

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO

**EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: ESPECIAL REFERENCIA A SU
RELACIÓN CON EL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO**

Ainhoa Montaña Estévez

DIRECTORA

Inés Olaizola Nogales

Pamplona

12 de enero de 2016

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad realizar un recorrido por la normativa tanto internacional, comunitaria como nacional en relación al fenómeno de la trata de seres humanos. Asimismo, emprender un viaje por el artículo 177 bis y las novedades incorporadas por medio de la LO 1/2015. Por último, relacionar el nuevo precepto de matrimonio forzado del artículo 172 bis del CP con la finalidad incorporada en el artículo 177 bis de trata de seres humanos. Con todo, pretendo conformar una idea clara sobre la trata de seres humanos, sobre los matrimonios forzados y sobre la relación que existe entre los preceptos 177 bis y 172 bis que recogen ambas conductas.

PALABRAS CLAVE: normativa, trata de seres humanos, matrimonio forzado, concurso.

ABSTRACT: The present work aims to take a tour of international, EU and national legislation regarding the phenomenon of human trafficking. Also to set out on a journey by article 177bis and novelties added through the Organic Law 1/2015. Finally to connect the new provision about forced marriage in the article 172bis of Penal Code with the built-in purpose in article 177bis of human trafficking. With all that I hope to make a clear idea about the human trafficking, forced marriages and the relationship between the provisions 177bis and 172bis that include both behaviors.

KEY WORDS: legislation, human trafficking, forced marriage, concurrence.

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	5
II. INTRODUCCIÓN	6
III. NORMATIVA	6
1. Normativa internacional	6
2. Normativa comunitaria	11
3. Normativa nacional	15
IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL	18
1. Cuestiones previas	18
1.1. <i>Tráfico ilegal o inmigración clandestina</i>	18
2. Análisis del artículo de trata de personas	19
2.1. <i>Bien jurídico</i>	20
2.2. <i>Conducta típica</i>	20
2.2.1. Captar	21
2.2.2. Transportar	21
2.2.3. Trasladar	21
2.2.4. Acoger	22
2.2.5. Recibir	22
2.2.6. Intercambiar o transferir el control sobre las víctimas	23
2.3. <i>Medios comisivos</i>	23
2.3.1. Violencia	23
2.3.2. Intimidación	24
2.3.3. Engaño	24
2.3.4. Abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima	25
2.3.5. Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima	26
2.4. <i>Finalidades</i>	28
2.4.1. La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad	28
2.4.2. La explotación sexual, incluyendo la pornografía	30
2.4.3. La explotación para realizar actividades delictivas	33
2.4.4. La extracción de sus órganos corporales	33

2.4.5. La celebración de matrimonios forzados	34
2.5. <i>Penalidad</i>	35
2.6. <i>Referencia al territorio</i>	35
2.7. <i>Protección de menores</i>	37
2.8. <i>Tipos cualificados</i>	37
V. EL NUEVO DELITO DE MATRIMONIO FORZADO	38
1. Análisis del precepto	38
<i>1.1. Primera modalidad de conducta típica</i>	<i>39</i>
1.1.1. Medios comisivos	40
1.1.2. Alusión a la gravedad en los medios	41
1.1.3. Finalidad	43
1.1.4. Motivación	45
1.1.5. Penalidad.....	45
<i>1.2. Segunda modalidad de conducta típica.....</i>	<i>46</i>
1.2.1. Medios comisivos	48
1.2.2. Consumación	49
2. Relación con la trata.....	49
3. Lo acertado o desacertado de incorporar un delito específico de matrimonio forzado	53
VI. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL.....	57
VII. ANEXOS.....	62
VIII. BIBLIOGRAFIA.....	67
IX. JURISPRUDENCIA	69
X. OTROS RECURSOS EMPLEADOS	70

I. ABREVIATURAS

AFDUCor.: Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

AJEE: Anuario Jurídico y Económico Escorialense

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Comunidad Europea

Coord.: Coordinador/a

Coords.: Coordinadores/as

CP: Código Penal

Dir.: Director/a

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DLL: Diario la Ley

El derecho: El derecho. Revista de Jurisprudencia.

EPyCrim: Estudios penales y criminológicos

FGE: Fiscalía General del Estado

JAI: El Consejo De Justicia y Asuntos De Interior

LO: Ley Orgánica

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

PE I: Parte Especial Tomo I

RDMyE: Revista de Derecho Migratorio y Extranjería

RDPyC: Revista de Derecho Penal y Criminología

RECPyC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

RGDP: Revista General de Derecho Penal

UE: Unión Europea

II. INTRODUCCIÓN

Me decanté por la trata de seres humanos como tema central de mi trabajo de fin de grado ya que en la asignatura correspondiente únicamente nos dio tiempo a dibujar el contorno de ese fenómeno. Además, la reforma de 2015 introdujo cambios al respecto y me pareció muy interesante indagar en ellos. Asimismo, observe que una de las modificaciones implicaba la introducción del matrimonio forzado como finalidad del delito de trata de persona, cuestión muy interesante puesto que la misma reforma prevé un tipo específico destinado a este fenómeno de matrimonios forzados. Así pues, observé una clara relación entre ambos delitos y decidí estructurar el trabajo de la siguiente manera: lo más adecuado para iniciarnos en el tema de trata de seres humanos es dibujar el marco normativo a lo largo de la historia. Una vez conocemos el origen del fenómeno y sus primeros pasos en la normativa, me adentro en el tipo de trata de seres humanos con detalle. Puesto que su relación con el nuevo delito específico de matrimonio forzado es inminente, dedico parte del trabajo a considerar este nuevo tipo y a relacionarlo con el delito de trata de seres humanos. Con todo, pretendo sacar una serie de conclusiones basadas en la lectura e investigación de una amplia bibliografía.

III. NORMATIVA

1. Normativa internacional

Antes de adentrarnos en el mundo de la trata de seres humanos resulta conveniente realizar un viaje al pasado para situarnos en el origen que dio lugar a considerar la tipificación penal de este fenómeno¹.

La Declaración de los Derechos Humanos determina que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona, así como condena la esclavitud y la servidumbre, señalándose la prohibición de la trata de esclavos en todas sus formas”.

Partiendo de esta consideración, no cabe duda de que por medio de la trata de seres humanos son vulnerados los principios generales recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como es la dignidad de las personas o su libertad.

¹ ESCRIBANO ÚBEDA- PORTUGUÉS en: *Nova et Vetera*, vol. 20, núm. 64, 2011, 133-150.

Debemos partir del concepto “trata de blancas”, como comercio ilícito de mujeres, para poder considerar el problema de la trata de personas que comenzó a despuntar a finales del siglo XIX.

Tras finalizar la Primera Guerra Mundial comienzan a surgir los instrumentos que mayor transcendencia van a tener en relación a este fenómeno que nos ocupa. Concretamente, en 1926 se firma la Convención sobre la Esclavitud en la que se considera “esclavitud” como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”.

Centrándonos en la trata de esclavos, ésta, a tenor de la Convención sobre la Esclavitud aprobada por la Sociedad de las Naciones el 25 de septiembre de 1926², conlleva “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

Un sector de la doctrina y, en concreto Hairabedián³, considera la trata de seres humanos como una forma moderna de hacer pervivir la esclavitud. Esclavitud que puede observarse desde el punto de vista de explotación sexual o dentro del ámbito de explotación laboral.

En 1949 se aprueba el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. Con posterioridad a este Convenio tiene lugar la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud en el año 1956. Con todo, Kevin Bales presidente de Free The Slaves, en su obra “Disposable people: New Slavery in the Global Economy”, considera la no erradicación de la esclavitud y añade que nos

²La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas, en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>

³ Señala Hairabedián en GRISSETTI y KAMADA en: *RDPyC*, núm. 4, 2014, 17 lo siguiente: “La trata de personas es una versión moderna e insidiosa de la esclavitud, muchas veces más larvada y disimulada que la institución en su sentido histórico, a punto tal que frecuentemente ni las víctimas –y desgraciadamente, en ciertos casos, la sociedad- no tienen cabal conciencia de la gravedad, extensión, injusticia y potencialidad dañosa de este fenómeno delictivo”. Además, añade que “este despreciable negocio obtiene su materia prima de los sectores más desprotegidos puesto que se nutre de la pobreza, la falta de trabajo, el subdesarrollo, la ignorancia, la discriminación de la mujer, la indefensión de los niños, las guerras, la violencia familiar, las restricciones migratorias y los desastres naturales”.

encontramos ante una institución que ha perdido su reflejo legal pero que ha sobrevivido a través de su modernización⁴.

Son de igual trascendencia tanto el Convenio enfocado a la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, como el que recoge el compromiso de los Estados para suprimir el tráfico de mujeres y la explotación para la prostitución femenina. Asimismo, cabe mencionar los relativos a la protección de la infancia y, en particular, los desarrollados en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes en el marco de la OIT⁵.

Resulta conveniente señalar dos instrumentos que surgen en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que son los Convenios nº 29 y nº 105⁶. El primero de los instrumentos solicita el compromiso por parte de los Estados en relación a la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio en cualquiera de sus manifestaciones. En ese momento ya se tiene una idea firme en cuanto a trabajo forzoso u obligatorio, considerando como tal “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” lo que supone un atentado contra la libertad.

El segundo de los instrumentos, el ya mencionado Convenio nº 105, se centra con mayor ahínco en conceptualizar lo que se entiende por trabajo forzoso u obligatorio.

Todos los pasos dados nos encaminan hacia el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de las Mujeres y Niños. Es aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución

⁴ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm.14, 2010, 824-825.

BALES se pronuncia en su obra “La nueva esclavitud en la economía global” en los siguientes términos: “El esclavo se consideraba propiedad del amo, constituía una posesión, una inversión que resultaba rentable en la medida en que trabajaba. En la esclavitud contemporánea las diferencias étnicas no son en absoluto determinantes, la esclavitud afecta a personas que se hallan en situación de pobreza. Los esclavos son baratos, los hay en abundancia y de cualquier raza, por lo que no es necesario ya cuidar una inversión que tampoco ha representado un gran dispendio. Por ello, si el siervo no puede trabajar o ya no son necesarios sus servicios, basta con deshacerse de él”.

⁵ RICHARD GONZÁLEZ/ RIAÑO BRUN/ POELEMANS, *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, 2013, 32.

⁶ ESCRIBANO ÚBEDA- PORTUGUÉS en: *Nova et Vetera*, vol. 20, núm. 64, 2011, 138-139.

55/25, de 12 de noviembre de 2000, que entra en vigor el 25 de diciembre de 2003, y que España ratifica el 1 de marzo de 2002⁷⁸.

Es el instrumento que por vez primera arroja una definición internacional que resulta jurídicamente vinculante y, por tanto, base y modelo a seguir por todos los países que lo ratificaron y forman parte del mismo. Puede interpretarse como el primer paso dado hacia la incriminación del delito de trata de personas como tal y el inicio de un largo sendero a recorrer que tiene por meta la armonización de las diversas legislaciones penales nacionales.

Resultan sorprendentes las disposiciones que el Protocolo de Palermo contiene en relación a la prevención y combate de la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños y a la protección y ayuda a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos. A todo ello, hay que añadir las medidas de prevención del fenómeno y cooperación entre los distintos estados parte.

Como estados parte podemos mencionar, entre otros, Alemania, Argentina, Bélgica, Cabo Verde, Colombia, Congo, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, México, Reino Unido, Uganda, que firman el Protocolo a lo largo del año 2000⁹¹⁰.

Es en este instrumento donde por vez primera se habla de las 3P's que hacen referencia a la prevención, protección y persecución del delito¹¹.

Aunque hasta el momento todo lo mencionado parece situarse en la parte positiva de la balanza, como es la introducción de definiciones, la exigencia de tipificación, la interposición de medidas de prevención y protección de víctimas, la cooperación entre estados, la seguridad y control de documentos, lo cierto es que

⁷ Fue la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 la que contempla dos Protocolos. Por un lado, el mencionado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños y por otro lado, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Así, lo indica OLAIZOLA NOGALES en su escrito "A vueltas con la "inmigración ilegal" y el nuevo delito de trata de personas".

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm.14, 2010, 830-833.

⁹ Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, apartado: Estados Parte.

¹⁰ La Unión Europea incorporó al Derecho Europeo el Protocolo nº1 para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas de la Convención de Palermo, por medio de la Decisión 1006/619/CE del Consejo.

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm.14, 2010, 831.

contiene una serie de puntos débiles como es que se traten únicamente los supuestos de delincuencia organizada transnacional o su carácter de tratado internacional que impide su aplicación directa si no se ostenta la firma y ratificación del Estado en cuestión para vincularlo.

En relación a la primera de las debilidades mencionadas, el considerar únicamente los supuestos de delincuencia organizada transnacional, supone limitar el alcance del instrumento de lucha a la delincuencia organizada cuando el delito de trata no necesariamente está vinculado a una red delictiva organizada. Además, se añade el carácter transnacional que no debería considerarse ya que quedan fuera todos aquellos supuestos que se den a nivel nacional.

Tal y como señala ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, la Delincuencia Organizada Transnacional encuentra su mayor fuente de financiación en la explotación sexual tanto de mujeres como de niños¹². Ambos considerados grupos vulnerables de la sociedad. Es por ello por lo que resulta de suma importancia el Primer Protocolo complementario a la Convención de Palermo en materia de lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Puede considerarse como un instrumento jurídico internacional fundamental en el ámbito de la lucha contra la violación de los derechos fundamentales de las mujeres y los niños ejercida por los grupos delictivos organizados¹³.

Siguiendo la labor iniciada en el año 2000 con el anteriormente mencionado Protocolo de Palermo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en 2010 el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas (Resolución 64/293), que indica “la necesidad de elaborar un plan de acción mundial contra la trata de personas”¹⁴.

En la misma línea, el 8 de noviembre de 2013, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Resolución 68/108, que tiene como finalidad la mejora de la

¹² ESCRIBANO ÚBEDA- PORTUGUÉS en: *Nova et Vetera*, vol. 20, núm. 64, 2011, 138.

¹³ ESCRIBANO ÚBEDA- PORTUGUÉS en: *Nova et Vetera*, vol. 20, núm. 64, 2011, 138-139.

¹⁴ Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018, 2015, en:

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/plan_integral_trata_18_septiembre_2015_2018.pdf

Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, 2010, en:

https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/64/a-res-64-293_S.pdf

coordinación de esfuerzos contra la trata de personas. De esta forma se pone de manifiesto la relevancia de la cooperación global contra la trata con el fin de garantizar la prevención y lucha contra este fenómeno. Asimismo, se pretende la protección integral de las víctimas a nivel regional, nacional e internacional implicando tanto a los Estados como a las organizaciones intergubernamentales y las no gubernamentales.

2. Normativa comunitaria

Centrándonos en la Unión Europea y siguiendo cronológicamente los pasos dados en materia de trata, nos situamos ante un creciente interés de las instituciones que encaminan sus acciones hacia la persecución del tráfico y la trata de seres humanos¹⁵.

Esta preocupación está latente incluso antes de la entrada en funcionamiento del Tratado de Ámsterdam y del desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia. Nos encontramos, en primer lugar, ante la Acción Común 96/700/JAI del Consejo, de 29 de noviembre de 1996, mediante la cual se constituye un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños.

En segundo término, debe hacerse mención a la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, que nuevamente se encamina hacia la lucha contra la trata y la explotación sexual de menores. Ambas acciones buscan armonizar las normativas penales europeas.

Pasando a un nivel político nos encontramos con múltiples programas que son el reflejo de esta prioridad que se otorga al fenómeno de la lucha contra la trata. Entre otros cabe mencionar el Programa de Tampere (1999-2004) en el que se acuerdan las orientaciones y prioridades políticas que deben guiar la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el de la Haya (2004-2009) que recoge las prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante ese periodo de tiempo y el hasta hace un año vigente Programa de Estocolmo¹⁶ (2010-2014)

¹⁵ RICHARD GONZÁLEZ/ RIAÑO BRUN/ POELEMANS, *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, 2013, 42-55.

ESCRIBANO ÚBEDA- PORTUGUÉS en: *Nova et Vetera*, vol. 20, núm. 64, 2011, 139-143.

¹⁶ Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano.

en la misma línea. Además de los mencionados podemos considerar el programa Stop¹⁷, el programa Daphne¹⁸ y el programa de Prevención y Lucha contra el Crimen con vigencia en el periodo 2007-2013.

Si se atiende a los desarrollos normativos experimentados en el epicentro de las Naciones Unidas, surgen en 2002, de un lado, la Decisión Marco 2002/946/JAI, cuya finalidad es reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación, y a la estancia irregulares y, de otro lado, la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio 2002, del Consejo de la Unión Europea.

Esta Decisión Marco (2002/629/JAI) sigue la estela dibujada por el Protocolo de Palermo adoptando un concepto muy similar al contenido en el mismo¹⁹. Únicamente añade como conductas típicas el intercambio o el traspaso de control sobre la persona y excluye como posible finalidad de explotación la extracción de órganos. Además, hace mención a la necesidad de considerar la inducción, complicidad y tentativa como punibles²⁰.

De la mano de la responsabilidad penal de las personas físicas se considera la responsabilidad de las personas jurídicas cuando “los hechos se hayan cometido en su provecho por quien, actuando a título individual o como integrante de un órgano de una personas jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de la misma o cuando una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica haya cometido estos hechos habiéndolo hecho posible la falta de vigilancia o control de quienes ostenten cargo directivo en la misma”²¹

¹⁷ Programa de la Comisión, entre 1996 y 2002 comprendido en dos etapas. Enfocado a la prevención y lucha contra la trata de personas y la explotación sexual de niños.

¹⁸ Aprobado por la Comisión en 2000 enfocado en la violencia ejercida sobre mujeres y niños así como a la trata.

¹⁹ Art. 3 del Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional determina lo siguiente: “Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm.14, 2010, 831-832.

²¹ El artículo 22 del Convenio de Varsovia determina lo que sigue: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para asegurarse de que puede hacerse responsable a las

Este instrumento tiene como objetivo principal la armonización tanto de las conductas delictivas como de las sanciones.

En el ámbito de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Consejo Ministerial de Maastricht aprueba en diciembre de 2003 el Plan de Acción de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) titulado “Luchando contra la trata de Seres Humanos”.

El Plan persigue la incorporación en la legislación criminal de los Estados parte de un tipo penal que sancione la trata así como la dotación de una serie de medidas encaminadas a la investigación del delito, el intercambio de información entre las autoridades que resulten en su caso competentes y el apoyo y protección a víctimas y testigos.

Resulta conveniente resaltar la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países víctimas de la trata de seres humanos u objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

También en 2004 se aprueba la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Esta Decisión Marco se ve desbancada en 2011 por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

En 2005 se decide incorporar al ya mencionado Plan de Acción de 2003, a través de la Decisión de la OSCE nº 685, unas medidas especiales de amparo y asistencia para niños y niñas víctimas de la trata²².

Cabe resaltar en ese mismo año 2005, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 16 de mayo de 2005, conocido como

personas jurídicas de las infracciones establecidas en aplicación del presente Convenio cometidas en beneficio de aquéllas por una persona física que actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica y que ejerza un poder de dirección en el seno de la misma”.

²² Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018, 2015, en:

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/plan_integral_trata_18_septiembre_2015_2018.pdf

Decisión nº 685 de la OSCE, en: <http://www.osce.org/es/pc/15937?download=true>

Convenio de Varsovia²³. Se puede considerar el instrumento que aborda de una forma más exhaustiva esta realidad.

Lo más importante del citado Convenio consiste en que pretende garantizar una protección mínima de los derechos de las víctimas a través del diseño de medidas de prevención y cooperación así como la introducción de medidas protectoras y promotoras de los derechos de las víctimas al margen del eventual proceso penal y dentro del mismo. Puede ser considerado como el instrumento que consagra la visión orientada a la víctima²⁴.

Asimismo, incide en cuestiones como la cooperación internacional en la lucha contra el problema y prevé un mecanismo que ayude al seguimiento del fenómeno.

Debemos mencionar que la Unión Europea cuenta con una regulación específica plasmada en la Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011 del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

La Directiva aboga por un enfoque integrado y global centrado en los derechos humanos y en las víctimas, y promulga el necesario tratamiento del fenómeno desde una perspectiva de género. Además, no se centra únicamente en la restricción del fenómeno de la trata, sino que fija como objetivo la prevención y la garantía a las víctimas de una recuperación y reintegración a la sociedad²⁵.

Ya en 2012, sustituyendo la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo²⁶, surge la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por

²³ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm.14, 2010, 832-833.

Ratificado por España el 2 de abril de 2009 (BOE de 10 de octubre de 2009), que entró en vigor el 1 de febrero de 2008.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE en: *RECPyC*, núm.13-14, 2011, 6-21.

Preámbulo del Convenio de Varsovia: “Considerando que la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas; Considerando que la trata de seres humanos puede llevar a una situación de esclavitud para las víctimas; Considerando que el respeto a los derechos de las víctimas, la protección de éstas y la lucha contra la trata de seres humanos deben ser los objetivos primordiales”.

²⁵ RICHARD GONZÁLEZ/ RIAÑO BRUN/ POELEMANS, *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, 2013, 56.

²⁶ Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOUE L 82, del 23).

medio de la cual se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Hay que resaltar que la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones, de 19 de junio de 2012, de la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), es considerado el instrumento esencial para poder llevar a cabo las medidas concretas que favorezcan la aplicación de las previsiones recogidas en la Directiva 2011/36/UE.

Por último, también en el ámbito europeo, la trata y la explotación sexual se recogen como formas de violencia contra la mujer en el Convenio europeo núm. 210 sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica²⁷, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que define y criminaliza diversas formas de violencia contra las mujeres, como el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el acoso sexual o la violencia física y psicológica contra las mujeres²⁸.

3. Normativa nacional

Comenzamos considerando el CP español de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre) a través del cual únicamente se sanciona parcialmente la trata de seres humanos. La respuesta penal frente a este fenómeno se recoge dentro de los “delitos contra los derechos de los trabajadores” en el Título XV del Libro II del CP²⁹. Se

²⁷ En vigor desde el 1 de agosto de 2014, ratificado por España el 11 de abril de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014) y con entrada en vigor el 1 de agosto de 2014.

²⁸ Preámbulo Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica: “Reconociendo que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación; Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres; Reconociendo con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres; Aspirando a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica”.

²⁹ “Artículo 311

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

contemplan dos delitos específicos, por un lado el delito de contratación ilegal de trabajadores extranjeros y por otro, la inmigración clandestina de trabajadores a través del tráfico ilegal de personas con fines de explotación laboral³⁰.

Con todo, debe considerarse como la primera aproximación de tipificación del tráfico ilegal de personas en el ámbito de la legislación penal española.

Puesto que únicamente se contemplan la situación de los trabajadores se dio una tendencia, por parte de los juzgados y tribunales, consistente en ampliar excesivamente el concepto de “trabajador” para poder incluir dentro del delito de tráfico de personas aquellas conductas que se realizaban con fines no de explotación laboral sino sexual. Es por ello, por lo que se llega a definir trabajador como la persona que habitualmente presta sus servicios a través de una organización y dirección que le son ajenas³¹.

A través de la ley Orgánica 11/99, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del CP, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre³², se incluye el tráfico con fines de explotación sexual cuyo contenido pasa a regularse en el Capítulo V bajo el título “Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”³³. La introducción de este nuevo delito responde a las llamadas de la Unión

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Artículo 312

1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

Artículo 313

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”.

³⁰ GAVILÁN RUBIO en: *AJEE*, vol. 48, núm. 2, 2015, 118-125.

³¹ GAVILÁN RUBIO en: *AJEE*, vol. 48, núm. 2, 2015, 119.

³² Es su exposición de motivos se determina lo siguiente: “los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido CP de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual”.

³³ “Artículo 188

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Europea en materia de lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

Pasamos a considerar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la cual implanta una regulación más extensa y perfeccionada del tráfico ilegal de personas. Se incorpora el Título XV bis llamado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”³⁴.

A través de la ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se lleva a cabo una ampliación del tipo penal al castigarse la participación de forma directa o indirecta.

La modificación más importante hace referencia a la introducción de la “inmigración clandestina de personas” junto al tráfico ilegal de personas en el tipo básico³⁵. La unión de estos conceptos trajo una importante polémica que se estudiará con detalle.

El siguiente paso lo marca la ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Esta ley modifica la ley Orgánica del Poder Judicial, para incluir estos delitos dentro del

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”.

³⁴ Se introduce un nuevo Título XV bis sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros con la siguiente redacción:

“Artículo 318 bis.

1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.”

³⁵ Por medio del Artículo 318 bis que considera lo que sigue: “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión”.

criterio de competencia de la justicia universal, ampliando el elemento geográfico de los delitos de los artículos 318 bis. 1 CP y 313 CP, por medio de la incorporación de cualquier otro país de la Unión Europea junto a España como lugar del traslado de personas.

Por último, la ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce un nuevo Título VII bis en el Libro II del CP, bajo el título “De la trata de seres humanos” y formado por un único artículo, el 177 bis.

Este nuevo artículo nace, como en otras muchas ocasiones, de las exigencias enunciadas por el legislador europeo que dan lugar a múltiples modificaciones y adaptaciones de nuestra normativa nacional.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Antes de adentrarme en el análisis exhaustivo del artículo 177 bis sobre la trata de seres humanos resulta conveniente tener presente una serie de aspectos.

1. Cuestiones previas

1.1. Tráfico ilegal o inmigración clandestina

Como hemos mencionado en el apartado anterior, el tratamiento diferenciado del tráfico ilegal o inmigración clandestina y la trata de personas es un aspecto muy meditado y reclamado de forma unánime por la doctrina³⁶. En el ámbito del CP español es a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se separan en dos artículos diferenciados la trata de personas (art. 177 bis) y el tráfico ilegal o inmigración clandestina (art. 318 bis).

Esta diferenciación resulta imprescindible³⁷ para cumplir con los mandatos internacionales³⁸. Además, se pueden apreciar algunas diferencias entre ambos

³⁶ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 459-489.

FERRÉ OLIVÉ en: *RGDP*, núm.22, 2014, 5-6.

³⁷ Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la reforma operada por LO 5/2010.

³⁸ Ya en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 se diferencia entre la trata de personas y el tráfico ilícito de inmigrantes y así lo demuestran su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y su Protocolo contra el

fenómenos. Destacamos las siguientes³⁹: 1) La protección de distintos bienes jurídicos.; 2) El consentimiento de la persona; 3) El carácter transnacional del fenómeno; 4) La consumación del delito.

2. Análisis del artículo de trata de personas

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, nos centramos en el delito de trata de personas del artículo 177 bis, el cual queda regulado de forma autónoma por la LO 5/2010 bajo el Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos”. El mencionado Título VII bis está compuesto por un único artículo, el 177 bis. Su contenido es el siguiente:

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere,(se excluye “o la alojare”) incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*

tráfico ilícito de migrantes por tierra mas y aire, a través de los cuales se aprecia la mencionada distinción.

Señala MAYORDOMO RODRIGO en su artículo “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, publicado en EPyCrim., que a través del artículo 177 bis se hace prácticamente una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, completada con algunas precisiones provenientes de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 julio de 2002.

VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm.14, 2010, 821-824.

³⁹ Se añade tabla comparativa en Anexo 1 donde se matizarán estas diferencias.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”.

2.1. *Bien jurídico*

El bien jurídico protegido, aceptado unánimemente por la doctrina, en el art. 177 bis es la dignidad humana. Las conductas que engloban el tipo de trata de seres humanos lesionan de forma directa la libertad y la integridad moral del sujeto pasivo. Hay que tener presente que esta vulneración de la libertad y la integridad moral supone una mercantilización y cosificación de la persona lo que trae aparejado un trato degradante hacia la misma. Por medio de la trata se atenta contra la libertad y la dignidad de la persona lo que supone negarle la condición de ser humano a la víctima del delito⁴⁰.

BOLAÑOS VÁSQUEZ repara en que además del bien jurídico dignidad humana, es necesario considerar la puesta en peligro de los bienes jurídicos que pueden verse en peligro por las conductas explotadoras, como podrían ser la libertad sexual, los derechos laborales o la salud del sujeto pasivo⁴¹.

GAVILÁN RUBIO se pronuncia en relación al bien jurídico protegido considerando como tal la dignidad humana y la integridad moral. Por un lado, la integridad moral es definida por el Tribunal Constitucional como “el derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos”⁴² y por otro lado, la dignidad humana es considerada como base de todos y cada uno de los derechos fundamentales⁴³.

2.2. *Conducta típica*

Antes de analizar todas y cada una de las conductas típicas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, intercambio o transferencia de control sobre las víctimas, que se plasman en el primer apartado del artículo 177 bis CP, observamos que la acción de

⁴⁰ BOLAÑOS VÁSQUEZ en: *RDMyE*, núm. 34, 2013, 2-3.

⁴¹ BOLAÑOS VÁSQUEZ en: *RDMyE*, núm. 34, 2013, 3-6.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990 de 02/07/1990.

⁴³ GAVILÁN RUBIO en: *AJEE*, núm. 48, 2015, 122.

alojar (sinónima de acoger) ha sido suprimida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP⁴⁴.

Debemos considerar que el significado jurídico de los verbos empleados por el legislador a la hora de relacionar las conductas típicas no puede quedar limitado a su sentido semántico, ya que dependen del medio comisivo empleado en cada caso y de su obligada interconexión.⁴⁵

2.2.1. Captar

Atendiendo a la Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, la *captación* debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, eso es, para ser desplazada o movilizada. Según MAYORDOMO RODRIGO la captación debe ser entendida como el vencimiento de la voluntad de la víctima que determina la introducción de la persona traficada en el ámbito de dominio del traficante o explotador⁴⁶. Siguiendo la línea marcada por VILLACAMPA ESTIARTE tenemos que considerar que la captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas de la trata, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio como puede ser el cierre de algún tipo de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue a la persona víctima de trata⁴⁷.

2.2.2. Transportar

Siguiendo con los términos arrojados por la Circular 5/2011, el *transporte* sólo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro, cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de un tercero.

2.2.3. Trasladar

⁴⁴ SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, 2015, 193.

⁴⁵ Así queda plasmada esta idea en la Circular 5/2011 de la FGE, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

⁴⁶ MAYORDOMO RODRIGO en: *EPyCrim.*, núm. 31, 2011, 353-354.

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 843.

En cuanto al *traslado*, si atendemos a su interpretación gramatical, podría considerarse como sinónimo de transporte ya que la Real Academia de la Lengua define trasladar como “llevar a alguien de un lugar a otro”. Sin embargo, hay quienes con el afán de diferenciar los términos transporte y traslado, consideran el traslado como la entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima. En la misma línea se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE concibiendo el traslado como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta, por ejemplo.

A mi juicio, esta mencionada interpretación del traslado, diferenciándolo del transporte, carece de sentido a la luz de la nueva redacción del artículo 177 bis a través de la LO 1/2015. Digo carece de sentido puesto que en la actual redacción del precepto se hace mención expresa a “la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima [...] incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas” y, es por ello, por lo que ya no es necesario dotar de mayor significado al concepto trasladar para incluir dichas conductas de traspaso de control. Por tanto, considero que debe tratarse como sinónimo de transporte⁴⁸.

2.2.4. Acoger

La conducta de *acoger*, supone el recibimiento y albergue de la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes⁴⁹. Se puede entender acoger como servir de refugio o albergue a alguien⁵⁰. Podemos apreciar cómo tras la reforma operada por la LO 1/2015, se suprime como conducta la de alojar por ser considerada sinónima de acoger.

2.2.5. Recibir

Por lo que respecta a *recibir* puede considerarse como salir al encuentro de una persona o puede ser considerada como el recibimiento de la persona traficada a efectos de ser explotada⁵¹.

⁴⁸ Así queda pasmado por SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, que entiende tanto transportar como trasladar como llevar o conducir a una persona de un sitio a otro.

⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 844.

⁵⁰ SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, 2015, 194.

⁵¹ MAYORDOMO RODRIGO en: *EPyCrim.*, núm. 31, 2011, 354.

2.2.6. Intercambiar o transferir el control sobre las víctimas

Como novedad incorporada por la LO 1/2015 señalamos la conducta *de intercambio o transferencia de control* sobre las personas objeto de trata, ya sea al inicio o durante el transcurso de la misma. Se utiliza a estas personas como meras mercancías objeto de una actividad económica.

Respecto al intercambio, éste puede suponer cambiar unas personas por otras o bien cambiar a unas personas por bienes o contraprestaciones en especie (drogas o armas, entre otras). A dicho intercambio se añade el cambio de personas por prestación de servicios.

Por su parte la transferencia de control sobre una persona víctima de trata lleva aparejada la cesión mediante precio o no de la persona (ánimo de lucro o sin ánimo de lucro)⁵².

2.3. Medios comisivos

Pasamos a analizar los medios comisivos *violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, incluidos en el artículo 177 bis CP.*

2.3.1. Violencia

Acudiendo a diversa jurisprudencia, podemos entender *violencia* como la “fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro”⁵³. En similares términos hace alusión a

⁵² SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, 2015, 195.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1367/2004 del Tribunal Supremo Sala 2º de lo Penal de 29/11/2004: “pues es sabido que el primer medio comisivo (refiriéndose a violencia) equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro”.

Sentencia del Tribunal Supremo núm.17/2014 Sala 2º de lo Penal de 28/01/2014: “equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro”.

violencia GAVILÁN RUBIO al considerar que “la violencia supone el uso de la vis física o vis compulsiva, o lo que es lo mismo, el uso de la fuerza física o moral”⁵⁴.

2.3.2. Intimidación

La intimidación se corresponde con la “fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, que son dirigidas a la víctima o a un tercero, que será normalmente algún familiar”, con el fin de someter la voluntad de la víctima⁵⁵. Añade GAVILÁN RUBIO que la intimidación consiste en conminar al sujeto pasivo de modo que le inspire un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego, sin que sea necesario el empleo de palabras con tintes amenazantes si la actitud es concluyente⁵⁶.

2.3.3. Engaño

Se considera que el *engaño* equivale al “fraude o maquinación fraudulenta, que comprende cualquier tipo de cebo o señuelo que resulte suficiente para viciar la voluntad de la víctima”, según las circunstancias de cada caso concreto. Debe considerarse, por tanto, cualquier maquinación fraudulenta que pueda constituir engaño. Siempre teniendo presente que tales conductas engañosas deben versar sobre la finalidad de trata.

El medio de engaño más empleado es proponer ofertas de trabajo o emplear la contratación simulada⁵⁷. Algo llamativo es considerar como medios la seducción amorosa e incluso las técnicas de fascinación como el hechizo o el vudú⁵⁸.

⁵⁴ GAVILÁN RUBIO en: *AJEE*, núm. 48, 2015, 115.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1367/2004 Sala 2º de lo Penal de 29/11/2004: “se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas”.

En la misma línea encontramos la Sentencia núm. 1425/2005 del Tribunal Supremo Sala 2º de lo Penal de 05/12/2005.

⁵⁶ GAVILÁN RUBIO en: *AJEE*, núm. 48, 2015, 115.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1588/2001 Sala 2ª de lo Penal de 17/09/2001: “utilizando como señuelo para su aceptación la oferta de un trabajo como camareras en un hotel”.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 951/2009 Sala 2º de lo Penal de 09/10/2009: “las captaban ofreciéndole falsas expectativas de empleo y a la vez las sometían a ceremonias de vudú para garantizar así su dependencia emocional; Para vencer la resistencia de las chicas, también utilizaban como elemento de presión, el anuncio de males que pudieran surgir a raíz del vudú al que se sometía a las jóvenes y el anuncio de daños a sus familiares; empleo de medios coercitivos mediante la práctica ritual del vudú o con amenazas de muerte o palizas”.

2.3.4. Abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima

Se alude al mismo tiempo al *abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima*. Las citadas modalidades de abusos comprenden aquellas relaciones específicas en las que el sujeto activo prevalece sobre la víctima, lo que lleva aparejada, bien una situación de superioridad respecto a ella, bien un estado de necesidad por penuria económica, drogodependencia o situaciones similares, o bien su específica vulnerabilidad, que puede deberse a su corta edad, desconocimiento de la lengua, enfermedad u otra condición similar⁵⁹.

Cabe señalar, a la luz de la ya mencionada Circular 5/2011 del Ministerio Fiscal, que entre los supuestos de situación de superioridad o vulnerabilidad se contemplan “no solo los que tengan su causa en el pleno sometimiento de la víctima al padre, marido, patriarca o líder comunitario que todavía se producen en determinadas culturas, sino también aquellos en que la víctima se encuentre previamente tratada o en régimen asimilable a la esclavitud”⁶⁰.

VILLACAMPA ESTIARTE hace alusión al informe explicativo del Convenio de Varsovia en el cual se indica que la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: “física, psicológica, emocional o familiar, social o económica, de manera que puede incluir supuestos de inseguridad relacionados con la residencia legal de la víctima en el país de destino, dependencia económica o salud frágil”. Asimismo, debe aclararse que no basta con que la víctima o el autor se hallen en una de estas situaciones, sino que es necesario que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata⁶¹.

La LO 1/2015, por su parte, da una interpretación auténtica y conjunta de las situaciones de necesidad y vulnerabilidad equiparándolas. Entiende que concurren

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 249/2011 Sala 2º de lo Penal de 01/04/2011: “pero además la atemorizaba con realizar actos de vudú a sabiendas de las creencias existentes en su sociedad y que la víctima seguía”.

⁵⁹Sentencia del Tribunal Supremo núm. 17/2014 Sala 2ª de lo Penal de 28/01/2014, se exprese en los siguientes términos: “se añaden diversas modalidades de abusos, que no son sino relaciones específicas de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, y que se originaría, bien en una situación de superioridad respecto a ella (v. gr. superior jerárquico), bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra (v. gr. penuria económica, drogodependencia, etc.) bien en su específica vulnerabilidad (por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar)”.

⁶⁰ Circular 5/2011 de la FGE, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

⁶¹ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 845.

cuando la víctima “no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Sin embargo, la Directiva 2011/36/UE ciñe la mencionada definición a la situación de vulnerabilidad. En definitiva, se trataría de la imposibilidad de la víctima de haber podido optar por otra conducta en el contexto en el que se produjo la trata, lo que merecerá un análisis de caso por caso⁶².

Los mencionados medios comisivos son alternativos, esto es, que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en todas sus fases. Es por ello por lo que debe permanecer el mismo a lo largo de todo el proceso. En contraposición, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y transportar con violencia, por ejemplo⁶³.

2.3.5. Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima

Otra de las novedades arrojadas por la LO 1/2015 consiste en la incorporación dentro de los medios comisivos del tenor literal “*o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*”. Lo llamativo de este nuevo medio comisivo es que no recae directamente sobre la víctima sino que lo hace sobre las personas que ostentan el control sobre ella como pueden ser los padres, tutores o guardadores, o los explotadores, todo ello mediante contraprestaciones económicas. Carece de sentido la disyunción entrega o recepción ya que cualquier entrega lleva aparejada la recepción por parte de otra persona, resultado ambas partes sujetos activos de la trata⁶⁴.

Según VILLACAMPA ESTIARTE con la incorporación de este medio comisivo se pretende “reflejar de forma más comprensiva [...] los supuestos de venta, permuta o alquiler de personas víctimas de trata a que se refiere la conducta típica de intercambio o transferencia de control sobre las víctimas”⁶⁵.

Puede cuestionarse, en parte, la incorporación de este nuevo medio comisivo si nos planteamos que la conducta añadida puede quedar incluso en otro de los medios

⁶² SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, 2015, 195.

⁶³ Circular 5/2011 de la FGE, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

⁶⁴ SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, 2015, 195.

⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE en: *DLL*, núm. 8554, 2015, 5.

comisivos previstos. ¿Es realmente necesario plantear como medio comisivo la entrega o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de la persona que ostenta un control sobre la víctima o, se podría considerar esta conducta dentro del medio comisivo “abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”? Si nos planteamos la situación, no poco habitual, en la que un padre de familia, con autoridad sobre sus hijos, accede a la venta de uno de ellos por encontrarse en una situación de desesperación económica, podríamos hablar de un abuso de situación de necesidad. Además, no en pocas ocasiones, juega un papel fundamental a la hora de tomar este tipo de decisiones las situaciones de necesidad extrema por las que pueden pasar las familias que ven como única salida la venta de sus propios hijos por llegar incluso a considerarlos como “carga”.

A la vista de que existen algunas dificultades para encajar todas las conductas en los originales medios comisivos, quizás no esté de más recoger este supuesto expresamente para evitar problemas de si se puede o no aplicar alguno de los otros medios comisivos ya contemplados antes de la reforma.

Una cuestión innecesarias por considerarse redundante es la que hace referencia a que la víctima sea nacional o extranjera puesto que no cabe otra posibilidad que la de ser nacional o extranjero en y respecto a un determinado territorio⁶⁶. Además, en la trata la nacionalidad es irrelevante puesto que en ningún instrumento internacional vinculante para España se hace depender la penalidad del territorio. Con todo, rige el principio de justicia universal por lo que el delito será perseguido con independencia del lugar en el que se cometa. Asimismo, tenemos que tener presente que el delito de trata protege la integridad moral y la dignidad de las personas, es por ello por lo que hacer referencia al territorio, a mi juicio, carece de sentido.

Una vez considerados los tipos comisivos, podríamos realizar una valoración sobre los mismos. En este tipo penal de trata de seres humanos podemos apreciar el agrupamiento de todos los medios comisivos estableciendo una pena uniforme independientemente del medio empleado. Es decir, en el delito de trata, a la luz del precepto, resulta indiferente captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o que se

⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 843.
OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 459-489.

produzca una transferencia o intercambio de control sobre la víctima mediante violencia, intimidación o engaño. ¿Es lo mismo transportar con violencia que hacerlo por medio del engaño? ¿Es lo mismo captar a la víctima empleando intimidación que haciendo uso de técnicas engañosas? A mi juicio, llevar a cabo la conducta típica empleando uno u otro medio comisivo no debería de llevar necesariamente a la misma responsabilidad penal⁶⁷.

2.4. Finalidades

Pasamos a considerar las finalidades. Se recogen como finalidades en el tipo las siguientes:

2.4.1. La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

Cabe mencionar la definición otorgada por el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, en relación al trabajo forzoso, de 26 de junio de 1939. Encontramos dicha definición en su artículo 2.1 que califica el trabajo forzoso u obligatorio como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Según apunta VILLACAMPA ESTIARTE, la amenaza se interpreta en sentido muy amplio, y pueden integrarla tanto la amenaza de una sanción penal, como la privación de derechos, o de violencia o de muerte de la víctima o sus familiares. Añade que debe considerarse la existencia de consentimiento únicamente cuando se otorga libremente y cabe la posibilidad de revocarlo⁶⁸.

En la misma línea, encontramos el artículo 1.1 de la Convención sobre la esclavitud, de 25 de septiembre de 1926, en la que se considera situación de esclavitud

⁶⁷ A modo de ilustración y para poder observar el cambio de criterio que se produce en el CP respecto a esta cuestión, podemos analizar los delitos sexuales. Se considera agresión sexual cuando el sujeto activo atenta contra la libertad sexual del sujeto pasivo por medio de violencia o intimidación. En este caso la pena establecida es de entre 1 y 5 años de prisión. Por su parte, el abuso se considera cuando sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, se realizan actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. La pena que se reconoce para el abuso sexual está comprendida entre 1 y 3 años de prisión, estableciendo, además, una posible pena de multa. A la luz de los mencionados delitos observamos que el legislador realiza una importante distinción, estableciendo una pena superior en los casos en los que se emplea violencia o intimidación y fijando una pena de prisión inferior o de multa cuando no están presentes ni la violencia ni la intimidación.

⁶⁸ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 847.

“el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”⁶⁹.

VILLACAMPA ESTIARTE reflexiona en relación a la inclusión de un delito específico de esclavitud (actualmente se prevé la esclavitud dentro del delito de trata de seres humanos como finalidad) ya que la trata constituye el proceso hacia la esclavización y en ningún caso el mantenimiento y explotación de un esclavo puede ser considerada una conducta de menor entidad⁷⁰. Considero interesante la propuesta de inclusión de un tipo específico en relación a la esclavitud ya que no es lo mismo castigar la trata como medio que lleva a una persona a encontrarse en una situación de esclavitud, que castigar la situación de esclavitud en sí misma. La propuesta resulta sugerente, pero quizás podrían aplicarse los delitos actuales de amenazas, coacciones, delitos de torturas, delitos contra la integridad moral, etc. Por tanto, la propuesta merece un estudio exhaustivo en el que no puedo detenerme en el presente trabajo.

Por su parte, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 30 de abril de 1956, reclama la necesaria prohibición de la servidumbre por deudas⁷¹, de la servidumbre de greba⁷², y según el artículo 1 en su apartado c) de la propia Convención⁷³, de toda institución o práctica en virtud de la cual: “i) Una mujer, sin que

⁶⁹ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 481-482.

⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE en: *DLL*, núm. 8554, 2015, 12-13.

⁷¹ Artículo 1. a) de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 30 de abril de 1956: se prohíbe “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”

Entendida por OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 482, como “prestación de servicios personales como pago de una deuda sin limitar su duración ni definir su naturaleza”.

VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 847-848.

⁷² Artículo 1. b) de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 30 de abril de 1956: “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”.

Entendida por OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 482, como “obligación a vivir y trabajar sobre la tierra de otro y a prestar determinados servicios”.

VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 847-848.

⁷³ Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 30 de abril de 1956, art. 1. c).

VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 847-848.

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 personas⁷⁴; 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”. Además, se añade un último apartado en el artículo 1 de la Convención Suplementaria⁷⁵, ya mencionada, en el que se reclama la abolición o abandono de “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”.

Por lo que respecta a la mendicidad, consiste en el acto de pedir limosna⁷⁶. MAYORDOMO RODRIGO, hace referencia a la mendicidad forzosa considerándola como una forma de trabajo o servicio forzoso atendiendo al Convenio nº29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio de 1930⁷⁷. Se considera, además, la inclusión de aquellos supuestos en los que se explota la mendicidad ajena a través de la sustracción de todo o parte de lo recaudado⁷⁸.

2.4.2. La explotación sexual, incluyendo la pornografía

Para poder vislumbrar las conductas que quedan incluidas dentro del concepto de explotación sexual, debemos determinar si cualquier ejercicio de prostitución constituye o no explotación sexual⁷⁹.

Hay que considerar, en primer término, la existencia de diversas posiciones políticas al respecto que van desde los sistemas prohibicionistas que consideran la prostitución como un mal social que se debe erradicar en toda su extensión

⁷⁴ La LO 1/2015 en su reforma incluye como finalidad la del matrimonio forzado. Además, el CP español incorpora en su artículo 172 bis una tipificación expresa al delito de matrimonios forzados que desarrollaré en profundidad en el siguiente epígrafe.

⁷⁵ Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 30 de abril de 1956, art. 1. d).

⁷⁶ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 482.

⁷⁷ MAYORDOMO RODRIGO en: *REPCrim.*, núm. 31, 2011, 353-354.

⁷⁸ SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), *PE I*, 2015, 196.

⁷⁹ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 484.

considerando delincuentes a quien la ejerce, pasando por los sistemas abolicionistas que tratan la prostitución como un mal social pero que no entran a legalizar ni prohibir, y llegando a los sistemas reglamentaristas que califican la prostitución como una actividad laboral. España se encuentra entre los defensores de la abolición ya que se observa la prostitución como un mal social, si bien no entra a legalizarla ni prohibirla. Bien es cierto que se tipifica como delito el proxenetismo, es decir, el lucro que una tercera persona pueda obtener de la prostitución de otros⁸⁰.

Las teorías abolicionistas “afirman que toda prostitución de la mujer se debe ver como una violación de los derechos humanos y como una forma de violencia contra ella”. Desde este punto de vista, la forma de proteger a las mujeres es castigando a cualquiera que intervenga en su explotación, desde el inductor al cliente⁸¹.

Centrándonos en el concepto desde un punto de vista penal, OLAIZOLA NOGALES cree que el CP “opta por la no consideración de cualquier ejercicio de la prostitución como explotación”. Si observamos las conductas recogidas en el artículo 188 del CP, la prostitución es considerada delito cuando: se emplee alguno de los medios comisivos que coartan la voluntad de la víctima. Estos medios comisivos coinciden con los señalados en el artículo 177 bis CP. Se considera la posibilidad de que un sujeto determine a una persona a ejercer la prostitución y ésta acepte⁸².

La segunda de las conductas contempladas en el mencionado artículo 188, recoge los supuestos en los que una persona se lucra explotando la prostitución. En estos casos, se exigirá algo más que un lucro, se exigirá la explotación⁸³.

Si atendemos a la definición arrojada por el Diccionario de la Real Academia Española, explotar significa “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”. Todo ello nos lleva a considerar que la explotación debe llevar aparejada el abuso por parte del autor sobre la víctima. En la misma línea, la jurisprudencia considera que “forma también parte del concepto de explotación el

⁸⁰ GAVILÁN RUBIO en: *AJEE*, núm. 48, 2015, 106.

⁸¹ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 484.

⁸² OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 485.

⁸³ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 485.

carácter abusivo, reiterado, del aprovechamiento que el tratante aspira a obtener de la víctima”⁸⁴.

Ahondando en la idea anterior, CASADO CABALLERO entiende que la explotación sexual de seres humanos supone la mercantilización del cuerpo humano como objeto sexual⁸⁵.

Según MAQUEDA ABREU la explotación implica que las víctimas son controladas en todo momento, sufren amenazas hacia su propia persona y hacia sus familiares, son violadas, golpeadas e incluso asesinadas cuando muestran algún tipo de resistencia al llevar a cabo los actos sexuales que les son impuestos⁸⁶. Añaden CASTELLANOS TORRES/ RANEA TRIVIÑO que el abuso sufrido por las víctimas puede incluir tanto la violencia física como la sexual o la psicológica. En muchos casos se les obliga a consumir drogas y alcohol, se les restringe el contacto social, son marginadas y manipuladas. Las condiciones de vida en las que se encuentran son calificadas, en algunos casos, como de inhumanas.

Con todo, el legislador a través de la locución *explotación sexual* pretende considerar aquellas actividades sexuales que puedan encajar en el ámbito de la prostitución coactiva, así como el alterne⁸⁷ o los calificados como masajes eróticos⁸⁸. Además, se considera cualquier otra práctica de naturaleza erótico– sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o «strip tease»⁸⁹ o en la pornografía⁹⁰ a la que se hace mención expresa en el articulado. La pornografía comprendería cualquier acto encaminado a la confección de material audiovisual en el “que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas”⁹¹. Todas estas

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2015 Sala 2ª de lo Penal de 13/05/2015.

⁸⁵ CASADO CABALLERO en: VÁZQUEZ BERMÚDEZ, *Logros y retos: Actas de III congreso universitario nacional "Investigación y género"*, 2011, 253-273.

⁸⁶ MAQUEDA ABREU en: *Jueces para la democracia*, núm. 38, 2000, 25-29.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 728/2005 Sala 2ª de lo Penal de 09/06/2005: “la sentencia condena por el ejercicio de la actividad de alterne” “se hallaba una persona encargada específicamente de impedir que abandonara el club de alterne en el que se encontraba”.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 556/2008 Sala 2ª de lo Penal de 17/09/2008: “dedicándose a dar masajes de tipo erótico”.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1428/2000 Sala 2ª de lo Penal de 23/09/2000: “así como efectuar espectáculos de "striptease"”.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 651/2006 Sala 2ª de lo Penal de 5/06/2006: “la explotación sexual que no significa necesariamente prostitución, como podría ser la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico”.

⁹¹ SANTANA VEGA en: CORCOY BIDASOLO (Dir.), PE I, 2015, 196, se pronuncia al respecto considerando que la finalidad de explotación sexual debe incluir la realización de cualquier delito contra

actividades deben darse bajo una esfera de abuso ya que hemos considerado que dicho abuso permanece presente en la explotación sexual que nos atañe.

2.4.3. La explotación para realizar actividades delictivas

La explotación para realizar actividades delictivas ha sido incorporada como finalidad por la LO 1/2015. Este fin fue incorporado en la Directiva 36/2011/CE la cual en su exposición preliminar, explica que “debe entenderse como la explotación de una persona con la finalidad de que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”.

La explotación debe ser comprendida como coacción contemplada por el Diccionario de la Real Academia como “fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”.

2.4.4. La extracción de sus órganos corporales

La extracción de sus órganos corporales. Siguiendo el Protocolo de Palermo y la Directiva 2011/36/UE, se considera como finalidad la extracción de órganos corporales de la persona traficada pero no así la de tejidos. Si acudimos al Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002, podemos observar en su artículo 22 la prohibición expresa de tráfico de órganos o de tejidos⁹². Tal y como indica MAYORDOMO RODRIGO, la extracción de órganos es una práctica que puede estar relacionada con el

la libertad o indemnidad sexual realizada sin o con consentimiento viciado de la víctima como agresiones sexuales, abusos sexuales, exhibicionismo, prostitución, incluyen además la pornografía. Se considera asimismo la explotación en beneficio del propio tratante.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 373/2011 Sala 2ª de lo Penal de 13/05/2011: “la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social”.

⁹² En las primeras líneas del Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002, se hace referencia a lo que sigue: “El día 27 de noviembre de 2006 el Plenipotenciario de España firmó en Estrasburgo el Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, hecho en dicha ciudad el 24 de enero de 2002”.

tráfico de órganos y que constituye una grave violación tanto de la dignidad humana como de la integridad física⁹³.

La Circular 5/2011 considera que normalmente la extracción del órgano se realizará para ser posteriormente traficado o trasplantado. Lo cierto es que de la redacción del artículo 177 bis CP no parecen excluirse otras posibilidades como la extracción como parte integrante de un ritual o ceremonia aberrante (rito satánico, por ejemplo).

Tenemos que tomar en consideración el artículo 156 bis⁹⁴ que recoge de forma más extensa y concreta el tráfico ilegal de órganos. El mencionado artículo 156 bis sanciona la extracción del órgano en sí misma mientras que el artículo 177 bis, por su parte, sanciona por tener la finalidad de extracción. Es, por tanto, el artículo 177 bis un camino que lleva a la extracción. La misma Circular 5/2011 opta por considerar la aplicación del artículo 177 bis cuando el órgano extraído no fuera principal. Eso sí, una vez practicada la extracción, el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido⁹⁵.

2.4.5. La celebración de matrimonios forzados

Como última y novedosa finalidad, incorporada por la LO 1/2015, encontramos *la celebración de matrimonios forzados*. Tal y como señala VILLACAMPA ESTIARTE nos situamos frente a una conducta que venía siendo interpretada como una forma de trata para explotación sexual, pero que bien podría incriminarse a través de un concepto amplio de servicios forzados⁹⁶.

⁹³ MAYORDOMO RODRIGO en: EPyCrim., núm. 31, 2011, 356.

⁹⁴ Artículo 156 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP:

“1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiquen la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

⁹⁵ Circular 5/2011 de la FGE, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE en: DLL, núm. 8554, 2015, 6-7.

La LO 1/2015 trae consigo la incorporación del delito específico de matrimonio forzado a través del artículo 172 bis CP. Esta inclusión podría tener como consecuencia que toda forma de trata destinada a forzar a contraer matrimonio quede reconducida a este tipo específico de matrimonio forzado. De producirse tal reconducción se otorgaría un privilegio punitivo a los tratantes de víctimas destinadas al matrimonio forzado ya que la pena del artículo 172 bis CP es sustancialmente inferior a la del artículo 177 bis CP⁹⁷.

No ahondamos más en relación a los matrimonios forzados ya que en la segunda parte de este trabajo profundizaremos sobre ello.

2.5. *Penalidad*

En lo que respecta a la penalidad del delito, se mantiene con una pena de cinco a ocho años de prisión.

Cabe hacer mención a la incidencia en la protección de la víctima que se ve plasmada a través de la LO 1/2015. Nos referimos a la inclusión en el artículo 57 CP del delito de trata de seres humanos como uno de aquellos cuya comisión permite la imposición de las penas de alejamiento enmarcadas en el artículo 48 CP⁹⁸.

2.6. *Referencia al territorio*

Pasando a considerar el resto de aspectos recogidos en el tipo de trata de seres humanos, se precisa que dicha conducta *sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella*. No se exige para su comisión el traspaso de fronteras.

Si atendemos a las definiciones de trata manejadas a nivel internacional, la relevancia penal de la conducta nunca se hace depender de que la misma implique relación con el territorio de un determinado Estado⁹⁹. Es decir, resulta irrelevante que la conducta típica se de en un Estado o en otro.

En la misma línea, tal y como señala VILLACAMPA ESTIARTE, resulta del todo discutible la referencia al territorio que recoge el artículo 177 bis CP ya que en

⁹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE en: *DLL*, núm. 8554, 2015, 6-7.

⁹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE en: *DLL*, núm. 8554, 2015, 10.

⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, 842.

ningún instrumento internacional vinculante para España se hace alusión alguna al respecto. Esto se debe a que nunca se ha hecho depender del territorio la consideración penal de la conducta¹⁰⁰.

Tras la reforma de 2015 se sigue requiriendo que la conducta típica guarde relación de una u otra forma con el territorio español para afirmar la tipicidad de la conducta. Paradójicamente, la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, incluye la trata de seres humanos entre aquellos delitos en los que cabe acudir al principio de justicia universal¹⁰¹. Todo ello nos lleva a pensar la innecesaria referencia al territorio español que se mantiene en el artículo 177 bis CP ya que si resulta de aplicación el principio de justicia universal, ninguna relevancia tendrá el territorio en el que se dé la conducta típica puesto que el delito será igualmente perseguido.

El hecho de que en el delito de tráfico ilegal de personas el bien jurídico predominante sea el interés de los Estados en controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras hace que el legislador se pronuncie respecto al territorio. De ahí que se considere necesario para perseguir el delito de tráfico que éste tenga algún vínculo con España. Podemos considerar que se mantiene dicha referencia al territorio español por el tradicional tratamiento conjunto de los delitos de trata y tráfico de personas en nuestro CP. Este tradicional tratamiento conjunto de ambos delitos ha sido lo que a mi juicio ha hecho mantener esta alusión al territorio en el delito de trata de seres humanos.

Sin embargo el delito de trata, como se ha expuesto más arriba, protege la integridad moral, la dignidad de las personas y por tanto, la referencia a un territorio no debería tener ninguna relevancia. Es decir, si un sujeto obliga mediante violencia a una chica de Sevilla a trasladarse a Bilbao para obligarla a prostituirse no sería delito de

¹⁰⁰ VILLACAMPA ESTIARTE en: *DLL*, núm. 8554, 2015, 10.

¹⁰¹ VILLACAMPA ESTIARTE en: *DLL*, núm. 8554, 2015, 10-12.

La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, se expresa en los siguientes términos: “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

trata. Sin embargo, si el mismo sujeto traslada a la mujer a Hendaya sí lo sería. Esto no tiene ninguna justificación desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos.

Una vez consideradas las conductas típicas, los medios comisivos, las finalidades, la penalidad, y el ámbito territorial al que se alude en el precepto, nos pronunciaremos en relación a la protección especial de menores y únicamente a los aspectos modificados en los tipos cualificados.

2.7. *Protección de menores*

Pasando a considerar la especial protección de los menores de edad¹⁰², cabe mencionar tanto el Protocolo de Palermo¹⁰³, la Decisión Marco 2002/629/JAI¹⁰⁴, el Convenio de Varsovia¹⁰⁵ y la Directiva 2011/36/UE. Ésta última se pronuncia en su artículo 2.5 de la siguiente manera: “Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1”.

Esta especial protección de los menores puede ser fruto de considerarles especialmente vulnerables. Es por ello, por lo que el refuerzo del párrafo cuatro del artículo 177 bis CP debe ser considerado cuando el sujeto emplee algún otro medio comisivo que no sea el de abuso de una situación de vulnerabilidad, considerando que cuando se de ese abuso es aplicable el apartado segundo del artículo¹⁰⁶.

2.8. *Tipos cualificados*

¹⁰² Siguiendo lo establecido por los instrumentos internacionales se considera menor de edad a cualquier persona menor de 18 años.

¹⁰³ Art. 3. c) Protocolo de Palermo: “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”.

¹⁰⁴ Art. 1.3 DM 2002/629/JAI: “Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1”.

¹⁰⁵ Art. 4 c) Convenio de Varsovia: “La contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos», aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo”.

¹⁰⁶ OLAIZOLA NOGALES en: FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, 2013, 480-481.

No nos adentraremos en profundidad en los tipos cualificados del delito de trata de seres humanos y únicamente haremos mención a las modificaciones que se han dado por medio de la LO 1/2015.

Para una mejor comprensión de las modificaciones llevadas a cabo por la LO 1/2015 en relación a los tipos cualificados, he elaborado una tabla comparativa que adjunto en Anexo 2¹⁰⁷.

Pasamos al siguiente epígrafe del trabajo que versa sobre el nuevo delito incorporado bajo el rótulo matrimonio forzado.

V. EL NUEVO DELITO DE MATRIMONIO FORZADO

Una de las novedades más importantes del nuevo delito de trata introducida por la reforma de 2015 del CP es la inclusión de la nueva finalidad de matrimonio forzado. A la vez, esta misma reforma incluye un delito específico recogido en el art. 172 bis de matrimonio forzado ubicado entre los delitos de coacciones.

Este hecho me ha llevado a valorar si esta “doble regulación” del matrimonio forzado tiene sentido, es necesaria o si, por el contrario, puede generar problemas concursales.

Para poder considerar lo acertado o desacertado de incluir un nuevo precepto específico de matrimonio forzado, así como la relación que guarda con la novedosa finalidad de la trata de seres humanos, explicaré por un lado el delito contenido en el art. 172 bis, de matrimonio forzado, y después la relación entre dicho delito y el delito de trata con finalidad de matrimonio forzado.

1. Análisis del precepto

Nos adentramos en el artículo 172 bis del CP que aparece ubicado entre los delitos de coacciones y se pronuncia en los siguientes términos:

¹⁰⁷ Para una mejor comprensión de los aspectos modificados adjuntamos una tabla comparativa en Anexo 2.

“1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

La ubicación del delito nos lleva a conectarlo con el bien jurídico libertad que se pretende proteger. Los términos compeler, intimidación y violencia no hacen sino reforzar esta idea.

Para poder analizar con más detalle el artículo considero acertado diferenciar las dos conductas típicas que aparecen recogidas. La primera de ellas relativa a compeler a una persona a contraer matrimonio empleando intimidación grave o violencia, recogida en el apartado 1 del artículo 172 bis CP. La segunda hace referencia a forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo empleando violencia, intimidación grave o engaño, con la finalidad de que contraiga matrimonio de forma forzada.

1.1. Primera modalidad de conducta típica

El delito de matrimonio forzado sanciona, como se indica en su articulado, a quien “con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio”. Compeler es un verbo que aparece recogido dentro del delito de coacciones¹⁰⁸ y que hace referencia a la acción de obligar a alguien a realizar un acto en contra de su voluntad. En estos términos se pronuncia el Tribunal Supremo al considerar compeler, como el acto de “imponer, constreñir o presionar a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Art. 172 del CP: “[...] o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/2013 Sala 2ª de lo Penal de 17/07/2013.

1.1.1. Medios comisivos

En cuanto a los medios empleados se consideran la intimidación grave y la violencia. El añadir como medio para compeler la intimidación grave puede hacer pensar que nos estamos desligando del delito de coacciones puesto que éste únicamente contempla la violencia como medio de compulsión. Lo cierto es que según el Tribunal Supremo “la vis o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no sólo comprende los casos de violencia física como tal, sino que incluye cualquier ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. Y en este sentido, el concepto de violencia ha ido ampliándose para incluir también la intimidación o "vis compulsiva" e incluso la fuerza en las cosas o "vis in rebus" siempre que repercuta en la libertad de la persona para el pacífico disfrute de sus derechos. La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia”¹¹⁰.

Centrándonos en el precepto de matrimonio forzado, GUINARTE CABADA considera que “no basta el empleo de cualquier otro medio de influencia, indicación, incitación o persuasión que incida sobre la voluntad de la víctima”. Añade que “tampoco existirá conducta típica si la presunta víctima, sea por sus propias convicciones religiosas o culturales, sea por respeto o temor reverencial hacia la persona o personas que lo inducen o persuaden, sea por cualquier otro motivo, no se opone, o no expresa en modo alguno su rechazo a ese matrimonio”. La intensidad y exteriorización del rechazo por parte de la víctima se considerará atendiendo al contexto y circunstancias en las que se encuentre la misma¹¹¹.

Debemos tener presente que el sujeto activo en muchas ocasiones será una persona del ámbito familiar cercano a la víctima, que presenta cierta autoridad sobre la misma. En estos casos lo habitual es que no se precise el empleo de violencia para “doblegar la voluntad de la víctima e imponerle el matrimonio”¹¹². Es por ello, por lo que cabe cuestionar lo acertado o desacertado de exigir unos medios comisivos concretos en el delito de matrimonio forzado. Volveré más adelante sobre esta idea.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/2013 Sala 2º de lo Penal de 17/07/2013.

¹¹¹ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 563-564.

¹¹² GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 563.

1.1.2. Alusión a la gravedad en los medios

Considero oportuno detenerme en el medio comisivo *intimidación grave* puesto que el adjetivo grave seguido del medio intimidación ha llamado especialmente mi atención. ¿En qué medida es necesario exigir que la intimidación sea grave y la violencia no? ¿Podría considerarse que la violencia por sí misma es grave sin necesidad de ir acompañada de ese adjetivo?

Tal y como indica PALMA HERRERA en la redacción anterior al texto definitivo, la gravedad podía considerarse unida tanto a la violencia como a la intimidación. En el texto definitivo y actualmente vigente, el término grave únicamente parece estar relacionado con la intimidación¹¹³. Del Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica se puede extraer la siguiente consideración: “no parece oportuno exigir que la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima sea grave, entendemos que basta con que exista tal violencia o intimidación siempre y cuando sea de intensidad suficiente para condicionar la voluntad del sujeto pasivo que las sufre y menoscabar su libertad de decisión”¹¹⁴.

Podemos mencionar el Informe del Consejo general del Poder Judicial en el cual se aconseja eliminar la exigencia de intimidación grave siguiendo lo aducido por la jurisprudencia¹¹⁵ la cual exige que se dé una intimidación seria, inmediata y suficientemente grave. Del mismo Informe se desprende que el empleo del adjetivo “grave” no aporta nada salvo que se pretenda indicar “[...] que en los matrimonios forzados la intimidación empleada ha de ser especialmente grave, acercándose a la irresistible [...]”¹¹⁶.

GUINARTE CABADA, cree admisible cualquier tipo de intimidación que presente la intensidad suficiente como para doblegar la voluntad de la víctima

¹¹³ PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 401- 402.

¹¹⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del CP, Madrid, 2012, en:

<http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CO NSEJO%20FISCAL.pdf>

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1359/99 Sala 2º de lo Penal de 02/10/1999.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1689/2003 Sala 2º de lo Penal de 18/12/2003.

¹¹⁶ Informe del Consejo General del Poder Judicial, 2012, 185-186, en:

<http://www.feministasconstitucional.org/sites/default/files/Informe%20del%20CGPJ%20modificacion%20CP%202012.pdf>

menoscabando con ello su libertad¹¹⁷. En la misma línea, DE LA CUESTA AGUAGO, considera la remisión a la gravedad en la intimidación además de “innecesaria, distorsionadora” puesto que cuando la intimidación no pueda encajarse en el precepto por no revestir la gravedad suficiente, la vía para sancionar la conducta no podrá ser la del artículo 172 bis de matrimonios forzados sino la del artículo 172 CP de coacciones. Aquí, podemos sopesar la necesidad o no de un nuevo precepto específico y la necesidad o no de añadir el adjetivo “grave” en la intimidación.

A la vista de lo dispuesto por los diferentes autores, considero desacertado incluir el adjetivo grave seguido de la palabra intimidación. Dadas las circunstancias que no en pocas ocasiones se dan en torno a los matrimonios forzados exigir un nivel concreto de intimidación resulta inconveniente puesto que lo importante es que la intimidación, en el caso concreto, lleve a la víctima a contraer un matrimonio de forma forzada.

Por tanto, el requerir que la intimidación sea grave y no así la violencia, hace que nos planteemos que el legislador pretende marcar una línea diferenciadora entre el nuevo delito de matrimonio forzado y las coacciones. Pero si nos centramos en la definición de violencia empleada para el delito de coacciones que anteriormente hemos mencionado, podemos llegar a la conclusión de que no existe ninguna diferencia entre requerir *intimidación grave o violencia* en el delito de matrimonio forzado y requerir *violencia* en el delito de coacciones puesto que se incluyen los mismos supuestos.

En definitiva, considero, en primer lugar, que no es preciso requerir ningún tipo de medio comisivo en el delito de matrimonio forzado puesto que existen muchos casos en los que no se precisa de ningún medio para conseguir el fin que es el matrimonio forzado. Un ejemplo, sería aquel en el que un padre de familia concierta el matrimonio de su hija. En estas situaciones es muy importante considerar que la víctima probablemente esté condicionada por su entorno social lo que hace innecesario el empleo de actos de intimidación, los cuales pueden resultar difíciles de considerar en un momento concreto como “graves”. El resultado de ello es paradójico ya que en estos casos en los que no encontramos ni violencia ni intimidación grave la pena será

¹¹⁷ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 564.

superior, por medio del delito de trata de personas, a la que se consideraría al emplear violencia o intimidación grave en el delito de matrimonio forzado¹¹⁸.

En segundo lugar, puestos a considerar algún medio comisivo, el término violencia entraña todos los casos posibles que puedan darse en un delito de estas características.

1.1.3. Finalidad

La finalidad que se busca a través de la conducta recogida en el artículo 172 bis CP es la de compeler a un sujeto para que contraiga matrimonio. Matrimonio que debe ser “cierto, con persona concreta, aunque no sea conocida por el contrayente compelido, y en un plazo o término también cierto, aunque no sea exigible que esté determinada la fecha para entrar en el ámbito de tentativa”. Además, “no se requiere que el matrimonio vaya a celebrarse en España, ni que se acomode a la legislación española y esté destinado a tener validez legal en nuestro país”¹¹⁹.

DE LA CUESTA AGUADO considera, en primer lugar, como matrimonio a efectos del tipo contenido en el artículo 172 bis, “todos los matrimonios, cualesquiera que fuera la forma de celebración o el sexo de los contrayentes que estuvieran reconocidos por la legislación española. Además, considera también como típico el matrimonio celebrado en el extranjero, bajo ley extranjera, así como, el matrimonio celebrado en España bajo un rito no reconocido o en unas condiciones no reconocidas (por ejemplo, casos de bigamia). Asimismo, considera típico, a efectos penales, el matrimonio forzado que es nulo, según la ley civil, por no contar con el consentimiento que se exige. Parece lógico pensar que la utilización de violencia o intimidación grave excluyen de por sí el consentimiento válido¹²⁰.

En cuanto a las parejas de hecho, TRAPERO BARREALES considera que debe quedar fuera de la esfera de matrimonio forzado “[...] la conducta consistente en compeler a otro a “constituir” otra clase de relación más o menos parecida a la

¹¹⁸ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 369.

¹¹⁹ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 565.

¹²⁰ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 373-375.

conyugal, en particular formar una pareja de hecho”. Añade, sin embargo, que esta conducta de compeler a otro por medio de violencia o intimidación grave a constituir una pareja de hecho, no se considera como un supuesto atípico y será preciso acudir a los delitos de coacciones y amenazas¹²¹.

Por tanto, podría entenderse que aquella relación forzada que no constituya un matrimonio válido encajaría como pareja de hecho y con ello, sería necesario acudir al delito de coacciones y amenazas como indica TRAPERO BARREALES.

Por último se debe mencionar a VARGAS GALLEGO, que añade una nota importante, considerando que debe entenderse por matrimonio forzado “aquel que se produce sin el consentimiento válido de al menos uno de los contrayentes por la intervención de terceras personas del entorno familiar (a menudo los progenitores), que se otorgan la facultad de decisión y presionan porque esta práctica se produzca”¹²².

En conclusión, el concepto de matrimonio requiere de una valoración de las circunstancias específicas para poder considerar cuándo la relación iniciada puede ser declarada como matrimonio y, por consiguiente, considerar el momento en el que se ha llevado a cabo el acto formal por el cual se consuma el delito. Se añade, además, que bastará con “[...] la mera celebración del rito, si lo hubiese, la entrega del sujeto pasivo al activo o la realización de los actos de los que se desprenda la celebración del contrato matrimonial y la posibilidad de que a partir de ese momento surta efectos (el contrato, entre los contrayentes”¹²³.

Por todo lo expuesto, considero que no es necesario que el matrimonio se celebre conforme a un rito que tenga validez en España. De esta forma cualquier matrimonio celebrado fuera de nuestras fronteras, tenga o no validez en nuestro país, es matrimonio a los efectos del tipo penal. Esto no quiere decir, siguiendo a GUINARTE CABADA, que la literalidad del precepto no exija bajo el término *contraer matrimonio* que se formalice dicho enlace conforme a las “leyes o normas (escritas o

¹²¹ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 23.

¹²² VARGAS GALLEGO en: *El derecho*, núm. 2, 2014, 6, en:

<http://asesoriajuridica.umh.es/files/2015/03/Revista-El-Derecho-n%C3%BAmero-2-enero-2014.pdf>

¹²³ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 375.

consuetudinarias) que rigen en España o en el Estado o territorio en donde se pretende que vaya a tener lugar”¹²⁴.

1.1.4. Motivación

Resulta irrelevante la causa o motivo por el cual quiera imponerse a una persona el matrimonio¹²⁵.

En cuanto a los motivos o causa que podemos encontrarnos, VARGAS GALLEGO, considera múltiples motivaciones como “reforzar los vínculos familiares, asegurar que las riquezas y los bienes permanezcan en el seno familiar, cumplir con obligaciones o promesas antiguas, proteger ideales percibidos como culturales o religiosos”. Añade que en situaciones de migración, la motivación sea “ayudar a regularizar la situación administrativa (permisos de residencia y nacionalidad), controlar la sexualidad de las menores o mujeres cuando entran en edad reproductiva, como estrategia de supervivencia económica familiar” por considerar al cónyuge (habitualmente mujeres o niñas) como carga. Podría considerarse como una “estrategia errónea de protección de la menor o mujer que pasa a depender de la familia del marido y podrá tener hijos legítimos, explotación sexual o laboral. O para asegurar el cuidado de una persona discapacitada de la familia”¹²⁶.

1.1.5. Penalidad

En cuanto a la consecuencia jurídica con encontramos con las penas alternativas de prisión de seis meses a tres años y seis meses, o multa de doce a veinticuatro meses. Esta pena prevista es similar a la contemplada para el delito de coacciones sólo que es incrementada en seis meses en su límite superior.

La consecuencia de obligar a una persona a contraer matrimonio supone imponer una situación a esa persona que se va a prolongar en el tiempo con los consiguientes perjuicios que esto supone para la víctima. Es más, en el caso de que el matrimonio

¹²⁴GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 565.

¹²⁵ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 565.

¹²⁶ VARGAS GALLEGO en: *El derecho*, núm. 2, 2014, 7, en:

<http://asesoriajuridica.umh.es/files/2015/03/Revista-El-Derecho-n%C3%BAmero-2-enero-2014.pdf>

forzado no llegue a tener lugar, la violencia ejercida sobre la víctima supone una intromisión en su esfera más íntima de libertad “[...] (no es lo mismo obligar a contraer matrimonio que obligar a abandonar una vivienda)”¹²⁷. Esta proyección en el tiempo y la intromisión en la libertad personal pueden justificar la pena de prisión superior en seis meses impuesta para el delito de matrimonio forzado frente al de coacciones. Siguiendo con esta idea, PALMA HERRERA cuestiona la posibilidad de castigar los hechos únicamente por medio de multa teniendo en cuenta el sometimiento personal al que se encuentra la víctima, la necesaria intimidación grave a la que es sometida y los efectos a largo plazo que puede llevar aparejada esta práctica¹²⁸.

1.2. Segunda modalidad de conducta típica

Una vez realizadas las consideraciones básicas respecto al primer apartado del artículo en cuestión, pasamos a profundizar en el segundo de sus apartados el cual muestra una relación más que considerable con el delito de trata de seres humanos, y que por tanto tiene una especial importancia por la relación con el tema central de mi trabajo.

En esta modalidad típica, se requiere el empleo de violencia o intimidación grave o engaño. La finalidad debe ser la recogida en el primero de los apartados, es decir, compeler a la víctima a contraer matrimonio, y el comportamiento punible es el de forzar a un sujeto a abandonar el territorio nacional o impedir su regreso al mismo.

Con el término forzar se hace referencia al empleo de fuerza o violencia “[...] para conseguir algo que habitualmente no debe ser conseguido por la fuerza, u obligar a que se ejecute algo, en este caso concreto que se abandone el territorio español o que no se regrese al mismo”¹²⁹.

Si consideramos la primera modalidad del apartado dos del artículo 172 bis lo que se castiga es “provocar el abandono del territorio español para que quien lo abandona contraiga matrimonio ya fuera de él y de manera forzada”. Se podría considerar, por tanto, un adelantamiento en la intervención penal ya que no es necesario

¹²⁷ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 18.

¹²⁸ PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 400.

¹²⁹ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 570.

que se llegue a celebrar el matrimonio para que el delito quede consumado. Se está adelantando la protección de la víctima ante un futuro matrimonio forzado castigando las conductas que hacen posible la celebración de tal matrimonio, como conseguir que la víctima abandone el territorio o impedir su regreso al mismo¹³⁰. Este párrafo es el que tiene clarísimas superposiciones con la trata puesto que la trata es la vía y el matrimonio forzado el fin. En el delito de trata no es preciso que se llegue a celebrar el matrimonio sino que basta con que se emplee alguno de los medios para llegar a ese fin.

Muchos de los matrimonios forzados se celebran fuera de nuestras fronteras lo que trae aparejada cierta dificultad a la hora de perseguir el delito pese a que rige el principio de justicia universal. Este adelantamiento en la intervención penal hace que nos planteemos con más fuerza la conexión que existe entre el delito de matrimonio forzado del apartado dos y el delito de trata de seres humanos ya que éste último considera una serie de conductas y medios que tienen como finalidad que se celebre un matrimonio de forma forzada. El segundo apartado del artículo 172 bis adelanta la intervención penal ya que no se requiere que se celebre el matrimonio forzado. Por tanto, ¿qué diferencia existe entre castigar por medio de la trata y castigar por medio de este segundo apartado? La primera diferencia considerable es la pena establecida. Si aplicamos el delito de trata la pena sería de cinco a ocho años de prisión y si aplicamos el delito de matrimonio forzado del art. 172 bis. 2 la pena sería de seis a tres años y seis meses de prisión o multa de doce a veinticuatro meses. Pasando a considerar el resto de aspectos, el forzar a abandonar o a no regresar a un territorio se puede hacer por medio de las conductas descritas en el delito de trata como el transporte, el traslado, el acogimiento, etc. Es por ello por lo que puede existir cierta dificultad a la hora de diferenciar el delito de matrimonio forzado del delito de trata puesto que ambos, a mi parecer, se solapan en muchas ocasiones. El que se celebre un matrimonio forzado fuera de nuestras fronteras puede tener como vía la trata de seres humanos. Por tanto, ¿cómo diferenciamos ambos preceptos? ¿Consideramos el delito de matrimonio forzado simplemente por haberse consumado el delito o consideramos también la trata? Existen distintas posturas en cuanto a la conexión entre ambos preceptos que pasaremos a detallar más adelante.

¹³⁰ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 34.

Respecto a la conducta de impedir el regreso a España no se contemplan los supuestos en lo que al cónyuge, sin ser obligado a abandonar el territorio nacional pero forzado a contraer matrimonio fuera de nuestras fronteras, se le impide regresar a España para evitar posibles denuncias o rupturas del vínculo matrimonial¹³¹.

PALMA HERRERA, considera que “la conducta [...] a la que se refiere realmente el legislador es impedir el regreso a España cuando esa vuelta a nuestro país sea, precisamente, la forma de evitar en el extranjero el matrimonio forzado”¹³².

Es en este segundo apartado del artículo 172 bis en el que encontramos una fuerte relación con la trata de seres humanos.

1.2.1. Medios comisivos

Puede llamar la atención que en esta segunda modalidad no se invierte el orden en los medios comisivos permaneciendo en primer lugar la violencia, seguida de la intimidación grave o por último, el engaño. Siguiendo la hipótesis de PALMA HERRERA, se podría considerar que el cambio que se realiza en el primer apartado del artículo, mencionando en primer lugar la intimidación grave, responde a la intención del legislador de “[...] remarcar la gravedad de la que ha de revestirse la intimidación”¹³³.

Hay que considerar que la introducción del medio comisivo «engaño» es una auténtica novedad dentro del mundo de las coacciones. Añade PALMA HERRERA, que dicho medio comisivo desnaturaliza la figura de coacciones por mucho que se incluya el verbo forzar en la conducta típica, ya que “[...] forzar es conseguir o provocar algo mediante el empleo de la fuerza (física o psíquica), pero nunca por medio del engaño”¹³⁴.

TRAPERO BARREALES, plantea la siguiente cuestión: “¿por qué es merecedor de sanción penal un acto preparatorio del matrimonio forzado, el consistente en engañar a la víctima para ser trasladada al lugar donde va a ser obligada a contraer matrimonio,

¹³¹ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 570.

¹³² PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 403.

¹³³ PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 402.

¹³⁴ PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 402.

y no merece tal sanción penal otros actos preparatorios de otros delitos? Considerando la relación que existe entre este delito y el de trata, ¿sería desacertado incluir como medios comisivos el abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad contemplados en el artículo 177 bis?¹³⁵. A mi juicio, se intenta desligar el delito de matrimonio forzado del de trata para justificar su plasmación en un precepto independiente. Es por ello por lo que se intentan incluir una serie de medios pero no todos para que no sea tan evidente su solapamiento con el delito de trata de seres humanos. Si se contemplasen todos los medios recogidos en el precepto de trata, ¿qué diferencia existiría entre ambos preceptos? Únicamente quedarían al amparo del nuevo delito de matrimonio forzado aquellos supuestos en los que no se diese ningún medio comisivo.

Esta misma cuestión podría plantearse para la segunda modalidad de impedir el regreso de la víctima al territorio nacional¹³⁶.

1.2.2. Consumación

Se considera la consumación del delito cuando por medio de violencia, intimidación grave o engaño se consigue forzar a la persona a que abandone el territorio nacional o se impide su regreso al mismo. Por tanto, no se exige para su consumación que llegue a contraerse el matrimonio¹³⁷.

2. Relación con la trata

Recordando las conductas típicas tanto del delito de trata como del delito de matrimonio forzado podremos observar la estrecha relación que muestran ambos preceptos.

Respecto a la trata “será castigado [...] el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o

¹³⁵ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 570.

¹³⁶ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 26.

¹³⁷ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 571-572.

beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas”, con la finalidad de celebrar un matrimonio forzado.

Respecto al delito de matrimonio forzado, recordamos que éste castiga tanto la conducta del que “con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio”, como la conducta del que “con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

¿Existe alguna conducta que únicamente pueda ser castigada por medio del artículo 172 bis apartado uno? La respuesta es sí, pero sólo aquellos casos en los que media intimidación grave o violencia, pero no se da ninguna de las conductas típicas de la trata de seres humanos.

¿Existe alguna conducta que únicamente pueda ser castigada por medio del artículo 172 bis apartado segundo? A mi entender no puesto que todas las conductas que podemos encajar en este apartado del delito de matrimonio forzado pueden verse recogidas por el delito de trata de personas.

Debemos tener presentes las diversas soluciones¹³⁸ que pueden plantearse para dar respuesta a la confrontación entre los preceptos de matrimonios forzados y trata de seres humanos. Para una mejor comprensión, cabe citar un supuesto que es el siguiente: “una persona coacciona a otra [...] para que contraiga matrimonio, y una vez doblegada su voluntad por el uso de intimidación o de violencia, la fuerza a abandonar España para hacer efectivo el matrimonio, trasladándola (usando para ello violencia, intimidación o engaño) a un país extranjero”. En este supuesto se estarán cometiendo aparentemente los delitos descritos en el artículo 172 bis 1 y 2 sobre matrimonios forzados, así como el del artículo 177 bis de trata de personas.

¹³⁸ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 571-573.

DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 370-373.

TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 35-37.

Comencemos por analizar la relación o solapamiento que se produce entre el artículo 177 bis y el 172 bis apartado segundo. Apreciado el concurso de normas una solución sería acudir al criterio de especialidad¹³⁹ y excluir el delito de trata. Si excluimos el delito de trata la pena a aplicar será la contemplada para el delito de matrimonios forzados que es inferior a la señalada en los casos de trata de seres humanos. Una persona coacciona y doblega mediante violencia la voluntad de otra, la obliga a abandonar España y además en el traslado observamos violencia, intimidación o engaño.

A mi parecer, la pena señalada para el delito de matrimonio forzado no cubre, en este caso, las expectativas punitivas que cabe esperar dada la gravedad de la conducta.

Por su parte, TRAPERO BARREALES considera que si acudimos al concurso de leyes y aplicamos el principio de especialidad, estaríamos convirtiendo el delito de matrimonio forzado en un tipo atenuado del delito de trata de personas, “un efecto totalmente desacertado”¹⁴⁰. A mi parecer, otra solución al concurso de normas que nos podemos plantear es aplicando el principio de alternatividad que nos lleva a aplicar el delito más gravemente penado, por tanto el delito de trata. Ahora bien, debemos considerar entonces, lo absurdo de una regulación que castiga más el actuar con una finalidad que ejecutar dicha finalidad.

Considerando la conducta descrita en el artículo 172 bis apartado primero y su relación con la trata del artículo 177 bis, puede plantearse nuevamente un concurso de normas entre el matrimonio forzado del primer apartado¹⁴¹ y la trata de seres humanos, entendiendo que la compulsión previa al traslado, transporte o acogimiento son actos previos y copenados de la trata que tras la reforma recoge entre las finalidades la del matrimonio forzado. PALMA HERRERA, defiende esta idea de concurso de normas por considerar que “el constreñimiento de la libertad del sujeto queda consumido por el

¹³⁹ Como señala GUINARTE CABADA, en relación al artículo 172 bis sobre matrimonio forzado “la modalidad del número 2 parece de mayor gravedad, pues requiere que el sujeto activo ataque la libertad de la víctima en una doble dirección: obligándola a contraer matrimonio y, obligándola a abandonar el territorio nacional o impidiéndole regresar. Por otra parte, en cambio, no requiere para su consumación que el sujeto pasivo contraiga el matrimonio forzado, consumándose anticipadamente con la realización del comportamiento de forzar a la víctima a abandonar España con esta finalidad”.

¹⁴⁰ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 36.

¹⁴¹ Consideramos el primer apartado puesto que el forzar a abandonar el territorio trasladándola queda recogido en el delito de trata entre sus conductas típicas. El hecho de forzar a abandonar el territorio o regresar tiene la finalidad de contraer matrimonio forzado, y ésta misma finalidad se recoge en el delito de trata de seres humanos.

más grave atentado contra la integridad moral que comporta” el delito de trata de seres humanos¹⁴².

PALMA HERRERA, sin embargo, únicamente se ciñe a plantear la situación sin pronunciarse en relación a la solución del concurso. Si acudimos al principio de especialidad o de consunción podemos repetir las mismas críticas que he expuesto anteriormente respecto al concurso de normas entre el artículo 177 bis y 172 bis apartado dos.

Para finalizar, otra solución sería acudir al concurso real de delitos, entendiendo que se protegen dos bienes jurídicos diferentes por medio del artículo 172 bis y 177 bis. La pena resultante se derivaría de la suma de las penas consideradas para cada uno de los delitos.

A mi juicio y siguiendo la opinión dada por TRAPERO BARREALES, dentro del delito de trata de seres humanos, encontramos como medios la intimidación, la violencia y el engaño. Además, el matrimonio forzado aparece como finalidad de la trata. Asimismo, las conductas de forzar a abandonar o regresar a un territorio pueden ser abarcadas por las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, intercambiar o transferir el control sobre la víctima. Considero que por medio del delito de trata quedan comprendidas todas las conductas que se pretenden respaldar por medio del delito de matrimonio forzado¹⁴³. El nuevo delito de matrimonio forzado no considera aquellos supuestos en los que no existe ningún tipo de medio comisivo puesto que la víctima no requiere de ningún medio para ser compelida a contraer matrimonio. Ésta, a mi parecer, sería la única situación que daría sentido a contemplar el delito de matrimonio forzado de forma independiente.

Por todo lo mencionado, podemos apreciar que existe una clara relación entre el segundo apartado del artículo 172 bis y el delito de trata de seres humanos. Para DE LA CUESTA AGUADO es tal la relación que considera que “[...] el fenómeno de los

¹⁴² PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 401.

¹⁴³ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 37.

matrimonios forzados es utilizado como fórmula para ocultar situaciones de esclavitud o de explotación sexual, muchas veces de menores”¹⁴⁴.

3. Lo acertado o desacertado de incorporar un delito específico de matrimonio forzado

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, en su Considerando 11º se expresa en relación a qué debe considerarse trata de seres humanos como sigue: “La definición incluye asimismo la trata de seres humanos que tiene como objeto la extracción de órganos, que constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física, así como otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados, en la medida en que concurren los elementos constitutivos de la trata de seres humanos”. A la luz de lo señalado no se desprende de la Directiva 2011/36/UE la necesidad de tipificar el delito de matrimonio forzado de forma independiente¹⁴⁵.

En la misma dirección podemos mencionar el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979¹⁴⁶, ratificada por España en 1984¹⁴⁷. Cabe, asimismo, mencionar el artículo 37 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por Instrumento de 18 de marzo

¹⁴⁴ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 368.

¹⁴⁵ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 367.

¹⁴⁶ A comienzo de la misma se hace la siguiente reflexión: "...la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz".

¹⁴⁷ Art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, entre otras: El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;”.

de 2014¹⁴⁸. Si atendemos al contenido de los textos mencionados, nuevamente podemos llegar a la conclusión de que ninguno de ellos parece vislumbrar la necesidad de tipificar el matrimonio forzado como delito específico¹⁴⁹.

Hay que tener en cuenta que el legislador comunitario no establece un *numerus clausus* en relación a las finalidades del delito de trata sino que se limita a establecer que “la explotación incluirá «como mínimo» las conductas contempladas por el legislador nacional”. Se deja en manos de los estados el incorporar conductas no enumeradas taxativamente como pueden ser los matrimonios forzados o las adopciones ilegales¹⁵⁰.

España sigue la estela marcada por algunos de los países europeos como Alemania, Austria, Bélgica, Noruega, Reino Unido y Suiza¹⁵¹, y decide tipificar de forma expresa el delito de matrimonio forzado. Además, se incluye como una de las finalidades del delito de trata de seres humanos.

Es el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015¹⁵² el que justifica la tipificación del matrimonio forzado por considerar preciso introducir con la reforma “nuevas figuras delictivas” o adecuar los tipos penales ya existentes, “con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia”. Además, añade que “gran parte de la reforma está también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España”. A este respecto, hay que reflexionar sobre la existencia o no de una nueva forma de delincuencia ya que la práctica de matrimonios forzados no es un fenómeno novedoso. Asimismo, estas prácticas encuentran su consecuencia jurídica por medio de las coacciones, por lo que es cuestionable la incorporación de un tipo específico.

¹⁴⁸ Art 37.1: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o menor a contraer matrimonio”.

Art. 37.2: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio”.

¹⁴⁹ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 367.

¹⁵⁰ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 561-562.

¹⁵¹ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 562.

¹⁵² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Preámbulo.

La decisión de tipificar de forma expresa los matrimonios forzados genera pues una división de opiniones. Podemos encontrar, de un lado, a los defensores que apoyan la intervención penal específica como medida de lucha contra este fenómeno. En concreto, el Consejo General del Poder Judicial considera que a través de las conductas típicas de coacciones, detenciones ilegales o delitos contra la libertad sexual no se protege de forma satisfactoria el bien jurídico lesionado a través de los matrimonios forzados, que no es otro que el derecho a contraer libremente matrimonio¹⁵³.

Respecto al bien jurídico y en contraposición, DE LA CUESTA AGUADO indica que el error radica en considerar como bien jurídico protegido un derecho, el derecho a contraer libremente matrimonio, y no un valor. Es por ello por lo que dicho derecho no puede legitimar la intervención penal¹⁵⁴.

PALMA HERRERA, por su parte, entiende que no se trataría tanto de la protección del derecho a contraer matrimonio forzado sino de la protección del libre ejercicio de dicho derecho, [...] “por lo que en todos los casos de empleo de violencia o intimidación, esta modalidad delictiva no contempla sino una forma de atentado contra la libertad que no requeriría la creación de un tipo especial de coacciones [...]”¹⁵⁵.

LAMARCA PÉREZ, considera la conducta recogida en el artículo 172 bis CP como innecesaria puesto que no es imperioso prever expresamente el forzar a alguien a hacer algo que no quiere, ya que este hecho en sí mismo constituye un delito de coacciones. Además, el nuevo artículo recoge la misma pena que el delito de coacciones, por lo que se puede considerar que no otorga una especial protección¹⁵⁶.

¹⁵³ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 365-366.

PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 397.

El derecho a contraer libremente matrimonio se recoge en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el que se dice lo siguiente:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

¹⁵⁴ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 367.

¹⁵⁵ PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 397.

¹⁵⁶ LAMARCA PÉREZ en: LAMARCA PÉREZ (Dir.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2015, 164.

TRAPERO BARREALES, cree innecesaria la tipificación específica del delito de matrimonio forzado “porque desde el punto de vista del derecho sustantivo las conductas que definen esta modalidad delictiva ya son constitutivas de delito (a lo sumo, si respecto de algunas conductas se advierte una laguna de punibilidad, su prevención debería plantearse a través de la correspondiente reforma del delito de trata de personas)”¹⁵⁷.

Por su parte, MAQUEDA ABREU¹⁵⁸ califica la reforma como innecesaria, extremadamente ideológica y contraproducente. Su “tipificación es innecesaria, porque los tipos genéricos de coacciones y amenazas, y los delitos contra la integridad moral o contra la libertad sexual ya castigan de modo suficiente estos comportamientos”; su tipificación es, por tanto, “inútil y perturbadora, pues puede constituir o interpretarse en algunos casos, y de modo indeseable, como un tipo privilegiado de los delitos de trata o de amenazas”. Añade que la tipificación expresa puede resultar “contraproducente, puesto que puede favorecer que se tornen aún más clandestinas las prácticas culturales que criminaliza, con el consiguiente ocultamiento de las víctimas”¹⁵⁹.

PALMA HERRERA entiende que con su tipificación se busca lanzar “el mensaje preciso e inequívoco de que ese tipo de comportamientos no es admisible en España”¹⁶⁰ y considera la figura delictiva como una “modalidad agravada de coacciones ya que el mismo precepto utiliza el término «coacción»¹⁶¹”.

Siguiendo con este planteamiento, TRAPERO BARREALES sostiene que “posiblemente la tipificación expresa del delito de matrimonio forzado no sea necesaria, por lo que la opción legislativa [...] se podría catalogar como mera utilización simbólica del Derecho Penal”¹⁶².

¹⁵⁷ TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 15.

¹⁵⁸ MAQUEDA ABREU en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013, 529- 534.

¹⁵⁹ GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 562-563.

PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 397.

¹⁶⁰ PALMA HERRERA en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, 398.

¹⁶¹ Art. 172 bis CP: “[...] según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”.

¹⁶² TRAPERO BARREALES en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y Derecho Penal*, 2015, 9.

Sería interesante considerar, tal y como indica DE LA CUESTA AGUADO, el establecimiento de medidas sociales y educativas que favorezcan la denuncia de estas prácticas por parte de las víctimas o personas conocedoras de las mismas¹⁶³.

Para finalizar el presente trabajo, cabe dedicar un apartado a las conclusiones y a la opinión personal.

VI. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL

Como conclusiones, comienzo por realizar una serie de valoraciones personales a cerca del delito de trata de seres humanos para pasar a considerar el nuevo delito de matrimonio forzado introducido con la reforma.

- 1) El intercambio y la transferencia de control sobre las personas fue ya prevista como conducta típica por el Protocolo de Palermo pero no así por la reforma del CP de 2010. Esta no contemplación de la conducta hacía que los casos de venta, permuta o alquiler de víctimas se intentasen encuadrar bajo el verbo típico traslado para que tales conductas no quedasen fuera del tipo. Lo cierto es que considerar traslado desde el punto de vista no sólo físico sino como el traslado de dominio sobre una persona, puede resultar en algunos casos, muy difícil de asimilar ya que implica forzar en exceso el sentido del verbo trasladar. Por tanto, considero la introducción de la conducta típica intercambio y transferencia de control como acertada.
- 2) Como novedad, se debe mencionar el nuevo medio comisivo, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control sobre la víctima. Este medio comisivo ya fue reflejado tanto en el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia, como en la Directiva 2011/36/UE. Con su incorporación se reflejan con mayor claridad los supuestos de venta, permuta o alquiler de personas a que se refiere la conducta anteriormente mencionada de intercambio o transferencia de control sobre la víctima. ¿Se podría considerar la conducta típica “intercambio o transferencia de control” a través de otro medio comisivo como abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de

¹⁶³ DE LA CUESTA AGUADO en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, 369.

vulnerabilidad? En muchos casos las personas se ven obligadas a aceptar los pagos, ofrecidos por un tercero, a cambio de otorgarles el control sobre la víctima. Un padre de familia, ahogado por las deudas, que acepta el pago a cambio de transferir el control sobre su hija, en este caso, ¿no existe un abuso por parte del que ofrece el pago? ¿no se está aprovechando de alguna manera de la situación vivida por ese padre de familia que no encuentra otra salida? Desde mi punto de vista no sería descabellado intentar encajar estas situaciones en el medio comisivo abuso de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad.

Desde otra óptica, ¿toda persona que acepta el pago a cambio de transferir el control sobre la víctima vive una situación de necesidad, vulnerabilidad o superioridad? Lo cierto es que no. Por tanto, sí que sería acertado incluir este medio comisivo para que ninguna situación quedase desprotegida.

Respecto a la determinación de lo que debe entenderse por situación de necesidad o vulnerabilidad, se tiene que tener presente que la trata supone en todo caso, un ataque a la dignidad de la persona por lo que la interpretación de las situaciones de abuso debe ceñirse a esa circunstancia de atentado contra la dignidad.

- 3) La introducción de la modalidad de explotación “para realizar actividades delictivas” resulta acertada, ya que con anterioridad se intentaban encajar estas conductas en el concepto “servicios forzados”. Esto suponía ampliar en exceso el concepto de servicios forzados y no asegurar que todas las conductas posibles quedasen respaldadas.
- 4) Respecto a la penalidad, ¿es correcto el cambio de criterio por parte del legislador? En el caso de trata de seres humanos considero que la finalidad de explotación es lo suficientemente relevante como para suprimir una posible pena de multa. Por tanto, en cuanto al establecimiento de una pena de prisión para todos los casos de trata no tengo nada que objetar. Sin embargo, considero desacertado establecer una pena de prisión común que no distinga entre los medios comisivos empleados. A mi parecer, no es lo mismo llegar a una situación de explotación por medio de la violencia o la intimidación que

hacerlo a través de maquinaciones fraudulentas que conduzcan a una situación de engaño.

- 5) Un aspecto que debería ser superado es el relacionado a la territorialidad del delito puesto que el principio de universalidad contemplado para este delito cubre todos los delitos de trata de seres humanos con independencia del lugar en el que se den.
- 6) Respecto a la valoración personal sobre el delito de matrimonio forzado, ¿es conveniente que se regule específicamente el delito de matrimonio forzado?

Siguiendo algunos de los planteamientos de los autores mencionados en el trabajo, considero que la previsión específica de un delito de matrimonio forzado es innecesaria y baso mi opinión en los siguientes aspectos:

Por un lado, centrándome en el primer apartado del artículo 172 bis, de matrimonio forzado, establece una serie de medios concretos para compeler a contraer matrimonio. ¿Es esto adecuado? No resulta propicio acotar los medios puesto que lo realmente importante es el resultado de compeler a una persona a contraer un matrimonio que no desea. La realidad nos lleva a plantearnos diversas situaciones entre las que resaltan las familias que se ven obligadas de alguna forma a consentir este tipo de enlaces matrimoniales. En muchos casos las víctimas no necesitan de ningún medio para ser compelidas por lo que, ¿si este precepto no contempla esta situaciones por qué es necesario establecerlo? La única justificación que encuentro para contemplar un precepto específico de matrimonio forzado es para cubrir y proteger a aquellas personas que por razones ideológicas o por tradición no precisan ni de violencia ni de intimidación grave para ser compelidas a contraer matrimonio.

Por otro lado, el segundo de los apartados del nuevo artículo 172 bis guarda una estrecha relación con el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis. Desde mi punto de vista es tal la relación que cuestiono la necesidad de prever un artículo específico de matrimonios forzados puesto que por medio del delito de trata de seres humanos con la nueva finalidad incorporada de matrimonio forzado ya queda recogida la conducta que nos compete.

Además, el segundo de los apartados del artículo 172 bis contempla el empleo de violencia, intimidación grave o engaño como medios para forzar a abandonar o regresar a un territorio. Todo ello con la finalidad de que se celebre un matrimonio de forma forzada. La trata por su parte, contempla no sólo los medios previstos en el delito del artículo 172 bis sino más medios comisivos. Además, prevé una serie de conductas concretas que junto a los medios tienen por finalidad la celebración de un matrimonio forzado.

¿Existe alguna forma de forzar a abandonar el territorio o regresar al mismo que no sea transportando a la persona, trasladándola, acogiéndola, captándola, recibíendola, intercambiando o transfiriendo el control sobre la misma? Me cuesta imaginarme una situación en la cual se acuda a otra conducta que no esté prevista en el delito de trata. Por tanto, ¿tiene sentido este apartado segundo del artículo 172 bis?, ¿qué conductas contempla que no puedan ser previstas por medio del delito de trata?

En conclusión, el artículo 172 bis resulta del todo inefectivo puesto que su previsión no sirve para proteger más o contemplar situaciones que con anterioridad quedaban desamparadas penalmente. La única situación que quedaba fuera del amparo legal es la que se presenta en algunos casos cuando la víctima no precisa de ningún medio para ser compelida a contraer matrimonio. Supuesto que no se contempla lo que sustenta más mi idea de considerar el precepto innecesario.

Asimismo, la trata de seres humanos es un tipo más amplio y complejo que puede englobar todas las situaciones por medio de su nueva finalidad de matrimonio forzado. La pena establecida se ajusta mejor, a mi parecer, a la realidad de las actuaciones y a las consecuencias que traen aparejadas para la víctima.

- 7) Un aspecto que ha llamado mi atención respecto al tipo, es el establecimiento de una pena alternativa de multa. ¿Es acertado considerar una pena de multa para un delito de estas características? A mi parecer no lo es. El simple hecho de intimidar gravemente o emplear violencia para compeler a contraer un matrimonio de forma forzada tiene la suficiente trascendencia como para plantearse una pena de multa.

Considero la previsión de una pena alternativa de multa desacertada ya que las características de las conductas, a mi juicio, llevan a aparejada una serie de

consecuencias de entidad suficiente como para que se castigue al autor con una posible pena de multa.

Además, y siguiendo con la penalidad, el establecer como criterio para considerar una pena u otra o la duración de una u otra pena, “la gravedad de la coacción o de los medios empleados” resulta del todo distorsionador. Acudimos al término coacción para castigar por un delito que se considera que tiene la suficiente independencia jurídica como para contemplarlo en un precepto específico, ¿es esto adecuado? A mi parecer, el que se encuentre ubicado dentro de las coacciones no es razón para emplear como criterio la gravedad de las mismas. Considero que si se acude como base a las coacciones es porque existe una clara relación, por tanto, ¿es necesario incorporar este nuevo delito o tenía respaldo suficiente por medio de las coacciones?

VII. ANEXOS

Anexo 1

<i>Trata (art. 177 bis)VS tráfico de personas (art. 318 bis)</i>		
Origen	El origen puede ser común → pobreza y falta de futuro	
Bien jurídico protegido¹	Delito contra los derechos de la persona	Delito contra los intereses del Estado (control de flujos migratorios)
Consentimiento de la víctima²	La víctima no es parte del contrato o acuerdo sino objeto del mismo. La víctima no consiente o si lo hace, este consentimiento está viciado por el engaño, abuso, violencia o cualquier otro medio que anule su validez.	El migrante acuerda con el traficante la realización de la conducta típica. Se caracteriza por el acuerdo de voluntades entre el traficante y el migrante.
Alcance territorial³	Trata interna o transnacional. Se considera tanto los casos de trata que tienen lugar dentro de las fronteras de un estado como aquellos que ostentan un carácter transnacional. Es por ello por lo que se considera que en los casos de trata no es necesario el cruce legal o ilegal de fronteras.	Cruce ilegal de fronteras como algo necesario. Para considerar el tráfico ilegal de personas es condición necesaria que se produzca un cruce de fronteras y que dicho cruce tenga la consideración de ilegal.
Consumación⁴	Delito de mera actividad.	Delito de resultado.
Medios empleados	Concorre violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad.	No es necesario el traslado forzoso ya que en muchas ocasiones el sujeto pasivo acepta su condición de migrante irregular.
Finalidad	Como finalidad la explotación.	Como finalidad la entrada ilegal del migrante. Es decir, la entrada ilegal de una persona en un país que no es el suyo con vocación de permanecer en él por tiempo más o menos indeterminado sin poseer los correspondientes permisos de residencia.
Modo de actuación	Captador. El proceso comienza con la captación, sigue con el traslado y la fase de explotación.	El migrante se pone en contacto con el traficante y le paga por sus servicios. El delito finaliza con la llegada del migrante al país de destino. Hay que tener presente que la persona que acoge al migrante también comete el delito.

¹ Por su parte, el artículo 177 bis CP protege la dignidad y la libertad¹ mientras que en artículo 318 bis predomina el interés del Estado en controlar los flujos migratorios². En algunas mentes el inmigrante es considerado como un individuo peligroso, que supone un peligro para la sociedad. Muchos estudios demuestran, sin embargo que la relación entre inmigración y delincuencia no es tan estrecha. Es por ello por lo que se podría afirmar que la entrada ilegal no tiene “[...] la lesividad suficiente para merecer una sanción penal”. Siguiendo con esta idea únicamente podría aceptarse la intervención del Derecho penal en aquellos casos en los que los derechos de las personas que se movilizan se ven afectados. Surge, por tanto, la discusión entre quienes mantienen estas ideas y quienes se sitúan al otro lado de la balanza considerando necesario este control en los flujos migratorios desde el Derecho Penal elevando a delito lo que por otros se considera infracción administrativa³. Hay que tener presente que la forma en la que a veces se lleva a cabo el transporte y la introducción clandestina en el país de destino puede poner en peligro la vida o seguridad del sujeto pasivo, y dada su vulnerabilidad puede caer en manos de redes que persigan su explotación. Es en estos casos donde efectivamente apreciamos una relación entre el tráfico ilegal de personas y la trata de seres humanos. Todo ello nos lleva a considerar que a pesar de que el bien jurídico predominante sea el interés de los Estados a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras, también se protegen derechos fundamentales de los extranjeros que pudieran verse afectados como consecuencia de ciertas conductas relacionadas con el fenómeno migratorio, y que se ven lesionados al convertirse el sujeto en objeto de una específica modalidad de tráfico.

² En el tráfico ilegal de personas el migrante acuerda con el traficante la realización de la conducta típica. Se caracteriza, por tanto, por la existencia de un acuerdo de voluntades entre el traficante y el migrante, acuerdo que en el delito de trata no puede considerarse. Hay que tener presente que cuando hablamos de consentimiento en el tráfico ilegal de personas nos estamos refiriendo a un consentimiento relativo. Se considera relativo ya que ninguna persona está dispuesta a abandonar su lugar de origen si no es por la existencia de motivos que le impulsan a ello. Asimismo, no podemos equiparar la situación de una persona que es obligada a abandonar su lugar de origen prometiéndole un futuro mejor, es decir, siendo engañada y desconociendo la finalidad real que subsiste en la actuación de un tratante, con la situación a la que se enfrenta aquella persona que conoce la ilegalidad de la acción que está llevando a cabo y en

cierta manera consiente. Es por ello por lo que en la trata de seres humanos se da una completa ausencia de consentimiento mientras que en el tráfico este consentimiento se puede considerar de alguna manera, siempre matizando que se tratará de un consentimiento relativo.

³ En el delito de tráfico ilegal de personas es necesario que se de un cruce de fronteras mientras que en el delito de trata se considera tanto la trata a nivel nacional como transnacional.

⁴ El delito de trata de seres humanos es considerado como un delito de mera actividad ya que se consuma aunque la explotación no llegue a darse. La trata es un proceso y la explotación un fin. El delito de tráfico ilegal de personas requiere que se efectúe la entrada de ese inmigrante ilegal en el lugar de destino⁴. Por tanto el delito de trata de seres humanos es considerado como delito de mera actividad mientras que el delito de tráfico ilegal de personas requiere de un resultado, y es por tanto, considerado como delito de resultado.

Anexo 2. Comparativa tipos cualificados

Comparativa tipos cualificados modificados tras la reforma 1/2015	
<i>Art. 177 bis anterior a la reforma 1/2015</i>	<i>Art. 177 bis actualmente vigente</i>
<p>4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad; c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. <p>Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.</p>	<p>4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. <p>Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.</p>

Los supuestos cualificados modificados son los correspondientes a las letras a) y b) en el marco de las agravaciones de primer nivel del apartado 4 del artículo.

Como podemos observar, las agravaciones se han reducido pasando de tres a dos. En concreto, se sustituye la expresión, cuando “a) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima”, por cuando “a) se hubieran puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto de delito”. Se concreta con ello la indeterminación de la puesta en grave peligro a la víctima.

Por otro lado, desaparece el apartado c) y se incorpora el contenido del mismo en el nuevo apartado cuando “b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”.

Asimismo, se añade como causa para valorar la especial vulnerabilidad de la víctima, el estado gestacional de la misma. Esta incorporación puede interpretarse de

dos maneras: la primera, que a través de la mera constatación del embarazo se tiene acceso a esta vía agravada del tipo y la segunda, que se ha de tratar de mujeres embarazadas que por su estado, generalmente avanzado o por problemas derivados de su gestación, se hacen especialmente vulnerables.

Además, se ha concretado que la situación de vulnerabilidad se deba a una situación personal lo cual incluye la situación familiar, social o económica.

Puesto que la minoría de edad, es considerada *per se* una situación vulnerable, para poder acudir al tipo agravado del apartado cuatro del artículo, es necesario que se den otros medios comisivos. Queda reflejada la protección del menor de edad, considerando su corta edad como circunstancia que le hace más vulnerable, en el apartado segundo del artículo. De no tener en cuenta lo aquí mencionado se acudiría a la agravante por minoría de edad de forma automática. Debe reservarse este tipo cualificado para aquellas circunstancias en las que se demuestre que existe un mayor injusto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, 2000, págs. 1-322.

BOLAÑOS VÁSQUEZ, Haztel Jasmin, “Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito” en: *RDMyE*, núm. 34, 2013, págs. 1-15.

CASADO CABALLERO, Vanessa, “La trata de mujeres con fines de explotación sexual: La globalización de la violencia de género” en: VÁZQUEZ BERMÚDEZ, Isabel (Coord.), *Logros y retos: Actas de III congreso universitario nacional "Investigación y género"*, CS9, Sevilla, 2011, págs. 253-273.

CASTELLANOS TORRES, Esther/ RANEA TRIVIÑO, Beatriz, “La perspectiva de género y de los Derechos Humanos en el análisis de la prostitución y la trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una aproximación desde la voz de las propias mujeres” en: *Dilemata*, nº 16, 2014, págs. 161-179.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “El delito de matrimonio forzado”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 365- 378.

ESCRIBANO ÚBEDA- PORTUGUÉS, José, “Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes” en: *Nova et Vetera*, vol. 20, núm. 64, 2011, págs. 133- 150.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Trabajo sexual y trata de seres humanos a la luz del Proyecto de Reforma del CP de 2013” en: *RGDP*, núm. 22, 2014, págs. 1-24.

GAVILÁN RUBIO, María, “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción” en: *AJEE*, núm. 48, 2015, págs. 103-129.

GRISSETTI, RICARDO Alberto y KAMADA, Luis E., “El delito de la trata de personas y los nuevos estándares en materia de competencia judicial”, en: *RDPyC*, núm. 3, 2012, págs. 49-54.

GUINARTE CABADA, Gumersindo, “El nuevo delito de matrimonio forzado (Artículo 172 bis del CP)”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.)/ MATALLÍN EVANGELIO, Angela/ GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 561- 574.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad”, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (dir.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2015, págs. 164-165.

MAQUEDA ABREU, Maria Luisa, “El nuevo delito de de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP”, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant to Blanch, Valencia, 2013, págs. 529- 534.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas” en: *EPyCrim*, núm. 31, 2011, págs. 325-390.

O. TAZZA, Alejandro, “Algo más sobre el delito de trata de personas” en: *RDPyC*, núm. 10, 2013, págs. 3-11.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Tráfico de personas y otros tipos relativos a extranjeros”, en: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 189- 270.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, “A vueltas con la “inmigración ilegal” y el nuevo delito de trata de personas” en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G./ GONZÁLEZ TASCÓN, María M./ VILLA SIEIRO, Sonia V. (Coords.), *Homenaje a Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, págs. 459-489.

PALMA HERRERA, José Manuel, “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson S.L., Madrid, 2015, págs. 397-403.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel/ RIAÑO BRUN, Iñaki/ POELEMANS, Maitena, *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs., 23-75.

SANTANA VEGA, Dulce, “Delitos contra la integridad moral”, en: CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial (Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 192-206.

TRAPERO BARREALES, María A., en: trabajo inédito, *Matrimonios ilegales y derecho penal*, 2015, págs. 1-56.

VARGAS GALLEGU, Ana I., en: *El derecho*, núm. 2, 2014, 6, en: <http://asesoriajuridica.umh.es/files/2015/03/Revista-El-Derecho-n%C3%BAmero-2-enero-2014.pdf>

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación” en: *AFDUCor.*, núm. 14, 2010, págs. 819-865.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, en: *RECPyC*, núm. 13-14, 2011, págs. 1-52.

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, “Trata de seres humanos y delincuencia organizada: Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, en: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, págs. 1-35.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015” en *DLL*, núm. 8554, 2015, págs. 1-18.

IX. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990 de 02/07/1990.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1359/99 Sala 2º de lo Penal de 02/10/1999.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1428/2000 Sala 2ª de lo Penal de 23/09/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1588/2001 Sala 2ª de lo Penal de 17/09/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1689/2003 Sala 2º de lo Penal de 18/12/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1367/2004 Sala 2º de lo Penal de 29/11/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1425/2005 Sala 2º de lo Penal de 05/12/2005.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 728/2005 Sala 2ª de lo Penal de 09/06/2005.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 651/2006 Sala 2ª de lo Penal de 05/06/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 556/2008 Sala 2ª de lo Penal de 17/09/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 951/2009 Sala 2º de lo Penal de 09/10/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 249/2011 Sala 2º de lo Penal de 01/04/2011.

Sentencia de Tribunal Supremo núm. 373/2011 Sala 2ª de lo Penal de 13/05/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/2013 Sala 2º de lo Penal de 17/07/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 17/2014 Sala 2ª de lo Penal de 28/01/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2015 Sala 2ª de lo Penal de 13/05/2015.

X. OTROS RECURSOS EMPLEADOS

Circular 5/2011 de la FGE, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 30 de abril de 1956.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005.

Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOUE L 82, del 23).

Informe del Consejo General del Poder Judicial, 2012, 185-186, en:

<http://www.feministasconstitucional.org/sites/default/files/Informe%20del%20CGPJ%20modificacion%20CP%202012.pdf>

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, Madrid, 2012, en:

<http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONSEJO%20FISCAL.pdf>

Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, *Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, 2015, 14, en:

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/plan_integral_trata_18_septiembre_2015_2018.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas”, *David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud*, 2002, en:

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>

Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, 2010, en:

https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/64/a-res-64-293_S.pdf