De acuerdo con la Decisión Marco cada Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión de las infracciones referidas.

Finalmente, de interés resulta la previsión del art. 3 de la Decisión Marco en el sentido de que cada Estado se compromete a asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el art. 1 con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima.
- Que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o de ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.
- Que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves.
- Que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 998/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contempla.

1.4.2. Declaración de Bruselas sobre la prevención y el combate de la trata de seres humanos

La Conferencia Europea sobre Prevención y Combate de la Trata de seres humanos (“Desafío Global para el siglo XXI”) congregó, entre el 18 y el 20 de septiembre de 2002, a los Estados Miembros de la Unión Europea, países candidatos, países vecinos tales como Rusia, Ucrania, los Estados Recién Independizados (Newly Independent States, NIS) y los países del proceso de Estabilización y Asociación, así como los Estados Unidos, Canadá y China, regiones, organismos internacionales, organismos intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y las instituciones de la Unión Europea. Más de 1000 representantes de los sectores antes mencionados participaron en el encuentro.

En dicha declaración se define la trata de personas como un fenómeno detestable y preocupante que involucra la explotación sexual coercitiva, explotación laboral en condiciones similares a la esclavitud, la explotación mediante la mendicidad y la delincuencia juvenil, así como la servidumbre doméstica. Por otro lado, se pone de manifiesto que tales prácticas constituyen violaciones graves de los derechos humanos de las víctimas, como lo consagran el Derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas sobre los Derechos Fundamentales. La trata de seres humanos ha sido identificada como una actividad criminal crecientemente infiltrada por el crimen transnacional organizado, la cual genera ingresos substanciales de manera ilícita que con frecuencia fluyen hacia los mercados lícitos para ser lavados, con un riesgo casi inexistente de enjuiciamiento y confiscación.

Para hacer frente a dicha problemática se considera necesario que la política integral europea contra la trata de personas aborde toda la cadena de la misma, incluyendo países de

origen, tránsito y destino. Asimismo, debe estar dirigida a los reclutadores, encargados del transporte de las víctimas, explotadores, otros intermediarios, clientes y beneficiarios.

La declaración contiene un anexo en el que se prevén una serie de recomendaciones legislativas. Se explicita que la trata de seres humanos constituye una práctica inadmisibles que no debe verse facilitada por ninguna deficiencia ni falla legislativa. La legislación nacional debe incorporar un régimen adecuado de sanciones para los delitos específicamente relacionados con la trata de personas y delitos asociados, incluyendo las infracciones relacionadas con el hecho de lucrarse de las ganancias producidas por la prostitución ajena. Cuando la infracción involucre a un menor, ésta debe considerarse como un delito agravado y servir de base para una sanción más severa.

1.4.3. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Diario Oficial de la Unión Europea L 13/44, de 20 de enero de 2004)

A efectos de trata de menores y de acuerdo con su artículo 2 (infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños), cada Estado adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes [recoge un catálogo de tres modalidades de conducta de las cuales, a efectos del presente trabajo, nos interesa fundamentalmente la letra b)]: b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos. El art. 4 prescribe, por otro lado, la punibilidad de la inducción, la complicidad y la tentativa en relación con dicha conducta. Finalmente, el art. 6 dispone la responsabilización de las personas jurídicas con respecto a las conductas objeto de incriminación en virtud de la referida Decisión Marco (arts. 2, 3 y 4) siempre que concurren los requisitos establecidos en dicho precepto.

1.4.4. Otros textos relevantes en la esfera de la Unión Europea

- a) Decisión del Consejo de la Unión Europea de 3 de diciembre de 1998 por la que se completa la definición de la forma de delincuencia “Trata de seres humanos” incluida en el Anexo del Convenio Europol (1999/C 26/05).

De acuerdo con el art. 1 la definición de la forma de delincuencia “trata de seres humanos” incluida en el anexo del Convenio Europol se modificará de la manera indicada a continuación: “trata de seres humanos” es el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarla a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños. Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil.

- b) Decisión 2003/209/CE de la Comisión de la Unión Europea, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado “grupo de expertos en la trata de seres humanos”.

- c) Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular mujeres (2003/C 260/03).
- d) Directiva 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades.
- e) Decisión del Consejo de la Unión Europea 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que éstas entran en el ámbito de aplicación de la Parte III, Título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

II. DERECHO COMPARADO

2.1 EUROPA

2.1.1. Gran Bretaña

La *Sexual Offences Act* (2003)³⁶ establece en sus secciones 57 a 60 una regulación relativa al tráfico de personas³⁷. De acuerdo con la sección 57 (Tráfico hacia Gran Bretaña para explotación sexual), una persona comete un delito si, de manera intencional arregla o facilita la llegada a Gran Bretaña de otra persona (B) y o bien pretende hacer algo a o con respecto a B, después de la llegada de B pero en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante (en este contexto, delitos de naturaleza sexual fundamentalmente), o cree que es probable que otra persona realice algo a o con respecto a B, después de la llegada de B pero en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante.

En virtud de la sección 58 (Tráfico dentro de Gran Bretaña para explotación sexual), una persona comete un delito si, de manera intencional arregla o facilita el desplazamiento dentro de Gran Bretaña de otra persona (B) y o bien pretende hacer algo a o con respecto a B, durante o después del viaje y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante (en este contexto, delitos de naturaleza sexual fundamentalmente), o cree que es probable que otra persona realice algo a o con respecto a B, durante o después del viaje y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante.

Finalmente, la sección 59 se refiere al tráfico de salida de Gran Bretaña para la explotación sexual y establece que una persona comete un delito si, de manera intencional arregla o facilita la salida desde Gran Bretaña de otra persona (B) y o bien pretende hacer algo a o con respecto a B, después de la salida y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante (en este contexto, delitos de naturaleza sexual fundamentalmente), o cree que es probable que otra persona realice algo a o con respecto a B, después de la salida y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante.

³⁶ Disponible en Internet: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2003/ukpga_20030042_en_1

³⁷ Normalmente, en inglés se distingue los términos “human trafficking” para referirse a la trata de personas, y “migrant smuggling” en relación con el tráfico ilegal de seres humanos. No obstante, en la traducción al castellano de numerosos textos internacionales con frecuencia se ha traducido por tráfico la expresión “trafficking”, cuando en realidad ésta designa la trata en sentido estricto, y ello ha conducido a asimilar y confundir la trata (de seres humanos) y el tráfico (ilegal de personas).

Asimismo ostenta relevancia en este punto la *Asylum and Immigration (Treatment of claimants, etc) Act* (2004) – Ley de Asilo e Inmigración- que en su art. 4 *Trafficking people for exploitation* dispone que:

1. Una persona comete un delito si arregla o facilita la llegada al Reino Unido de un individuo (el “pasajero”) en relación con el cual cree que se ha cometido un delito incluido en la subsección 1 y:

- a) pretende explotar al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar, o
- b) cree que es probable que otra persona explote al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar.

2. Una persona comete un delito si arregla o facilita el desplazamiento dentro del Reino Unido de un individuo (el “pasajero”) y:

- a) pretende explotar al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar, o
- b) cree que es probable que otra persona explote al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar.

3. Una persona comete un delito si arregla o facilita la salida desde el Reino Unido de un individuo (el “pasajero”) y:

- a) pretende explotar al pasajero fuera del Reino Unido, o
- b) cree que es probable que otra persona explote al pasajero fuera del Reino Unido.

4. A los efectos de esta sección una persona es explotada si (y sólo si):

a) es víctima de un comportamiento que contraviene el art. 4 del Convenio de Derechos Humanos (esclavitud y trabajos forzados).

b) es animada, se le solicita o espera de ella que haga algo a resultas de lo cual ella u otra persona van a cometer una ofensa contra la *Human Organ Transplants Act* de 1989 o contra la *Human Organ Transplants Order* de 1989 (Irlanda del Norte) - Ley de Trasplantes-.

c) está sometido a fuerza, amenaza o engaño dirigidos a inducirle:

- i) a prestar servicios de cualquier tipo,
- ii) a suministrar a cualquier otra persona beneficios de cualquier tipo, o
- iii) a permitir a cualquier otra persona que adquiera beneficios de cualquier tipo, o

d) se le solicita o induce para llevar a cabo cualquier actividad, habiendo sido escogido como sujeto de solicitud o inducción fundado en:

- i) que es un enfermo mental o físico o impedido, es joven o tiene una relación familiar con otra persona, y
- ii) una persona que no padece la enfermedad o incapacidad, no es joven o carece de la relación familiar probablemente rechazaría la solicitud o se resistiría a la inducción.

2.1.2. Alemania

De acuerdo con la Sección 18 de la Parte Especial del StGB (Código Penal alemán)³⁸ “Delitos contra la libertad personal”³⁹, se recogen una serie de figuras delictivas de enorme interés a efectos de nuestro trabajo.

§ 232 Trata de personas con finalidad de explotación sexual

(1) El que aproveche una situación de coerción o de desamparo de otra persona, vinculada con su estancia en un país extranjero, con el fin de que comience o continúe ejerciendo la prostitución o lleve a cabo conductas de naturaleza sexual, a través de las cuales aquélla resulte explotada, ante o sobre el autor o un tercero, o para que se deje realizar conductas de naturaleza sexual por parte del autor o de un tercero, será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años. Igualmente será castigado quien lleve a una persona menor de 21 años a comenzar o continuar ejerciendo la prostitución o a la realización de las conductas de naturaleza sexual citadas en la frase 1.

(2) La tentativa es punible.

(3) Se aplicará pena de prisión de uno a diez años, cuando

- 1. la víctima del hecho sea un niño (§ 176 Sección 1),
- 2. el autor a través del hecho cause lesiones graves a la víctima o la ponga en peligro de muerte o
- 3. el autor del hecho actúe con profesionalidad o como miembro de una organización, dedicada a la perpetración continuada de dichos delitos.

(4) En virtud de la Sección 3 se castigará igualmente al que:

- 1. mediante violencia, amenaza de un mal relevante o a través de engaño lleve a otro a comenzar o continuar ejerciendo la prostitución o la realización de las conductas de naturaleza sexual citadas en la Sección 1 Frase 1^a o
- 2. se adueñe de otra persona mediante violencia, amenaza de un mal relevante o a través de engaño para que comience o continúe ejerciendo la prostitución o lleve a cabo las conductas de naturaleza sexual citadas en la Sección 1 Frase 1^a.

³⁸ Disponible en Internet: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

³⁹ Acerca de la evolución legislativa en estas esferas en Alemania, véase Katja S. Ziegler, “The legal framework of trafficking and smuggling in Germany: victim protection emerging from witness protection?”, en Elspeth Guild/Paul Minderhoud (ed.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, pp. 89 y ss.

(5) En casos de menor gravedad de la Sección 1ª se aplicará una pena de prisión de tres meses a cinco años, y en casos de menor gravedad de las Secciones 3ª y 4ª una pena de prisión de seis meses a cinco años.

§ 233. Trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral

(1) El que someta a otra persona, en virtud de la utilización de una situación de coacción o de desamparo vinculada con su estancia en país extranjero, a esclavitud, servidumbre o servidumbre por deudas, o al comienzo o continuación de un empleo para él o un tercero en condiciones de trabajo en las que se produce una evidente desproporción con las condiciones de trabajos de otras empleadas o empleados que llevan a cabo la misma o similares actividades, será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años. Igualmente será castigado quien lleve a una persona menor de 21 años a una situación de esclavitud, servidumbre o sometimiento por herencia o al comienzo o continuación de unas de las actividades citadas en la Frase 1ª.

(2) La tentativa es punible.

(3) § 232 Sección 3 a 5 resultan de aplicación.

§ 233a. Fomento de la trata de persona

1) El que favorezca la trata de personas del § 232 o § 233, en virtud de lo cual capte, transporte, transmita, aloje o acoja a otra persona, será castigado con pena de prisión de tres meses a cinco años.

(2) Será castigado a pena de prisión de seis meses a diez años cuando:

1. La víctima del hecho sea un niño (§ 176 Sección 1),

2. el autor a través del hecho causa lesiones graves a la víctima o la pone en peligro de muerte o

3. el autor del hecho actúa con violencia o mediante amenaza de un mal grave o con profesionalidad o como miembro de una organización, dedicada a la perpetración continuada de dichos delitos.

(3) La tentativa es punible.

Finalmente, de acuerdo con el **§ 236 StGB (Trata de niños):**

(1) Todo aquel que, con negligencia grave de sus deberes de cuidado y educación, deje a un hijo, su pupilo o acogido menor de 18 años con otra persona de manera indefinida a cambio de una compensación, o con la intención de enriquecerse él mismo o a una tercera persona, será castigado con la pena de prisión no superior a cinco años o con multa. Será igualmente castigado todo aquel que, en los casos de la frase 1ª acoja al niño, pupilo o acogido indefinidamente y entregue una compensación a cambio.

(2) Todo aquel que, sin autorización:

1. procure la adopción de una persona de edad inferior a 18 años, o
2. desarrolle una actividad de intermediación que tenga como objetivo que una tercera persona acoja a una persona menor de 18 años indefinidamente,

y para ello actúe bajo compensación o con la intención de enriquecerse él mismo o a una tercera persona, será castigado con pena de prisión no superior a tres años o con multa. Si el autor en los casos de la frase 1ª hace que la persona entregada sea introducida en Alemania o en el extranjero, entonces el castigo será de prisión no superior a cinco años o multa.

(3) La tentativa es punible.

(4) Puede ser castigado con prisión de seis meses a diez años el autor cuando:

1. actúe por afán de lucro, profesionalmente o como miembro de una organización, constituida para la comisión continuada de trata de niños; o
2. a través del hecho ponga al niño o a la persona entregada en peligro de perjudicar sustancialmente su desarrollo físico o emocional.

(5) El tribunal podrá atenuar la pena a su prudente arbitrio (Sección 49 subsección 2) o dispensar del castigo en virtud de las subsecciones (1) a (3) a los inductores en los casos bajo las subsecciones (1) y (3), y de los cómplices en los casos de la subsecciones (2) y (3), cuya culpabilidad sea escasa tomando en consideración el bienestar físico o emocional del niño o de la persona entrega.

2.1.3. Suiza

El Código Penal suizo tipifica en su art. 182 (*Libro II. Disposiciones especiales; Título IV. Crímenes y delitos contra la libertad*) la trata de seres humanos bajo el tenor siguiente:

- “1. Aquel que, en calidad de oferente, de intermediario o de adquirente, lleve a cabo la trata de un ser humano con fines de explotación sexual, de explotación de su trabajo o para la extracción de un órgano corporal, será castigado con una pena privativa de libertad o con una pena pecuniaria. El hecho de reclutar a una persona con estos fines se asimila a la trata.
2. Si la víctima es **menor** o si el autor hace de la trata de seres humanos su profesión, la pena será privativa de libertad de un año al menos.
3. En todos los casos, el autor es igualmente castigado con una pena pecuniaria.
4. También es punible aquel que comete la infracción en el extranjero. Los arts. 5 y 6 resultan aplicables.”

2.1.4. Austria

En el marco de la Parte especial del StGB austriaco (Código Penal austriaco), en concreto en la Sección Tercera (*Comportamientos punibles contra la libertad*) se regula la Trata de esclavos bajo el siguiente tenor.

§ 104. (1) El que lleve a cabo trata de esclavos será castigado con pena privativa de libertad de diez a veinte años.

(2) Igualmente será castigado quien provoque que otro sea esclavizado o reducido a una situación análoga a la esclavitud o que otro se encuentre en situación de esclavitud o similar.

En cuanto a la regulación de la trata de seres humanos se lleva a cabo bajo el siguiente tenor:

§ 104a. (1) Quien

a un menor o

a una persona mayor de edad mediante la utilización de los medios citados (Sección 2) contra la persona

con la intención (dolo) de que sea explotado sexualmente, a través de la extracción de órganos o como fuerza de trabajo, capte, hospede o acoja, transporte u ofrezca o entregue a otro será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años.

(2) Medios ilícitos son el engaño sobre hechos, el aprovechamiento de una posición de autoridad, de una situación de coerción, de una enfermedad psíquica o de un estado que cause que la persona se encuentre indefensa, la intimidación y la concesión o la aceptación de una ventaja por la entrega del dominio sobre una persona.

(3) Con la pena de prisión de seis meses hasta cinco años será castigado quien realice el acto mediante utilización de violencia o de amenaza peligrosa.

(4) Quien realice el acto contra una persona **menor de edad**, en el marco de una asociación criminal, mediando violencia grave o actúe de tal forma que a través del acto ponga en peligro dolosa o imprudentemente (con imprudencia grave) la vida de la persona o el hecho tenga como consecuencia un perjuicio especialmente grave para la persona, será castigado con pena de prisión de uno a diez años.

2.1.5. Francia

El Código Penal francés⁴⁰ en su libro II (*De los crímenes y los delitos contra las personas*), Título II (*De las agresiones a la persona humana*), capítulo V (*De las agresiones a la*

⁴⁰ Disponible en Internet:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20081204>

dignidad de la persona), regula en su sección 1 bis la trata de seres humanos. La regulación procede de la ley n.º 2003-239, de 18-03-2003⁴¹.

Artículo 225-4-1. La trata de seres humanos es el hecho, a cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, de reclutar a una persona, transportarla, transferirla, acogerla o recibirla, para ponerla *a su disposición* (inciso introducido por la ley n.º 2007/1631, de 20-11-2007) o a la disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin de permitir la comisión contra dicha persona de infracciones de proxenetismo, de agresión o de atentados sexuales, de explotación de mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, o de obligar a dicha persona a cometer cualquier crimen o delito.

La trata de seres humanos es castigada con pena de siete de años de prisión y multa de 150.000 euros.

Artículo 225-4-2. La infracción prevista en el artículo 225-4-1 será castigada con diez años de prisión y 1.500.000 euros de multa si es cometida:

1º. En relación con un **menor**:

2º. En relación con una persona cuya particular vulnerabilidad, debido a su edad, a una enfermedad, a una invalidez, a una deficiencia física o psíquica o a un estado de embarazo, sea aparente o conocida por su autor;

3º. En relación con varias personas;

4º. En relación con una persona que se encuentre fuera del territorio de la República o con ocasión de su llegada al territorio de la República;

5º. Cuando la persona haya sido puesta en contacto con el autor de los hechos mediante la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público indeterminado;

6º. En circunstancias que expongan directamente a la persona en relación con la que se comete la infracción a un riesgo inmediato de muerte o de lesiones susceptibles de provocar una mutilación o una invalidez permanente;

7º. Con el empleo de amenazas, de coacciones, de violencias o de maniobras dolosas que afecten al interesado, a su familia o a una persona relacionada habitualmente con él;

8º. Por parte de un ascendiente legítimo, natural o adoptivo de la persona víctima de la infracción prevista en el artículo 225-4-1 o por una persona que tenga autoridad sobre ella o que abuse de la autoridad que le confieren sus funciones;

9º. Por parte de una persona llamada a participar, por sus funciones, en la lucha contra la trata o el mantenimiento del orden público.

⁴¹ Acerca del proceso legislativo de configuración de los tipos de trata de seres humanos en Francia, véase Johanne Vernier, "French criminal and administrative law concerning smuggling of migrants and trafficking in human beings: punishing trafficked people for their protection?", en Elspeth Guild/Paul Minderhoud (ed.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, cit., pp. 15 y ss.

Artículo 225-4-3. La infracción prevista en el artículo 225-4-1 será castigada con veinte años de reclusión criminal y con 3.000.000 euros de multa si es cometida por banda organizada.

Artículo 225-4-4. La infracción prevista en el artículo 225-4-1 cometida recurriendo a torturas o a actos de barbarie será castigada con la reclusión criminal a perpetuidad y con 4.500.000 euros de multa.

Artículo 225-4-5. Cuando el crimen o el delito que haya sido cometido o que debería haberse cometido contra la persona víctima de la infracción de trata de seres humanos esté castigado con una pena privativa de libertad de una duración superior a la de la prisión derivada de la aplicación de los artículos 225-4-1 a 225-4-3, la infracción de trata de seres humanos será castigada con las penas previstas para los crímenes o delitos de los que el autor haya tenido conocimiento y, si el crimen o delito estuviera acompañado de circunstancias agravantes, con las penas previstas sólo para las circunstancias agravantes de las que haya tenido conocimiento.

Artículo 225-4-6 (modificado por Ley n.º 2009-526, de 12 de mayo de 2009). Las personas jurídicas declaradas responsables penalmente, en las condiciones previstas por el art. 121-2, de las infracciones definidas en la presente sección son objeto, además de la multa según las modalidades previstas por el art. 131-38, de las penas previstas por el art. 131-39.

Artículo 225-4-7. La tentativa de los delitos previstos en la presente sección será castigada con las mismas penas.

Artículo 225-4-8. Derogado por Ley n.º 2004-204, de 9 de marzo de 2004.

Artículo 225-4-9 (creado por Ley n.º 2004-204, de 9 de marzo de 2004). Toda persona que haya intentado cometer las infracciones previstas por la presente sección quedará exenta de pena si, habiendo advertido a la autoridad administrativa o judicial, haya permitido evitar la realización de la infracción e identificar, en caso contrario, a los demás autores o cómplices.

La pena privativa de libertad aplicable al autor o al cómplice de una infracción prevista en la presente sección será reducida a la mitad si, habiendo advertido a la autoridad administrativa o judicial, ha permitido el cese de la infracción o ha evitado que la infracción implique la muerte de un hombre o su invalidez permanente e identificar, en caso contrario, a los demás autores o a los cómplices. Cuando la pena prevista sea la reclusión criminal perpetua, ésta será reducida a veinte años de reclusión criminal.

2.1.6. Rumania⁴²

En virtud de la ley n. 678 de 2001 – sobre la trata de personas, quedan definidas el conjunto de dichas conductas desde la perspectiva penal en el marco de la legislación rumana.

Art. 12. (Trata personas) - (1) Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, transferencia, alojamiento o recepción de una persona mediante la amenaza, la

⁴² Respecto a la legislación de este país hay que mencionar que recientemente se ha aprobado la Ley n.º 286, de 17 de julio de 2009, en virtud de la cual se establece un nuevo Código penal, que contiene en sus arts. 209 a 217 una nueva regulación de los delitos de “trata y explotación de personas vulnerables”. Dicho Código penal no entrará en vigor hasta la fecha que se fije en la ley que se tendrá que aprobar para su aplicación (art. 446.1).

violencia u otras formas de coacción, el rapto, fraude o engaño, abuso de autoridad o el aprovechamiento de personas incapaces de defenderse o expresar su voluntad, o mediante el ofrecimiento, entrega, aceptación o recepción de dinero u otros beneficios para obtener el consentimiento de la persona que tiene autoridad sobre otra persona, con la finalidad de explotación de esta persona, y es punible con penas de prisión de 3 a 12 años y la prohibición de ciertos derechos.

(2) La trata de personas cometida en una de las siguientes circunstancias:

- a) de dos o más personas;
- b) si se causan a la víctima lesiones graves a la integridad corporal o la salud;
- c) por un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones del servicio,

es punible con penas de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de determinados derechos.

(3) Si el hecho ha sido seguido de la muerte o el suicidio de la víctima, la pena es de prisión de 15 a 25 años y la prohibición de ciertos derechos.

Art. 13 (*Trata de menores de edad*) - (1) El reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de una persona de edades comprendidas entre los 15 y 18 años para su explotación, constituye el delito de la trata de menores y se castiga con penas de prisión de 3 a 12 años y la prohibición de ciertos derechos.

(2) Si el hecho al que se refiere el apartado (1) se ha cometido contra una persona que no ha alcanzado la edad de 15 años, la pena es de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de ciertos derechos.

(3) Si los hechos mencionados en los apartados (1) y (2) se han cometido mediante la amenaza, la violencia u otras formas de coacción, el rapto, fraude o engaño, abuso de autoridad o el aprovechamiento de personas incapaces de defender o expresar su voluntad, o mediante el ofrecimiento, entrega, aceptación o recepción de dinero u otros beneficios para obtener el consentimiento de la persona que tiene autoridad sobre otra persona, la pena es de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (1), y penas de prisión de 7 a 18 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (2).

(4) Si los hechos mencionados en los apartados (1), (2) y (3) se han cometido en las condiciones previstas el art. 12, párrafo (2), la pena es de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de ciertos derechos, en el caso del apartado (1), penas de prisión de 5 a 17 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (2), penas de prisión de 5 a 18 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (3) en su primera parte, y penas de prisión de 7 a 20 años y la prohibición de ciertos derechos, en el caso del apartado (3) en su segunda parte.

(5) Si los hechos previstos en este artículo han sido seguidos de la muerte o el suicidio de la víctima, la pena es de prisión de 15 a 25 años y la prohibición de determinados derechos o reclusión perpetua.

Art. 15. – (*Tentativa*) (1) La tentativa de los delitos a que se refieren los art. 12-14 es punible.

Art. 17. – (*Facilitar la estancia en Rumania de un extranjero víctima de la trata de personas*)

(1) El hecho de determinar o de permitir a conciencia, ya sea directamente o a través de intermediarios, entrar o permanecer en el país a una persona que no es un ciudadano rumano, que haya sido sometida a la trata de personas en el sentido de la presente ley:

a) utilizando contra aquélla medios fraudulentos, la violencia o las amenazas u otra forma de coacción;

b) abusando de la situación especial en que se encuentra esa persona, debido a la situación ilegal o precaria de su entrada ilegal o estancia en el país, debido al embarazo, enfermedad o discapacidad o una deficiencia física o mental,

es un delito y se castiga con la pena establecida por el delito de trata de personas.

Por otro lado, merece ponerse de manifiesto la incidencia en este punto de la ley n. 196 de 2003 sobre la pornografía.

Artículo 9. – El reclutamiento, obligación, determinación o utilización de menores o personas con deficiencias psicofísicas en actos de carácter obsceno se castiga con penas de prisión de 3 a 12 años y la prohibición de ciertos derechos.

2.1.7. Portugal

El CP portugués regula en el capítulo IV (*Delitos contra la libertad personal*) del Título I (*De los delitos contra las personas*) del Libro II (*Parte especial*) conductas relevantes a efectos de nuestro estudio.

Artículo 160. Trata de personas.

1. El que ofreciere, entregare, atrajere con engaños, aceptare, transportare, alojare o acogiere a una persona con fines de explotación sexual, explotación laboral o para la extracción de órganos:

a) Por medio de violencia, rapto o amenaza grave;

b) Por medio de ardid o maniobra fraudulenta;

c) Con abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, de trabajo o familiar;

d) Aprovechándose de la incapacidad psíquica o de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima; o

e) Mediante la obtención del consentimiento de la persona que tenga el control sobre la víctima;

será castigado con la pena de prisión de tres a diez años.

2. La misma pena será aplicada a quien, por cualquier medio, atrajere con engaño, transportare, procediere al alojamiento o recepción de **menor**, o lo entregare, ofreciere o atrajere con engaño, con fines de explotación sexual, explotación laboral o extracción de órganos.

3. En el caso previsto en el número anterior, si el autor utilizare cualquiera de los medios previstos en las letras del apartado primero o actuare profesionalmente o con ánimo de lucro, será castigado con pena de prisión de tres a doce años.

4. El que, mediante pago u otra contraprestación, ofreciere, entregare, solicitare o aceptare a un menor u obtuviere o prestare consentimiento para su adopción será castigado con pena de prisión de uno a cinco años.

5. El que, teniendo conocimiento de la comisión del delito previsto en los números 1 y 2, utilizare los servicios u órganos de la víctima será castigado con pena de prisión de uno a cinco años, salvo que le correspondiere pena más grave en aplicación de otra disposición legal.

6. El que retuviere, ocultase, dañase o destruyese documentos de identificación o de viaje de persona víctima de delito previsto en los números 1 y 2 será castigado con pena de prisión de hasta tres años, salvo que le correspondiese una pena más grave en aplicación de otra disposición legal.

2.1.8. Italia

La Sección I (*Delitos contra la personalidad individual*) del capítulo III (*De los delitos contra la libertad individual*) del Título XIII (*Delitos contra la persona*) del Libro II (*De los delitos en particular*) del CP italiano regula las siguientes conductas⁴³:

Artículo 600. Reducción a la esclavitud.

El que ejerza sobre una persona poderes correspondientes a los del derecho de propiedad o bien el que reduzca o mantenga a una persona en estado de sometimiento continuo, obligándola a prestaciones laborales o sexuales o bien a la mendicidad o bien a prestaciones que impliquen la explotación, será castigado con la pena de reclusión de ocho a veinte años. La reducción o el mantenimiento en el estado de sometimiento tiene lugar cuando la conducta es realizada mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o la entrega de dinero o de otros beneficios a quien tiene autoridad sobre la persona.

La pena será aumentada de un tercio a la mitad si los hechos a que se refiere el párrafo anterior son cometidos en perjuicio de menores de dieciocho años o están dirigidos a la explotación de la prostitución o con la finalidad de someter a la víctima a la extracción de órganos.

⁴³ Acerca de la situación legislativa en Italia en materia de trata de seres humanos, véase Matilde Ventrella McCreight, “Crimes of assisting illegal immigration and trafficking in human beings in Italian Law: immigration between administrative infringement and criminal offence”, en Elspeth Guild/Paul Minderhoud (ed.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, cit., pp. 150 y ss.

Artículo 601. Trata de personas.

El que realice trata de personas en las condiciones del artículo 600 o bien, con el fin de cometer los delitos del párrafo primero del mismo artículo, la induzca mediante engaño o la constriña mediante violencia, amenaza, abuso de autoridad o aprovechando una situación de inferioridad física o psíquica o una situación de necesidad, o mediante promesa o entrega de cantidades de dinero o de otros beneficios a la persona que sobre aquella tenga autoridad, a entrar, permanecer o a salir del territorio del Estado o a trasladarse dentro, será castigado con la pena de reclusión de ocho a veinte años.

La pena será aumentada de un tercio a la mitad si los delitos del presente artículo son cometidos en perjuicio de menores de dieciocho años o están dirigidos a la explotación de la prostitución o con el fin de someter a la persona ofendida a la extracción de órganos.

Artículo 602. Compra y venta de esclavos.

El que, fuera de los casos previstos en el art. 601, compre, venda o ceda una persona que se encuentre en alguna de las situaciones del artículo 600 será castigado con la pena de reclusión de ocho a veinte años.

La pena será aumentada de un tercio a la mitad si la persona ofendida es **menor** de dieciocho años o bien si los hechos del primer párrafo están dirigidos a la explotación de la prostitución o con el fin de someter a la persona ofendida a la extracción de órganos.

2.2. AMÉRICA

2.2.1. Estados Unidos de América

De acuerdo con *humantrafficking.org* los Estados Unidos constituyen país de tránsito y destino en la esfera del tráfico o trata de personas. A nivel legislativo ostenta importancia la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act* –Ley de Protección de las Víctimas de la Trata y la Violencia- del año 2000 (complementada por *Acts* posteriores de los años 2003 y 2005) que incrementa la penalidad de delitos ya existentes con anterioridad, establece nuevas formas de protección para las víctimas del tráfico y otorga ciertos beneficios y servicios a las víctimas de las formas severas de tráfico (entendiéndose por tal, en todo caso y entre otras, aquellas que afectan a menores de 18 años). La ley del 2000 establecía igualmente un grupo de trabajo interagencias a nivel federal y configuraba un programa federal para suministrar servicios a las víctimas del tráfico⁴⁴.

El *United States Code* (Código de los Estados Unidos) en su Título 18 (Delitos y Procesos Penales), Primera Parte (Delitos), Capítulo 77 (*Peonage, Slavery and Trafficking in Persons*; Servidumbre por deudas, esclavitud y trata de personas) configura una serie de tipos delictivos cuya redacción actual es el resultado de las modificaciones legislativas referidas. Especial interés ostentan las secciones 1590 (*Trafficking with respect to peonage, slavery,*

⁴⁴ Actualmente se encuentra en trámite legislativo la *Child Protection Compact Act de 2009* que autoriza a la Secretaría de Estado, a través del correspondiente embajador, para que provea asistencia (ayudas, acuerdos en materia de cooperación, contratos) para un determinado país con una significativa prevalencia de trata en niños que acepta un Acuerdo de Protección de la infancia con los Estados Unidos para desarrollar políticas y programas con el fin de erradicar la trata de niños.

involuntary servitude, or forced labor; Trata con fines de servidumbres por deudas, esclavitud, servidumbre involuntaria o trabajos forzados) y 1591 (*Sex trafficking of children or by force, fraud, or coercion*; Trata de niños con fines de explotación sexual o por la fuerza, bajo fraude o coacción).

De acuerdo con la *sección 1590* toda persona que, a sabiendas, reclute (capte), acoja, transporte, suministre u obtenga por cualquier medio a cualquier persona para trabajar o prestar servicios en violación del presente capítulo será castigada con multa bajo este título o condenada a prisión no superior a 20 años, o a ambos. Si se produce la muerte a resultas de la vulneración de esta sección o si la violación incluye el rapto o la tentativa del mismo, abuso sexual agravado o la tentativa de comisión de un abuso sexual agravado o una tentativa de homicidio, el acusado debe ser condenado a multa bajo este título o a prisión por cualquier lapso temporal o perpetua, o a ambos. Asimismo, cualquiera que obstruya, intente obstruir o de cualquier manera interfiera o evite la aplicación de esta sección, será sujeto a las penalidades anteriores.

En virtud de la *sección 1591* todo el que,

a) a sabiendas,

(1) a través del comercio interestatal o extranjero o de manera que lo afecte, o dentro de la jurisdicción marítima y territorial especial de los Estados Unidos, capte, atraiga, acoja, transporte, suministre, obtenga o mantenga por cualquier medio a una persona, o

(2) se beneficie, financieramente o recibiendo cualquier cosa de valor, de la participación en una operación que haya supuesto realizar un acto en infracción del párrafo 1, actuando con imprudencia temeraria o sabiendo que la fuerza, amenaza de uso de fuerza, fraude o coerción descritos en la subsección (e) (2), o una combinación de dichos medios serán usados para lograr que la persona realice un acto sexual comercial, o que la persona no ha alcanzado los 18 años y se la obligará a realizar un acto sexual comercial, será castigado de acuerdo con lo previsto en la subsección b.

(b) El castigo de un delito bajo la sección a se produce,

(1) si el delito se realizó bajo fuerza, amenaza de fuerza, fraude o coerción descritos en la subsección (e) (2) o mediante una combinación de dichos medios o si la persona captada, atraída, acogida, transportada, suministrada u obtenida **no ha alcanzado la edad de 14 años** en el momento del mencionado delito, con una multa bajo este título y prisión por cualquier plazo temporal no inferior a 15 años o a cadena perpetua, o

(2) si el delito no se llevó a cabo bajo dichas condiciones, y la persona captada, atraída, acogida, transportada, suministrada u obtenida **ha alcanzado la edad de 14 años pero no los 18 años** en el momento del mencionado delito, con una multa bajo este título y prisión por cualquier plazo temporal no inferior a 10 años o a cadena perpetua.

(c) En un encausamiento bajo la subsección (a) (1) en la cual el imputado hubiera tenido la oportunidad razonable de observar a la persona así captada (reclutada), atraída,

acogida, transportada, suministrada, obtenida o mantenida, el Gobierno no necesita probar que el imputado conocía que la persona no había alcanzado la edad de 18 años.

(d) Cualquiera que obstruya, intente obstruir o de cualquier manera interfiera o intente evitar el encausamiento bajo esta sección, será castigado con multa bajo este título, castigado a prisión por un plazo no superior a 20 años, o a ambos.

(e) En esta sección,

(1) El término “abuso o amenaza de abuso legal o de proceso legal” significa el uso o la amenaza de uso de la ley o de un proceso legal, tanto administrativo, civil o criminal, de cualquier forma o con cualquier objeto para el cual no fue legalmente configurado, en orden a ejercer presión en otra persona para hacer que esa persona realice una acción o se abstenga de realizar alguna acción.

(2) El término “coerción” significa:

(a) amenazas de serio daño o de constricción física hacia una persona;

(b) cualquier esquema, plan o pauta dirigido a hacer creer a una persona que la falta de realización de un acto resultará en un serio daño o constricción física hacia una persona, o

(c) el abuso o la amenaza de abuso legal o de proceso legal.

(3) El término “acto sexual comercial” implica cualquier acto sexual, a cambio del cual se entrega o debe ser recibido algo de valor por alguna persona.

(4) El término “daño grave” incluye cualquier daño, tanto físico como no físico, incluyendo el psicológico, financiero o reputacional, que es lo suficientemente serio, bajo el conjunto de circunstancias concurrentes, para compeler a una persona razonable del mismo contexto y en las mismas circunstancias a llevar a cabo o a continuar llevando a cabo actividades sexuales comerciales en orden a evitar incurrir en ese daño.

(5) El término “operación” implica todo grupo de dos o más individuos asociados de hecho, constituyan o no una entidad legalmente reconocida.

Finalmente, la *Sección 1592* titulada conducta ilegal con respecto a documentos para el apoyo al tráfico, servidumbre por deudas, esclavitud, servidumbre involuntaria o trabajos forzados tipifica

(a) la conducta de aquel que, a sabiendas, destruye, oculta, elimina, confisca o posee cualquier pasaporte real o simulado u otro documento de inmigración, o cualquier otro documento identificativo gubernamental real o simulado de otra persona,

(1) en el curso de una violación de las secciones 1581, 1583, 1584, 1589, 1590, 1591 o 1594 a;

(2) con la intención de violar la sección 1581, 1583, 1584, 1589, 1590 o 1591 o

(3) para evitar o restringir o intentar evitar o restringir, sin autoridad legal, la libertad personal de movimiento o desplazamiento, en orden a mantener el trabajo o los servicios de esa persona, cuando la persona es o ha sido víctima de una forma severa de trata, tal como se define en la sección 103 del Acta de Protección de las Víctimas de Trata de 2000, debe ser condenada a multa bajo este título o a prisión por no más de 5 años, o a ambos.

(b) La subsección (a) no se aplica a la conducta de una persona que es o ha sido víctima de una forma severa de trata, tal como se define en la sección 103 del Acta de Protección de las Víctimas de Trata de 2000, si esa conducta ha sido causada por la trata o sea inherente a dicha trata.

(c) Cualquiera que obstruya, intente obstruir o de cualquier manera interfiera o intente evitar el encausamiento bajo esta sección, será sometido a las penalidades descritas en la subsección (a).

2.2.2. México

México es una república federal en la cual cada Estado tiene su propia Constitución y sistema judicial que se encarga de los casos de trata de personas. La trata de personas cae bajo la jurisdicción federal solamente en los que casos en que estén involucrados tres o más individuos, cuando es un acto criminal repetitivo o cuando tiene naturaleza internacional.

En noviembre de 2007 fue aprobada la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas⁴⁵. La ley es de aplicación en todo el territorio nacional en materia del fuero federal y penaliza todos los aspectos regulados en el artículo 3 del Protocolo contra la Trata de Personas de Naciones Unidas.

El capítulo II, artículo 5 de esta ley tipifica el delito de trata de personas:

“Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

Cuando este delito sea cometido en contra de personas menores de dieciocho años de edad, o en contra de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo no se requerirá acreditación de los medios comisivos.”

El artículo 6 castiga este delito con pena de entre seis a doce años de prisión y de quinientos a mil quinientos días-multa. La pena se elevará de nueve a dieciocho años de prisión y de setecientos cincuenta a dos mil doscientos cincuenta días multa, cuando el delito sea cometido en contra de menores de dieciocho años o persona que no tenga capacidad para comprender o resistir el hecho.

La pena también se agravará hasta en una mitad cuando el autor:

⁴⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2007. Disponible en Internet: http://www.normateca.gob.mx///Archivos/34_D_1427_30-11-2007.pdf

a) Fuese un agente que se valiese de la función pública que tuviere o hubiese ostentado sin tener la calidad de servidor público. Además, se impondrá al servidor público la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación para desempeñar otro hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta; o cuando la víctima sea persona mayor de sesenta años de edad; o se trate de persona indígena.

b) Tenga parentesco por consanguinidad, afinidad o civil o habite en el mismo domicilio con la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, o sea tutor o curador de la víctima; además, según las circunstancias del hecho, podrá perder la patria potestad, el derecho a alimentos que le correspondiera por su relación con la víctima y el derecho que pudiere tener respecto a los bienes de ésta.

Cuando el delito sea cometido por un miembro o representante de una persona moral y siempre que el delito se cometa bajo el amparo o en beneficio de la persona moral, también se impondrá como sanción jurídica accesoria alguna de las siguientes:

1. La suspensión de la actividad de la persona moral durante el tiempo que determine el juez en la sentencia, la cual no podrá exceder de cinco años;
2. La disolución, es decir, la conclusión definitiva de toda actividad social de la persona moral, que no podrá volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta;
3. La prohibición de realizar determinados negocios u operaciones, que podrá ser hasta por cinco años, se referirá exclusivamente a las que determine el juzgador y deberán tener relación directa con el delito cometido;
4. La remoción, que consistirá en la sustitución de los administradores por uno designado por el juez durante un periodo máximo de tres años;
5. La intervención, que consistirá en la vigilancia de las funciones que realizan los órganos de representación de la persona moral y se ejercerá hasta por tres años.

En cuanto a la penalidad de la tentativa del delito de trata de personas, la mencionada ley establece en su artículo 7 que se sancionará con pena de prisión no menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

En virtud del artículo 3 de la mencionada ley este delito solo se perseguirá, investigará y sancionará en tres supuestos:

1. Cuando las actividades se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio nacional;
2. Cuando se inicien, preparen o cometan en el territorio nacional siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el extranjero;
3. Cuando se cometan en el territorio nacional y se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 50, fracción I, incisos b) a j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁴⁶.

⁴⁶ Disponible en Internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172.pdf>

Asimismo en el año 2005 se aprobó la reforma integral del Título Octavo del Código Penal Federal en materia de “*Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad*”, que contiene los delitos de corrupción, pornografía, turismo sexual y lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo. También se regula el lenocinio cuyas víctimas sean personas mayores de edad⁴⁷.

Al mismo tiempo se aprobó una reforma del artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, para sancionar cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar la trata de personas⁴⁸. También se reformó el artículo 164 del Código Penal que tipifica el delito de asociaciones delictuosas, el cual impone pena de prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

A pesar de las bondades de la Ley contra la Trata del 2007 persisten debilidades legislativas en varios códigos penales de los diferentes estados del país siendo urgente la necesidad de reformulación de los tipos penales. Así, a mayo de 2008, cinco Estados (Chihuahua, Guerrero, Zacatecas, Sonora y el Estado de México) tienen leyes que penalizan la trata de personas en línea con la establecido en el Protocolo contra la trata de Naciones Unidas, mientras que 14 Estados han adoptado leyes contra la trata de personas relacionadas solamente con la prostitución, o no están completamente en armonía con el Protocolo de Naciones Unidas. Cuatro Estados tienen reformas pendientes en sus Códigos penales relacionadas con la trata de personas y ocho Estados no tienen ningún delito que sancione alguna modalidad de trata de personas. En resumen para el año 2008, 19 de los 31 Estados de México adoptaron disposiciones contra este delito como parte de sus Códigos penales.

2.2.3. Colombia

La trata de personas se tipifica expresamente desde el año 2002 cuando se aprobó la Ley 747 que acogió los planteamientos de la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado y fortaleció el aspecto punitivo de la trata de personas. En efecto, mientras que la anterior ley (Ley 599) se refería únicamente a la trata externa con fines de explotación sexual, la Ley 747 incluyó siete verbos rectores, estableció específicamente los medios de captación o reclutamiento y adicionó otros tipos de trata de personas diferentes a la prostitución. Mediante

⁴⁷ Código Penal Federal Artículo 206 bis.- Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II.- El que induzca o solicite a una persona para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y

III.- El que regente, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

⁴⁸ Disponible en Internet: http://www.normateca.gob.mx///Archivos/50_D_1968_.pdf

esta ley la explotación en prostitución, la pornografía, la servidumbre por deudas, la mendicidad, el trabajo forzado, el matrimonio servil y la esclavitud fueron también reconocidas como trata de personas.

La mencionada ley estableció circunstancias de agravación punitiva, como es el caso de funcionarios públicos involucrados en la trata de personas, y modificó las penas imponiendo una privación de libertad de diez a quince años.

Igualmente, a través de la Ley 800 de 2003, se incorporaron dos instrumentos fundamentales contra la trata, a saber, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata, especialmente de Mujeres y Niños.

En diciembre de 2004 el presidente de la República sancionó la Ley 919, que tipifica como delito el tráfico de órganos y de tejidos humanos. La donación de tejidos humanos sólo debe hacerse gratuitamente y por razones humanitarias, y establece una pena de privación de libertad de 3 a 6 años para los infractores y para quien “sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración”⁴⁹.

En el año 2005 se promulgó la Ley 985⁵⁰ por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma. Constituye el objeto de esta ley adoptar medidas de prevención, protección y asistencia necesarias para garantizar el respeto de los derechos humanos de las víctimas y posibles víctimas de la trata de personas, tanto las residentes o trasladadas a territorio colombiano, como colombianas en el exterior. Mediante esta ley se reforma el artículo 188 A del Código penal⁵¹, ubicado en el Título III (“Delitos contra la libertad individual y otras garantías”), en el Capítulo V (“De los delitos contra la autonomía personal”), el cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 188A. Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante 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, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

⁴⁹ Actualmente hay una doble protección, ya que dentro de la Ley 985 de 2005 se incluye la extracción de órganos como una de las modalidades de la trata de personas.

⁵⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0985_2005.html

⁵¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html

El artículo 188B regula las *circunstancias de agravación de delito*⁵², estableciendo que la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad:

1. Cuando se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años.

2. Como consecuencia, la víctima resulte afectada en daño físico permanente y/o lesión psíquica, inmadurez mental, trastorno mental en forma temporal o permanente o daño en la salud de forma permanente.

3. El responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

4. El autor o partícipe sea servidor público.

Cuando las conductas descritas se realicen sobre menor de doce años se aumentará en la mitad de la misma pena.

⁵² Adicionado por artículo 3 de la Ley 747 de 2002.

III. DERECHO ESPAÑOL

3.1. SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL EN LA ESFERA PENAL

En España no existe aún una legislación penal que aborde la cuestión de la trata de personas en general, ni de los menores en particular con esa denominación. Sin embargo, el Código penal castiga el tráfico de personas o la inmigración clandestina de seres humanos, así como los delitos que se derivan de la trata de personas (prostitución, pornografía infantil, explotación laboral, etc.), pero no regula como delito hasta ahora la trata misma, consistente esencialmente en la captación de un ser humano con fines de explotación, es decir, un acto preparatorio de los delitos en los que se concreta la explotación de la persona. Nuestro país está obligado a ello en virtud de compromisos internacionales. Fundamentalmente, por un lado, en el ámbito internacional, el **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, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE 11-12-2003)**. Por otro lado, en el ámbito europeo, la **Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)**, y el **Convenio n.º 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia 16 de mayo de 2005 (BOE 10-09-2009)**.

Por lo que se acaba de mencionar la legislación penal española ofrece una respuesta imperfecta y susceptible de mejora al fenómeno de la trata. Recordemos que históricamente la trata ha constituido en mayor medida un concepto de naturaleza sociológica (trata de blancas, trata de esclavos) que estrictamente jurídico, y particularmente nuestra legislación carece de un concepto jurídico-penal de trata en el sentido de un tipo de lo injusto o de una figura delictiva perfectamente delimitada. Por eso asumimos el carácter parcial de la respuesta penal actual, sin perjuicio de que el moderno concepto del delito de trata manejado internacionalmente exija adaptaciones en nuestra realidad normativa.

A continuación vamos a relacionar qué delitos de la legislación penal española vigente pueden ser entendidos en clave de trata. A tales efectos distinguiremos dos grupos de delitos, uno constituido por aquellos que ostentan una incidencia específica y más directa en relación con el fenómeno de la trata, y otro constituido por aquellas figuras delictivas que si bien presentan una vinculación cierta con la realidad criminológica de la trata tienen una relación más lejana o difusa con la misma.

Por una parte, pertenecen al grupo de delitos que guardan una mayor relación con la trata tanto la figura del art. 318 bis, apartado primero y segundo, como el delito del art. 313.1 del Código penal.

El delito del art. 318 bis, apartados 1 y 2, incluido en el Título XV bis CP (“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”) dispone expresamente: “1. *El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.* 2. *Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión*”.

El delito del art. 313.1 se encuentra incardinado en el Título XV CP (“De los delitos contra los derechos de los trabajadores”), en virtud del cual: “*el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior (prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses)*”.

Por otra parte, existe un segundo grupo de figuras delictivas relacionadas mediatamente con la finalidad para la que se lleva a cabo la trata. Es decir, estaríamos ante delitos en los que se concreta de forma específica la explotación que persigue la trata de personas. Entre ellos podemos destacar las siguientes figuras delictivas del Código penal:

a) Determinación a la prostitución (arts. 187-188). Se encuentran encuadrados en el Capítulo V (“De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”) del Título VIII (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”). Por un lado, el art. 187 castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que determine a la prostitución a un menor de edad o incapaz. Por otro lado, el art. 188 castiga con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses la determinación a la prostitución de persona mayor de edad empleando determinados medios comisivos para conseguir dicho propósito (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima).

b) Determinación a la pornografía de menores de edad o incapaces (art. 189.1). Dentro del Capítulo V antes mencionado el art. 189.1 castiga con pena de prisión de uno a cuatro años al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

c) Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-312), ubicados dentro del Título XV (“De los delitos contra los derechos de los trabajadores”). El art. 311 castiga con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses la imposición o mantenimiento a los trabajadores de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos. Por su parte, el art. 312 castiga con pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses el tráfico ilegal de mano de obra (apartado primero), así como la recluta o la determinación a abandonar el puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos (apartado segundo).

d) Extracción de órganos (arts. 147 y ss.). Debemos partir del hecho de que en nuestra legislación positiva no existe una regulación específica incriminatoria de la extracción de órganos, por lo que dichas conductas deben ser subsumidas en la esfera de los delitos de

lesiones (Título III, “De las lesiones”). En puridad la extracción de órganos se encontraría en los tipos de lesiones de los arts. 149 y 150, según se trate de órgano-miembro principal o no principal respectivamente.

e) Adopciones ilegales (arts. 221 y s.). Se encuentran ubicadas en el Capítulo II (“De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”) del Título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”). En virtud del art. 221 se castiga con la pena 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 diez años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Con la misma pena se castiga a la persona que lo reciba y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiera realizado en país extranjero. A tenor del art. 222 el educador, facultativo, autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su profesión o cargo realice las conductas mencionadas incurrirá en la pena señalada anteriormente y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de dos a seis años.

f) Utilización de menores para la mendicidad (art. 232). Dentro de la Sección 3.^a (“Del abandono de familia, menores o incapaces), del Capítulo III (“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”) del Título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”), el art. 232.1 castiga con pena de prisión de seis meses a un año a los que utilicen o presten a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad. En virtud del apartado segundo, si para los fines del apartado anterior se traficare 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.

3.2. PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA

A la vista de los compromisos internacionales contraídos por España para la tipificación como delito independiente de la trata de seres humanos, últimamente asistimos a algunos intentos de introducir en la legislación penal la necesaria reforma mediante ley orgánica que plasme por fin dicho objetivo. Primeramente, el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008 y, últimamente, el Proyecto de reforma del Código penal de 2009 que se encuentra en tramitación parlamentaria.

3.2.1. El Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008

En el Consejo de Ministros del 15 de noviembre de 2008 se presentó el Anteproyecto de reforma del Código penal vigente. En él se incluía un nuevo delito de trata de seres humanos que en términos generales podía satisfacer los compromisos internacionales que tiene pendientes España.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se indicaba con respecto a la nueva incriminación lo siguiente:

“El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis denominado “De la Trata de seres humanos”. Así, el artículo 177 bis tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados (sic) o no con la delincuencia organizada.

De forma contraria, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis. 2.”

En el art. 313.1 CP se castiga actualmente el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea, delito también contemplado en el art. 318 bis 1, con el que interfiere (a pesar de que la redacción de ambos procede de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre), circunstancia que pretende solventar la reforma manteniendo sólo este último delito. Pero a su vez se quiere suprimir el art. 318 bis 2, que castiga con una pena superior cuando el propósito del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas sea su explotación sexual. Este delito no es en rigor un delito de trata, sino de tráfico de personas con fines de trata sexual, es decir, un delito de tráfico de personas cualificado. La introducción de un nuevo delito de trata de personas independiente de aquél conduce a la desaparición del delito mencionado, si bien tampoco es obligado entender que necesariamente se interfieren, pues una cosa es la trata de personas y otra el tráfico de personas con fines de trata.

Sea como fuere se introducía un nuevo Título VII bis, titulado “De la trata de seres humanos”, que contenía el art. 177 bis, según el cual:

1. Será castigado con la pena de 5 a 8 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 vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.*
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*

c) *Extraer 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 enumeradas 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 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 peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima;*

b) *la víctima sea menor de edad;*

5. *En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

6. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero 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.*

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.

7. *Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.*

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. *Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.*

En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

10. *Las condenas de los 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.*

3.2.2. El Proyecto de Reforma del Código penal de 2009

Con fecha 27 de noviembre de 2009 se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Núm. 52-1) el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal (en adelante, Proyecto de reforma de 2009). Dicho Proyecto es heredero del anterior Anteproyecto de 2008, hasta el punto de que la mayor parte de su articulado constituye una mera adaptación del referido Anteproyecto⁵³, una vez analizadas fundamentalmente las consideraciones críticas formuladas en su informe por el Consejo General del Poder Judicial. De ahí, por ejemplo, que el contenido de la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma de 2009 en relación con la fundamentación del proyectado art. 177 bis del Código penal coincida de manera prácticamente mimética con la formulada por el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008⁵⁴.

Por lo que respecta al tipo de la trata el Proyecto de reforma de 2009 introduce el Título VII bis, bajo la rúbrica “De la trata de seres humanos”, que contiene exclusivamente el art. 177 bis, a cuyo tenor:

1. Será castigado con la pena de 5 a 8 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 vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare 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) Extraer 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 enumeradas 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 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;

⁵³ No obstante, entre ambos textos media un nuevo Anteproyecto de reforma del Código penal, que lleva fecha de 23 de julio de 2009, el cual sustituye al anterior y propiamente constituye el antecedente prelegislativo inmediato del actual Proyecto.

⁵⁴ Por lo tanto, nos remitimos a las indicaciones y comentarios realizados sobre dicha Exposición de Motivos en el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008.

b) la víctima sea menor de edad;

c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena superior en grado.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero 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.

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.

7. Cuando de los delitos comprendidos en este artículo fuera responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.

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 y demás delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de los 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.

El **apartado primero** incorpora casi fielmente la definición del *delito de trata* de personas que se contiene en el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Por un lado, recoge todas las **conductas** de trata previstas en el Protocolo: la captación, el transporte, el traslado, la acogida y la recepción de personas. Es más se incluye también el “alojamiento” de personas (modalidad prevista asimismo en el Convenio del Consejo de Europa de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, al igual que también se recoge en él la modalidad de “reclutamiento”, aunque ésta quedaría abarcada por la captación o la recepción entendidas en sentido amplio). Sin embargo, partiendo del texto del Anteproyecto de 2008 y sobre la base de las indicaciones del Consejo General de Poder Judicial se ha incorporado como verbo típico nuclear el de “traficare” con personas, resultando la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción y el alojamiento modalidades de ese tráfico. En nuestra opinión este añadido desvirtúa el delito de trata y tiende a confundirlo con el de tráfico ilegal o

inmigración clandestina de personas. Por ello sería preferible que se sustituyera por la expresión verbal “realizarse trata de personas, mediante ...”, de modo que la esfera típica de la trata de personas y del tráfico de personas quede perfectamente delimitada. Precisamente es ésta la voluntad del prelegislador cuando en el apartado noveno del art. 177 bis impone expresamente, de darse las circunstancias típicas de la trata y del tráfico, el concurso entre ambos delitos.

Por otro lado, en cuanto a los *medios* para realizar la conducta se contemplan la mayor parte de los previstos en el Protocolo de Palermo, que en el artículo 177 bis se concretan en: la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Pero se omite el medio consistente en la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, que no sólo aparece previsto en el citado Protocolo, sino también en la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005. Igualmente en estos instrumentos normativos internacionales se contempla el secuestro o el rapto de la persona como medio comisivo, pero no así en el Proyecto español, quizás al entender que todas las modalidades de secuestro podrán subsumirse en la violencia o en la intimidación.

Por lo que respecta a las *finalidades* con las que se realizan las acciones típicas figuran también todas las contempladas en el Protocolo de Palermo y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005: a) Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre⁵⁵; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) Extraer sus órganos corporales.

Además, para la punibilidad del delito de trata de personas no se establecen como requisitos ni el carácter transnacional del delito ni que el mismo entrañe la participación de un grupo delictivo organizado, condiciones previstas como generales por el Protocolo de Naciones Unidas, que sin embargo, permite disposición en contrario por parte de los Estados.

La pena con la que se castiga la trata de personas es de 5 a 8 años de prisión, es decir, una pena grave a tenor del Código penal [art. 33.3.a), excepto la de prisión de 5 años exactos], lo que lo convierte en un delito grave (art. 13.4).

Hasta el momento la trata de personas es impune en nuestro Derecho como tal delito, salvo en los supuestos en los que se emplee la violencia o la intimidación para obtener el control sobre la persona a la que se pretende explotar, puesto que dicha violencia o intimidación es punible por sí sola (maltrato, lesiones, amenazas, etc.). Por otro lado, al margen de ello únicamente son punibles en nuestra legislación los delitos que se empleen para asegurar la ejecución de la trata (como por ejemplo, detenciones) y aquellos en los que se concrete la explotación de la persona (como por ejemplo, la prostitución o los delitos contra los derechos de los trabajadores). Incluso esta afirmación resulta discutible en algunos casos, como en el supuesto de la esclavitud, dado que como tal delito no aparece recogido en nuestro Código penal (sería punible a través de otras figuras delictivas, pero no de forma integral sino parcial)⁵⁶. En suma, la trata de personas se concibe penalmente en la actualidad como un acto preparatorio de la explotación de los seres humanos y, dada la impunidad general de los actos preparatorios, por sí sola y conforme al principio de legalidad, es impune en nuestro Derecho. Así pues, la reforma penal anunciada vendría a cubrir una importante laguna de punibilidad en relación con la protección penal de los seres humanos ante la trata de personas.

⁵⁵ Cabe resaltar que en lugar del verbo “explotar”, utilizado en los textos normativos internacionales y en el Anteproyecto de 2008, en el Proyecto de 2009 se emplea el verbo “imponer”.

⁵⁶ La esclavitud sólo se castiga como delito por el Código penal español cuando constituye una modalidad de realización de los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis.2.10.º).

El **apartado segundo** se refiere a los *menores de edad* con el objeto de excluir la necesidad de que concurren los medios previstos en el apartado anterior para que la conducta sea considerada trata de personas. Esta previsión se corresponde con la que se contiene en el Protocolo de Palermo, en la Decisión Marco de 2002 y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005. Sin ser ésta una regulación específica de la trata de menores, por cuanto el precepto se refiere a la trata de personas en general, lo cierto es que supone un *tipo alternativo* de la trata de personas, por cuanto sólo 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 edad (y puesto que la ley no distingue, hay que entender menor de 18 años de edad).

En el **apartado tercero** se contempla la *irrelevancia del consentimiento* de la víctima cuando se recurra a los medios —algunos de por sí delictivos (la violencia y la intimidación)— previstos en el apartado primero para realizar la conducta típica, dado que los mismos vician la libertad del sujeto para otorgar su consentimiento válidamente.

El **apartado cuarto** contiene un *tipo agravado* que incluye tres circunstancias alternativas.

a) La primera consiste en la *puesta en grave peligro de la víctima*. Anteriormente el Anteproyecto de 2008 preveía en este punto la existencia de tal circunstancia agravante cuando con ocasión de la trata se pusiera en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima. Ahora en el Proyecto de 2009 la puesta en peligro habrá de ser grave, no tendrá por qué afectar exclusivamente a la vida (así por ejemplo, podrá afectar a la integridad corporal o a la libertad o indemnidad sexuales), y en cualquier caso la puesta en grave peligro habrá de derivar de una conducta dolosa, ya que ha dejado de hacerse mención a la imprudencia grave. En la Decisión Marco de 2002 se contempla la puesta en peligro de forma deliberada o por grave negligencia de la vida de la víctima. También el Convenio del Consejo de Europa prevé en relación con el particular que la infracción haya puesto en peligro la vida de la víctima deliberadamente o por negligencia grave. Destaca en consecuencia la omisión en el actual Proyecto de reforma de 2009 de toda referencia a la grave imprudencia o negligencia grave en la puesta en peligro de la víctima.

b) La segunda circunstancia de este subtipo agravado es la *condición de menor de la víctima*. Cabe resaltar que esta regulación supone el castigo especialmente agravado de la *trata de menores de edad*, por cuanto la pena de prisión será superior a 8 años y podrá llegar a ser como máximo de hasta 12 años, con lo cual se cumple la exigencia contenida en la Decisión Marco de que las penas máximas privativas de libertad no sean en estos casos inferiores a ocho años. Por lo que respecta al ámbito posible de esta trata de menores de edad se va incluso más lejos en la protección del menor, porque no se limita la agravación a los casos en los que la víctima se encuentre por debajo de la edad de mayoría sexual contenida en nuestra legislación (que es ser menor de 13 años), sino que abarca toda la minoría de edad (menor de 18 años), ni tampoco se limita esta protección especial a que la trata se haya realizado con fines de explotación sexual.

c) La tercera circunstancia agravante es *que la víctima sea especialmente vulnerable* por razón de enfermedad o situación. Dicha circunstancia agravante no se contenía en el Anteproyecto de 2008 y podemos encontrar su antecedente en el art. 3 de la Decisión Marco de 2002, que exige una pena máxima privativa de libertad no inferior a ocho años

cuando se cometan los hechos contra una víctima particularmente vulnerable. No obstante, la propia Decisión Marco dispone que la condición de particular vulnerabilidad de la víctima se dará al menos cuando aquella se encuentre por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o para ejercer otras formas de explotación sexual incluida la pornografía. Es evidente que esta interpretación no es aplicable a este supuesto, puesto que la minoría de edad ya constituye *per se* una circunstancia agravante en la letra anterior. Por otro lado, la presente circunstancia podría suponer una infracción del principio *ne bis in idem* por cuanto la vulnerabilidad de la víctima constituye una circunstancia ya tenida en cuenta en la configuración de los medios comisivos del tipo básico de la trata.

Asimismo cabe resaltar que no se ha recogido la circunstancia contenida en el art. 3.2.c) de la Decisión Marco, consistente en que la infracción se cometa mediante violencia grave o haya causado a la víctima daños particularmente graves.

Por último el Proyecto de reforma de 2009 ha añadido con respecto al Anteproyecto de 2008 que “si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena superior en grado”. Se trata de una hiperagravación de difícil explicación, pues conlleva una escalada punitiva ciertamente considerable (prisión de 12 años y un día a 18 años).

En el **apartado quinto** constituye un subtipo agravado del tipo básico cuando los hechos sean cometidos prevaleciéndose el sujeto de su *condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*, y para los que está prevista, además de la pena superior en grado a la del tipo básico, como pena adicional la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. La referencia al prevalimiento del carácter público del culpable está contemplada en el Protocolo de Palermo y en la Decisión Marco de 2002 tan sólo como un medio comisivo más de la trata de personas: el abuso de poder o el abuso de autoridad (esto es, los equivalentes a nuestro abuso de superioridad), pero sin vincular una consecuencia jurídica ulterior a tal situación. En resumen, se aprecian diferencias técnicas entre el Proyecto de 2009 y los distintos textos normativos internacionales, pero en cualquier caso la regulación española sería más rigurosa, al prever una pena adicional y además agravada para estos supuestos. En este punto sería coincidente con el Convenio del Consejo de Europa de 2005, cuyo art. 24.c) recoge como agravante “que la infracción se cometa por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”. No queda claro en cambio si esta agravación (pena superior en grado a la prevista en el apartado primero) es compatible y acumulable con la del apartado cuarto (pena superior en grado a la prevista en el apartado primero) y si, en su caso, puede entrar en juego la regla contenida en el inciso final del apartado cuarto (si concurre más de una circunstancia se impondrá la pena superior en grado).

El **apartado sexto** contempla una específica agravación de la responsabilidad penal por la *pertenencia del culpable a una organización o asociación* de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. En este caso a la pena de prisión agravada (de 8 años y un día a 12 años) se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio durante el tiempo de la condena. A su vez, el párrafo segundo de este apartado establece una pena de prisión, que puede ser como mínimo de 10 años y un día y como máximo de 18 años, cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. Con esta previsión se cumple sobradamente con la sanción agravada que prevé la Decisión Marco de 2002 cuando la trata se cometa en el marco de una organización delictiva, así como también la del art. 24 d) del Convenio del Consejo de Europa de 2005 (“que la infracción se cometa en el marco de una organización criminal”).

En el **apartado séptimo** se incorpora la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*. La previsión de responsabilidad para las personas jurídicas constituye una demanda a los Estados que se contiene el art. 4 en la Decisión Marco de 2002 y en el art. 22 del Consejo de Europa, aunque en los mismos no se especifica si dicha responsabilidad tiene que ser civil, penal o administrativa, dejándolo al criterio de los Estados. Hoy por hoy existen mecanismos para hacer responder a las personas jurídicas, mediante las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del Código penal, con consecuencias propias de las mismas, como por ejemplo, la disolución de la sociedad o la intervención de la empresa. No obstante, el Proyecto de reforma del Código penal de 2009 en el nuevo art. 31 bis introduce por primera vez en la legislación penal española el criterio general de “reconocer responsabilidad *penal* a las personas jurídicas”, y lo que ello supone, la imposición de genuinas penas (carácter punitivo), frente a las consecuencias accesorias del art. 129 que poseen naturaleza administrativa (carácter preventivo). Dicho criterio resulta de aplicación entre otros en el delito de trata de personas en los casos en los que fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código penal. Las consecuencias jurídicas se concretan en la preceptiva clausura temporal de los locales y establecimientos de dos a cinco años, multa igual que la de las personas físicas y comiso de las ganancias y beneficios. Sin embargo, la multa es inefectiva, porque no se prevé ninguna para las personas físicas, y aquí se señala que se impondrá la misma que a éstas. Por otro lado, 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, por un lado, y la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, por otro lado (precisamente al estar contempladas como tales en el art. 23.4 de la Convención del Consejo de Europa de 2005), o cualquiera del resto de las consecuencias que, como penas, están contenidas en el Proyecto de reforma de 2009 para las personas jurídicas (disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores).

El **apartado octavo** extiende la responsabilidad penal por la trata de personas y por tanto la *punibilidad* a los *actos preparatorios* que consistan en conspiración, proposición y provocación para cometer estos delitos. Con ello 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. La Decisión Marco de 2002 contempla tan sólo la punibilidad de la tentativa, de la inducción y de la complicidad, al igual que el Consejo del Convenio de Europa de 2005, mientras que el Protocolo de Naciones Unidas menciona tan sólo el castigo de la complicidad y de la tentativa. Pero en el caso español, siendo punible la inducción, la complicidad y la tentativa de delito con carácter general, la punibilidad se extendería además a los actos preparatorios del delito de trata de personas consistentes en la conspiración, proposición y provocación (definidas en los arts. 17 y 18 CP) de cuajar lo que el Proyecto de 2009 contiene en este apartado del art. 177 bis.

El **apartado noveno** contiene una regla concursal cuando los hechos pueden realizar otro tipo penal. En efecto, se contempla una regla sobre el concurso de delitos cuando la trata de personas desencadena la producción de otros delitos, es decir, aquellos en los que se concreta la explotación de la persona, pero es aplicable también para otros delitos que se puedan producir coetáneamente a las acciones de trata, como por ejemplo, lesiones o detenciones ilegales. En dicho caso se castigan los delitos conjuntamente. Este precepto contiene una alusión específica al delito del art. 318 bis, esto es, al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, que es

precisamente aquel con el que tiende a confundirse, para dejar completamente claro que la relación entre ambos delitos es la de un concurso de delitos (y no de leyes). Puesto que ninguno de ellos agota el contenido de injusto del otro deberán valorarse penalmente de forma acumulativa o por separado.

Por último, el **apartado décimo** introduce la reincidencia internacional en relación con la trata de personas, lo que supone tener en cuenta las sentencias extranjeras condenatorias por delitos de la misma naturaleza a los efectos de aplicar en España la agravante de reincidencia (así también en el art. 25 de la Convención del Consejo de Europa de 2005).

En resumen, estamos ante un proyecto de regulación con el que se cumple en términos generales con los compromisos internacionales de España en relación con la punición de la trata de personas. El grado de convergencia con los textos internacionales que le sirven de base es alto y las especificaciones introducidas completan un elevado e intenso grado de coerción penal de los delitos de trata de personas, y en particular de la trata que afecta como víctimas a los menores de edad.

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la trata de menores desde una perspectiva jurídico-penal plantea una serie de cuestiones que a modo de conclusiones del presente trabajo proceden ser pormenorizadas. Partiremos para ello de la situación legal actualmente concurrente en España analizada a la luz de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, complementada por el texto proyectado del art. 177 bis CP en virtud del Proyecto de reforma del Código penal de 2009.

Con base en lo anterior estableceremos una serie de conclusiones a modo de observaciones críticas en el marco de la trata de menores:

1) Una primera cuestión que debemos abordar es la relativa a la *distinción entre los actos de tráfico y los de trata de personas*. Dichos conceptos tienden a ser confundidos debido a que suelen producirse en situaciones análogas, los sujetos pasivos son habitualmente migrantes, los autores y partícipes suelen actuar en el marco de la criminalidad organizada y ambos implican comercio con seres humanos.

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* (15 de noviembre de 2000) define al tráfico de migrantes como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un país, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. La entrada ilegal se define como el paso de fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor (art. 3).

Así, aunque en ambos casos se toma ventaja de la situación de necesidad de la persona que se ve en la obligación de migrar para mejorar su calidad de vida, y del dato de que en numerosas ocasiones el hecho se inicia como tráfico de migrantes y finaliza como trata de personas, se pueden apuntar las siguientes diferencias:

- En el tráfico de personas siempre se da el cruce de frontera o fronteras, mientras que la trata de personas puede darse dentro (interna) o fuera de un país (transnacional), es decir, sin que se produzca necesariamente un cruce de fronteras.
- En el tráfico de personas se presta un servicio con la voluntad del migrante, mientras que en la trata de personas concurre violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (medios comisivos que no se exigen en relación con un menor) y siempre con fines de explotación.

- En el tráfico de personas los migrantes generalmente viajan indocumentados o con documentos falsos, en la trata de personas la salida y el ingreso puede ser legal, con la debida documentación.
- El tráfico de personas finaliza después de haber llegado al destino, mientras que en la trata de personas habitualmente la explotación se prolonga en el tiempo, dado que la víctima es tomada como una mercancía que debe rendir beneficios durante un largo período.
- Mientras que en el tráfico de personas hay un mayor número de hombres que solicitan el “servicio”, en el caso de la trata de personas la mayoría de las víctimas son mujeres, niños y niñas, aunque también existen víctimas masculinas.
- El tráfico de personas es fundamentalmente un delito contra los intereses del Estado, mientras que la trata de personas atenta principalmente contra la dignidad y los derechos de la persona.
- En el tráfico de personas el negocio deriva del movimiento de personas a través del cruce de fronteras, mientras que en la trata la mercancía es la persona misma.
- La finalidad del tráfico de personas es la entrada ilegal de migrantes en un Estado, mientras que el objetivo de la trata es la explotación.

2) Al hilo del estudio de la normativa internacional (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea) que establece la necesidad de que los Estados procedan a la tipificación de la trata de seres humanos cabe poner de manifiesto la *laguna de punibilidad* que, en este sentido, concurre actualmente a la vista de la legislación penal española vigente.

El propio Proyecto de reforma del Código penal de 2009 dispone textualmente que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos”.

De acuerdo con lo establecido a lo largo de este trabajo no resulta correcto considerar que la trata de personas sea objeto *de lege lata* de incriminación en nuestro CP vigente como delito autónomo, sin perjuicio de que sean delictivas y punibles en España la mayor parte de las concretas formas en que se manifiesta la explotación de la persona objeto de trata. Ello implica hacer caso omiso de los compromisos asumidos en virtud de los siguientes instrumentos internacionales:

- “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo).
- Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (mayo 2005), objeto de firma por España el 9 de julio de 2008 y ratificado el 23 de febrero de 2009 (publicación del Instrumento de Ratificación en BOE de 10 de septiembre de 2009).

En la totalidad de los textos internacionales anteriores se establece la necesaria tipificación de la trata de seres humanos, lo cual pone de manifiesto el flagrante incumplimiento que la inexistencia de una figura delictiva de las características referidas en España supone desde el punto de vista de los compromisos asumidos por nuestro país, máxime cuando la mayor parte de los países en la esfera comparada castigan desde hace años autónomamente (de otros delitos conexos) el delito de trata de personas.

3) A cubrir la laguna referida se dirige la *previsión en el art. 177 bis CP en virtud del Proyecto de reforma del Código penal de 2009*. Ya hemos destacado *supra* las características típicas de dicha figura y lo acertado de la tipificación expresa de tales conductas desde un punto de vista político-criminal.

Partiendo del dato anterior procede, no obstante, realizar una serie de *consideraciones críticas* en relación con dicho precepto:

a) En cuanto a los medios comisivos el art. 177 bis CP proyectado incluye la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, pero se omite el medio consistente en *la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*, que no sólo aparece previsto en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, sino también en la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 y en la Convención del Consejo de Europa de 2005. Dado que el medio económico para captar voluntades resulta muy factible en el ámbito de la trata, consideramos esta laguna especialmente significativa, lo que sin embargo no afecta a los menores, porque para éstos no existe necesidad de que concurra medio comisivo alguno para hablar de trata punible. Igualmente en todos los instrumentos normativos internacionales mencionados se contempla *el secuestro o el rapto de la persona* como medio comisivo, pero no así en el Proyecto español, quizás por estimar que todas las modalidades de secuestro o rapto podrán subsumirse en la violencia o en la intimidación.

b) En relación con las finalidades el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños establece que “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”. Como queda de manifiesto, la enumeración del Protocolo se configura como un mínimo, susceptible de ampliación por parte de los distintos Estados. No obstante, el nuevo precepto proyectado en el art. 177 bis CP se ha limitado a consignar las finalidades citadas y no ha incluido otras, que a nuestro juicio, deberían ser al menos tomadas en consideración. Así, por ejemplo, entre otras:

b1) La vinculada con la explotación de personas (particularmente menores) en actividades de *mendicidad*, pues no resulta absolutamente claro que en todos los supuestos imaginables ello pueda integrarse en la imposición de trabajo o de servicios forzados o de prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre a las que se refiere el art. 177 bis.1.a) Proyecto CP 2009. No obstante, el CP vigente recoge en el art. 232 la conducta de aquellos que utilizaren o prestaren a menores

de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, así como la de las personas que para la realización de los fines citados traficaren con menores de edad o incapaces. Si esta conducta se encajara en el art. 177 bis tendría una pena de prisión de 8 años y un día a 12 años, mientras que actualmente la primera de las conductas citadas se castiga con prisión de seis meses a un año (art. 232.1), y la segunda (propriadamente es la conducta de trata) con pena de prisión de 1 a 4 años (art. 232.2).

b2) *Utilización de menores de 14 años para delinquir aprovechando la irresponsabilidad penal de éstos.* En realidad en tales casos el adulto puede ser considerado autor mediato de los delitos que los menores realizan por él como instrumentos, pero esta responsabilidad penal no capta valorativamente la explotación a la que es sometido el menor, quien, lejos de ser considerado una víctima de estas prácticas, puede ser tomado como co-responsable de los delitos. De ahí la postura que pretende prevenir esta manifestación delictiva rebajando la edad penal de los menores de 14 a 12 años. Sin embargo, parecería más adecuado dedicarse a reprimir mejor la conducta del adulto que instrumentaliza a los menores para delinquir en su favor, quien además, si utiliza a varios de ellos, estaría dirigiendo un grupo organizado, lo que implica un nuevo plus de injusto de la conducta de trata de menores. Ésta constituye una circunstancia análoga a los trabajos o servicios forzados, pero con perfiles propios, razón por la que habría que individualizarla de las conductas de trata genéricas.

b3) La concertación de *matrimonios ilegales o forzados.* En el Derecho comparado existen modelos que incluyen esta finalidad de forma explícita en sus tipificaciones de la trata de seres humanos (así por ejemplo, El Salvador o Colombia). Con los matrimonios ilegales o forzados estaríamos ante 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 conforme a la formulación del art. 177 bis.1a). En efecto, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud define los diferentes tipos de servidumbre, y enumera las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud, entre las cuales menciona “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 la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19, sobre trata de mujeres y niñas incluye entre los fines de la trata de mujeres y niñas los matrimonios forzados. Sin embargo, la falta de una alusión expresa en el art. 177 bis 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. Por otro lado, el problema para considerar esta modalidad de explotación como trata son 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 sólo por parte de alguno de sus progenitores o tutores.

b4) Los supuestos de *adopciones ilegales.* Recogidos por alguna legislación extranjera como trata de personas, en nuestro Código penal pueden tener encaje

en el art. 221, donde se castiga con pena de prisión de 1 a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años 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 extranjero. Cabe resaltar únicamente 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. El problema que plantea esta modalidad, sin embargo, es que no está claro que pueda decirse que la adopción ilegal constituya un caso de explotación del menor. Pero sin embargo es evidente 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.

c) Para una mejor contextualización del delito de trata en el Código penal español, a la vista de la importante o extraordinaria penalidad prevista, habría que estudiar la posibilidad de limitar el radio de acción de la figura delictiva a aquellos supuestos en los que concurra un *sujeto activo* plural (esto es, una organización delictiva dedicada a estas actividades) y un *sujeto pasivo* potencialmente indeterminado, esto es, que el referente no lo constituya un solo sujeto pasivo. A tal efecto en la configuración típica podría exigirse la realización por parte de los sujetos activos de “trata de personas” (personas en plural). En parecido sentido sobre el sujeto pasivo se ha pronunciado el Informe al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008 del Consejo General del Poder Judicial, que prefiere la expresión “tráfico de personas”, que nosotros descartamos por lo que respecta a la acepción “tráfico” para evitar confusiones conceptuales con el delito de inmigración clandestina de personas.

d) Un aspecto interesante en la configuración del delito de trata de personas si pretendemos su ajuste pleno a los criterios asentados en la esfera internacional consiste en la toma en consideración del art. 19 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (mayo 2005).

Artículo 19 – Tipificación de la utilización de los servicios de una víctima

Cada Parte estudiará la posibilidad de adoptar las medidas legales y otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal, de conformidad con su derecho interno, la utilización de los servicios que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del artículo 4 del presente Convenio, a sabiendas de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos.

En definitiva, se está exigiendo tomar en consideración la posibilidad de tipificar penalmente la conducta relacionada con la utilización de servicios de personas sometidas a la trata, a sabiendas de la condición de la víctima. Dicha incriminación no se ha previsto en la reforma del CP proyectada y, al menos, cabe analizar la procedencia de la misma, toda vez que la citada Convención ha sido ya firmada y ratificada por España. Además, esta incriminación resultaría coherente con el castigo previsto en la reforma del CP para el cliente de la prostitución de un menor de edad.

A este respecto cabe resaltar que el tipo delictivo de trata previsto en el Proyecto de reforma del CP tampoco castiga la conducta de “*entrega dolosa de la víctima de trata al tratante*”, como sí se hace en otras legislaciones. Sin embargo, esa conducta normalmente realizará un tipo delictivo previsto en el Código penal (en concreto y en relación con los menores, la venta o entrega de menores, art. 221 CP).

En el mismo sentido, el art. 20 del Convenio establece:

Artículo 20 – Tipificación de los actos relativos a los documentos de viaje o de identidad

Cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracciones penales los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente con el fin de facilitar la trata de seres humanos:

a) Falsificar un documento de viaje o de identidad;

b) Proporcionar o suministrar dicho documento;

c) Retener, sustraer, ocultar, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona.

En relación con el particular resulta claro que desde la perspectiva del Derecho penal español falsificar un documento de viaje o de identidad es punible *de lege lata*, pero la conducta subsumible en el apartado c) en la modalidad de “retención” (supuesto muy común con fines de explotación) no resulta en principio típica y exige un análisis acerca de la adecuación de la incriminación de la misma. Otro tanto cabe decir de las conductas del apartado b), dado que proporcionar o suministrar un documento no implica la participación en la falsificación y puede resultar dudoso que en todos los casos imaginables constituya el delito de uso del documento falso o falsificado (art. 393 CP). En todo caso, la tipificación de las conductas del art. 20 del Convenio es preceptiva, a diferencia de la conducta del art. 19 anteriormente reseñada.

4) Por otro lado, cabe resaltar que en el Proyecto de reforma de 2009 se acoge un nuevo tipo delictivo en el art. 156 bis consistente en la tipificación del tráfico de órganos, que se castiga como un delito de lesiones específico. El tráfico de órganos constituye una de las finalidades perseguidas a través de las actividades de trata de seres humanos, como hemos puesto de manifiesto anteriormente. Conforme al nuevo art. 156 bis del Proyecto:

«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 proceda la responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos del delito.»

Cabe tener en cuenta el presente precepto, puesto que de prosperar la reforma del CP proyectada y dada la cláusula concursal prevista en el art. 177 bis.9, en los supuestos en los que las actividades de trata se lleven a cabo con la finalidad de obtención de órganos para trasplante y efectivamente se obtengan, los referidos arts. 156 bis y 177 bis CP entrarían en la correspondiente relación de concurso de delitos.

5) Una última cuestión que se plantea en el marco del delito de trata de personas, particularmente menores, es la relativa a la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos delictivos que pueden haber sido cometidos en el extranjero y por parte de ciudadanos extranjeros.

Como es sabido dicha competencia viene determinada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) que, en su art. 23 establece los criterios de competencia. Partiendo del principio básico de territorialidad, es decir, de la competencia de la jurisdicción penal española para conocer de los hechos delictivos ocurridos en territorio español, debemos analizar los distintos supuestos hipotéticamente concurrentes.

Así, si la trata se produce en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles ninguna duda existirá sobre la competencia de nuestros tribunales para el conocimiento de dichos hechos (art. 23.1 LOPJ, principio de territorialidad).

Por otro lado, en caso de comisión del hecho delictivo en el extranjero por parte de españoles o de extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española después de la comisión del hecho delictivo, conocerán del mismo los tribunales penales españoles siempre que (art. 23.2 LOPJ, principio de personalidad):

- a) El hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b) El agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c) El delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

No obstante, pueden plantearse supuestos problemáticos: así, por ejemplo, el de realización de conductas de trata en el extranjero y por parte de extranjeros con la intención de desplazar a las víctimas a España, pero sin que dicho desplazamiento se haya producido efectivamente aún. En este caso existiría una conducta delictiva en la que concurre un vínculo de conexión con España y respecto de la cual actualmente, los tribunales penales españoles carecen de competencia.

A dichos efectos debería plantearse una reforma de la LOPJ en la que se incluyese en el ámbito del principio de justicia mundial (art. 23.4) los supuestos de trata de personas, al igual

que ya sucede con el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, logrando una protección efectiva y la posibilidad de persecución de dichos supuestos, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de los sujetos implicados. Dicha reforma resulta absolutamente necesaria al hilo del art. 177 bis CP proyectado por el Proyecto de reforma de 2009, pues establece en su apartado 1º que “será castigado con la pena de 5 a 8 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 (...)*”. Por otro lado, queda claro dada la configuración del propio art. 177 bis CP que la competencia de los tribunales españoles se vincularía a la existencia en el marco del delito de trata de algún punto de conexión con España (realización en territorio español o bien desde, en tránsito o con destino a España). Por último, cabe resaltar que la fórmula empleada en el Proyecto es reiterativa por lo que respecta a la producción de la conducta en España, dado que dice: “ya en territorio español ya desde ... España”.