

Sobre la urgente necesidad de
una tipificación autónoma e
independiente de la trata de
personas

Alberto Daunis Rodríguez

Universidad de Salamanca

Abstract

La regulación penal española de la trata de personas está actualmente encuadrada en un grupo de normas penales que responden a una política criminal claramente determinada por las exigencias de la política migratoria estatal y de la Unión Europea. Se detecta un perverso enfoque trafiquista de la prohibición que incrimina la trata de personas, que aparece confundida y mezclada con la criminalización del tráfico de personas en el art. 318 bis Cp. La presente contribución alerta sobre la necesidad de reforma de la norma y la urgencia de incorporar un delito autónomo e independiente de trata de personas, sin aguardar a la, siempre impredecible, tramitación del Proyecto de Reforma del Código penal.

Die spanische strafrechtliche Regelung des Menschenhandels, erscheint zur Zeit eingefuegt in eine strafrechtliche Normkategorie welche auf eine, durch die staatliche Migrationspolitik und die der Europaeischen Union bestimmten, Kriminalpolitik reagiert. Es erscheint eine verwerfliche haendlerische Sicht des Verbotes welches den Menschenhandel, durch die Verwechslung und Vermischeung der Kriminalisierung des Menschenschmuggels des Artikels 318 bis "Código Penal", bezichtigt. Die aktuelle Studie warnt vor der Notwendigkeit der Reformierung des Gesetzes und die Dringlichkeit ein selbststaendiges und unabaengiges Delikt des Menschenhandels einzugliedern, ohne auf die, immer unvorhersehbare, Reformierung des "Código Penal" zu warten.

The actual spanish criminal regulation of human trafficking appears in a category of laws giving response to a crimal policy influenced by the national migration policy and the European Union. The penalization of human trafficking gets mixed and confused with the punishment of people smuggling of article 318 bis "Código Penal". Our work study warns of the need to reform the law and the necessity to institute an autonomic and independent delict of trafficking in persons, without waiting for the, always unpredictable, reformation of the Penal Code.

Title: The Urgent Need For An Independent Codification of Human Trafficking

Titel: : Die dringende Notwendigkeit einer autonomen und unabhängigen Bestrafung des Menschenhandels

Keywords: Smuggling of migrants, Trafficking in persons, prostitution, migración policy.

Schlüsselwörter: Menschenschmuggel, Menschenhandel, prostitution, Migrationspolitik.

Palabras claves: Tráfico de personas, trata de personas, explotación sexual, prostitución, enfoque trafiquista, política migratoria.

Sumario

- 1.-Introducción**
- 2.-Delimitación conceptual y fenómenos delictivos afines**
 - 2.1.- La inmigración irregular, clandestina o ilegal**
 - 2.2.- El tráfico de personas**
 - 2.3.- La trata de personas**
- 3.- La defectuosa adaptación de los protocolos de la ONU de tráfico y trata de personas por la legislación española**
 - 3.1.- El tipo base del art. 318 bis CP**
 - 3.1.1.-El discutible objeto de protección de la norma**
 - a) El extranjero objeto del tráfico**
 - b) Los intereses estatales en control de la inmigración**
 - 3.1.2.- Los elementos nucleares de la conducta típica**
 - 3.2.- El subtipo agravado 2º de art. 318 bis CP: la finalidad de explotación sexual**
 - 3.2.1.- La explotación de la prostitución ajena del art. 188.1 in fine CP**
 - 3.2.2.- La finalidad de explotación sexual del tráfico ilegal de personas (art. 318 bis 2 CP)**
- 4.-Principales lagunas de punibilidad y efectos perversos de la regulación actual de la trata de personas. A modo de recapitulaciones**
- 5.- Anexo: Notas de urgencia sobre la modificación prevista en el Anteproyecto de reforma del Código Penal**
- 6.- Bibliografía**
- 7.- Tabla de sentencias**

1.- Introducción

La brecha económica que separa a los países del *Norte* y del *Sur*, o del *Centro* y de la *Periferia*, se hace cada vez más abismal. Paralelamente a esta profundización de la desigualdad económica planetaria, se advierte una clara restricción de las políticas inmigratorias de los Estados más industrializados. Los cambios en los procesos de producción, que transitan del *modelo fordista* - caracterizado por una gran concentración de mano de obra y aglutinar todo el proceso productivo en un mismo país-, a un *modelo posfordista* -protagonizado, entre otros elementos, por la continua contracción de la demanda de fuerza trabajo, la especialización flexible y la deslocalización- han propiciado la progresiva restricción y eliminación de los cupos de inmigración¹.

Ante la imposibilidad de realizar el proyecto migratorio a través de los cauces legales, el migrante se ve obligado a acudir a terceras personas que le faciliten el mismo. Son varios los tipos de *intermediarios* que intervienen en la migración: la familia, los grupos de amigos, las redes sociales formadas por otros connacionales o las bandas organizadas, entre otros.

Cuando los migrantes no cuentan con recursos económicos suficientes para sufragar los costes del viaje y no son capaces de acceder a las redes sociales, de familiares o amigos; pero, aún así, persisten en su interés de emigrar, se colocan en situación de riesgo de convertirse en víctimas de las bandas organizadas dedicadas a la trata de personas.

En las últimas décadas se constata un fuerte aumento de esta conducta criminal, observándose un escenario planetario verdaderamente desesperanzador. Especialmente preocupante es la situación que sufre África: su pobreza endémica favorece la proliferación de la trata con fines de explotación laboral y sexual en todo el continente. De esta forma, se advierte un importante aumento de la *trata interna*, debido fundamentalmente a la fuerte degradación del sector agrícola, que ha propiciado la captación de mujeres y hombres en el campo para ser explotados en las ciudades. Aunque, resulta más preocupante la *trata externa*, que se produce entre los propios países africanos; y desde éstos hacia otros continentes. Concretamente, la trata de personas se ha expandido con virulencia en Ghana, Nigeria, Etiopía y Mali, donde se captan a mujeres y niños para trabajar en la industria del sexo, en la economía sumergida o en el servicio doméstico de países europeos (España, Italia, Países Bajos) y del Oriente Medio².

¹ Sobre la transición de estos modelos y su consecuente influencia en el tratamiento normativo de la inmigración, permítasenos citar nuestro trabajo, DAUNIS RODRÍGUEZ, «Control social formal e inmigración», *RGDP* (10) 2008, pp. 1-42. Para un análisis profundo y completo pueden consultar también BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, Comares, 2007, *passim*, especialmente el cambio de modelo, pp. 87-110.

² Sobre la fenomenología y etiología de la trata de personas en África, véase ADPEPOJU, "Review and Research and data on human trafficking in sub-saharan Africa", en LAZKO/GOZAZIAK (Vds.), *Data and research on Human Trafficking: A global survey. Offprint of the Special Issue of Internacional Migration*, Vol. 43 (1/2), OIM, 2005, p. 77. UNODC, *Measures to combat Trafficking in Human Beings in Beni, Nigeria and Togo*, 2006, pp. 48-65.

Igualmente, suscita cada vez mayor gravedad la trata de personas en Asia Sudoriental: en Viet Nam, Camboya y Tailandia las víctimas se destinan a la explotación sexual, a la explotación laboral en talleres clandestinos, a la mendicidad callejera o para cederlos en matrimonio³.

Cuestión similar ocurre en América Latina, donde los distintos conflictos internos y la profunda crisis económica explican la fenomenología criminal. Así, por ejemplo, en Colombia, se calcula que diez mujeres son *sacadas* diariamente del país para someterlas a la trata, estimándose que 500.000 mujeres y niños se encuentran fuera del país siendo objeto de explotación sexual o trabajo forzado. España es el segundo país de destino de las mujeres tratadas procedentes de Colombia⁴.

Respecto a Europa, se alude a la difícil transición socioeconómica postsoviética a la economía de mercado y a la desintegración de Yugoslavia para explicar el incremento de la trata de personas desde el Este del continente hacia el Occidente⁵.

Sea como fuere, se calcula que actualmente unos 12 millones de personas han sido captadas en 127 países de origen para ser explotadas en 137 países de destino, convirtiéndose la trata de personas en la tercera actividad criminal más rentable, al generar unas ganancias anuales de 32 millones de dólares⁶.

El presente artículo tiene como objetivo principal poner de manifiesto las importantes deficiencias que revela la respuesta del Derecho penal español a esta grave conducta criminal, alertándose sobre la urgente necesidad de reforma.

Habida cuenta los problemas existentes para definir la trata de personas, entendemos necesario detenernos, con carácter previo, en su conceptualización y delimitación de otras conductas ilegales en conexión, como la inmigración clandestina y el tráfico ilegal.

Una vez clarificados el alcance y significado de la trata de personas, nos centramos en la nefasta regulación (o, mejor expresado, desregulación) que propone nuestro ordenamiento penal. La prohibición de la trata de personas se incorpora, en el año 2003, como subtipo agravado del delito de promoción de la inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas (art. 318 bis CP), lo que supone un claro desatino legislativo, que genera graves problemas de aplicación e interpretación del tipo, así como inaceptables lagunas de punibilidad.

Analizamos las cuestiones más problemáticas que presenta la citada regulación, haciendo hincapié en el complejo análisis del bien jurídico contenido en la norma, tanto en el tipo básico como en el subtipo agravado^{2º}; en la interpretación de los elementos nucleares del tipo base -

³ Véase UNODC, *Trafficking in persons: Global patterns*, 2006, pp. 88 y ss.

⁴ Respecto de la trata en Colombia, véase OIM, *Panorama sobre la trata de personas. Desafíos y respuestas: Colombia, Estados Unidos y República Dominicana*, OIM-Misión en Colombia, 2006, p. 16.

⁵ Véase SURTISS, *Second annual report on victims of trafficking in South-Eastern Europe*, OIM, 2005, p. 440. EUROPOL, *Trafficking Human Beings in the European Union: A Europol perspective*, Mayo 2007, p. 3.; EUROPOL, *Trafficking of women and children for sexual exploitation in the EU: involvements of western Balkans Organised Crimes*, 2006, pp. 10-23

⁶ Véase UNODC, *Trafficking in persons: Global patterns*, 2006, p. 17.

inmigración clandestina y tráfico de personas; en el confuso concepto de *explotación sexual* contenido en el subtipo agravado 2º y en las perversas consecuencias que acarrea esta deficiente regulación cuando las víctimas son extranjeras comunitarias o, incluso, nacionales.

Finalmente, realizamos un breve análisis del nuevo delito de trata de personas que propone el Proyecto de Reforma del Código penal, así como de algunas de las medidas que se recogen en el *Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual*.

2.- Delimitación conceptual de fenómenos delictivos afines

Como venimos exponiendo, la trata de personas está íntimamente conectada con las migraciones, identificándose un significativo porcentaje de las víctimas con migrantes que quieren desplazarse hacia otros países.

La *política de inmigración cero* propuesta por los países receptores genera la irremediable aparición de una serie de conductas ilegales alrededor de los desplazamientos de personas: *la inmigración irregular, ilegal o clandestina; el tráfico de personas y la trata de personas*. Aunque tales actividades están íntimamente conectadas, presentan una naturaleza y alcance claramente diversos. Su inexacta o errónea clasificación puede acarrear ulteriores problemas de técnica legislativa, que dificultan en exceso el diverso control social formal que demanda cada actividad ilegal y genera una injustificada desprotección jurídica para determinados grupos de víctimas. Es por ello que entendemos necesaria la siguiente breve conceptualización, en aras de establecer las principales diferencias entre el tráfico de personas y la trata de personas.

2.1.- La inmigración irregular, clandestina o ilegal

Las Organizaciones Internacionales no han dictado una definición legal de *inmigración irregular, clandestina o ilegal*. De forma simple, podríamos definir esta actividad como *“aquella que va destinada a infringir las formas y procedimientos establecidos por los Estados para regular el acceso y permanencia de extranjeros a sus respectivos territorios”*.

En la *inmigración irregular, clandestina o ilegal*, no existe la participación de las bandas organizadas, sino que el inmigrante actúa por su propia cuenta o, en su caso, auxiliado por otras personas que, con un ánimo fundamentalmente solidario, favorecen la entrada y/o permanencia del extranjero en el país.

Normalmente, los migrantes utilizan las *redes sociales* que han tejido otros migrantes de su misma familia, región o país en el Estado receptor para acceder al mismo sin cumplir los requisitos establecidos al efecto. Tales grupos de intermediarios actúan como canales de información sobre las formas de acceso al empleo, facilitan el alojamiento para las primeras semanas o meses de permanencia y, en algunos casos, sirven como sistemas financieros para sufragar los gastos

primarios del *recién llegado*. Asimismo ayudan a superar el coste emocional y afectivo que conlleva el desplazamiento, haciéndose más atractivo o viable el mismo⁷.

La prohibición de la *inmigración irregular, clandestina o ilegal* se realiza normalmente a través del ordenamiento administrativo y está destinada a proteger los intereses estatales en controlar los flujos migratorios.

2.2.- El tráfico de personas

En el año 2000 se celebró en Palermo la *Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, que incorpora el *Protocolo Contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*⁸. Dicho Protocolo define el *tráfico ilegal de personas* (denominado en inglés *smuggling of migrants*, es decir, *contrabando de migrantes*), en su art. 6: “*la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*”.

No obstante, el Protocolo sólo se aplicará cuando estas conductas sean de *carácter transnacional* y entrañen la *participación de un grupo delictivo organizado* (art. 4 Protocolo).

En definitiva, para que exista tráfico ilícito de personas debe existir la facilitación a un extranjero por parte de una organización criminal con ánimo de lucro del acceso o entrada irregular, ilegal o clandestina a un Estado diferente al suyo.

2.3.- La trata de personas

La citada *Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, también aborda la *trata de personas* en su *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños*⁹. Dicho Protocolo define claramente la trata de personas en su artículo 3.a) como “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o 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 de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*”.

⁷ Sobre el funcionamiento de estas redes sociales, véase entre otros, GURAK/CACES, «Redes migratorias y formación de sistema de migración», en MALGESINI, (Comp.), *Cruzando fronteras*, 1999, pp. 81 y ss.

⁸ Resolución 55/25, Anexo I, de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. En vigor desde el 25 de diciembre de 2003. Pueden consultar los países que han ratificado la resolución en la siguiente página web de la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas: www.undoc.org/unodc/en/crime_ciCp_signatures_convention.html.

⁹ Resolución 55/25, Anexo III, de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. En vigor desde el 28 de enero de 2004. Pueden consultar los países que han ratificado la resolución en la siguiente página web de la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas: www.undoc.org/unodc/en/crime_ciCp_signatures_convention.html.

Siguiendo las anteriores definiciones dispuestas por Naciones Unidas, pueden identificarse las siguientes diferencias entre la trata y el tráfico de personas.

En primer lugar, la *trata de personas* criminaliza un amplio abanico de conductas: *captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas*. Es decir, la *trata* no es únicamente *trasladar* a un individuo de un país a otro con la intención de explotarlo (sexual o laboralmente); sino que, además incluye otro tipo de actividades como la *captación* o la *recepción* de personas. En cambio, el tráfico de personas exige necesariamente un desplazamiento, es un *delito de movimiento*.

En segundo lugar, la *trata de personas* exige una *anulación o falta de consentimiento de la víctima objeto de la trata*. El tratante debe utilizar algún medio comisivo para doblegar la voluntad de la víctima: coacciones, amenazas, intimidación, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo, entre otros. De esta forma, cuando exista pleno consentimiento de la persona objeto de la conducta no existirá trata.

Por su parte, en el tráfico ilegal de personas nos aproximamos a lo que se denomina un *delito sin víctima*, la cual aparece difuminada en la Sociedad receptora. Porque el migrante está altamente interesado en el éxito final de la actividad delictiva. En consecuencia, el objeto de protección de la norma no es el migrante, sino el interés del Estado en regular los flujos migratorios.

En tercer lugar, las conductas de *tráfico* finalizan con la llegada de los migrantes al país de recepción, constituyendo el *pago del billete* el único ingreso que obtiene el delincuente; mientras que, en la *trata de personas* existe una finalidad de explotación de la víctima, que puede persistir a lo largo del tiempo, incluso después de haber llegado ésta a su destino.

Finalmente, el *tráfico* es una conducta *transnacional* que implica la promoción o facilitación del desplazamiento irregular de una persona a un país distinto al suyo; en cambio, en la *trata*, no se exige dicha transnacionalidad, ya que, en muchas ocasiones, las operaciones se realizan dentro un mismo país (*trata interna*) o entre países que forman parte de un mismo Organismo Supranacional, donde existe libertad para residir en los distintos territorios que lo componen (*v.gr.*, Unión Europea). Por tanto, las víctimas de trata no necesariamente tienen que ser extranjeras, sino que el sujeto pasivo también puede venir configurado por los nacionales.

En definitiva, tráfico y trata de personas son conductas claramente diversas, y aunque la trata de personas suele estar relacionada con los procesos migratorios, no es una conducta destinada a vulnerar las normas migratorias de los Estados, sino que persigue la explotación de un tercero, con independencia de su nacionalidad o su residencia.

3.- La defectuosa adaptación de los Protocolos de la ONU de tráfico y trata de personas por la legislación española

La trata de personas aparece difuminada, desmaterializada y desordenada en el polémico Título XV bis del CP, *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, que contiene un único precepto, el art. 318 bis CP.

Siguiendo la definición marcada por la ONU que recogíamos en el epígrafe anterior, para identificar la *trata de personas* en el art. 318 bis CP, deberán apreciarse hasta tres numerales del mismo: en primer lugar, el tipo base que castiga el favorecimiento del *tráfico ilegal o la inmigración clandestina*; en segundo lugar, el subtipo agravado 2º, que prevé una pena de cinco a 10 años de prisión cuando la finalidad del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la *explotación sexual de personas*; y, en tercer lugar, el subtipo agravado 3º, que sitúa la pena en su mitad superior cuando se hubiera empleado *violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz*.

Principalmente, son dos las cuestiones que nos suscitan una mayor problemática: de una parte, la propia ubicación de la trata de personas junto a las conductas de tráfico ilegal de personas y promoción de la inmigración clandestina, dejando fuera de la órbita de protección de la norma a todas las víctimas de trata que sean nacionales y extranjeras comunitarias; y, de otra parte, la única incriminación de la trata con fines de explotación sexual, excluyéndose otras modalidades de explotación, como la laboral, la mendicidad o la extracción de órganos.

La inclusión de la trata en el art. 318 bis CP supuso la supresión del art. 188.2 CP que criminalizaba esta actividad dentro de los delitos relativos a prostitución de la siguiente forma: *“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 de especial de vulnerabilidad de la víctima”*.

La eliminación del precepto transcrito por la LO 11/2003, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* suponía, a nuestro entender, un acierto legislativo, ya que, esta norma obviaba el recorrido más amplio de la trata de personas, que puede albergar otras formas de explotación diferente a la sexual y, además, sólo se activaba cuando las víctimas fueran extranjeras en situación de irregularidad administrativa.

Habría sido lógico, por tanto, que la supresión del párrafo 2º del artículo 188 CP hubiese significado la creación de un tipo penal diferenciado, donde se castigara la trata de personas con cualquier finalidad de explotación y con independencia de la nacionalidad de las víctimas.

Ni una cosa ni otra: la regulación de la trata, vía LO 11/2003, ni recoge las diversas modalidades de explotación, ni constituye un tipo penal diferenciado y autónomo.

Asimismo en una primera aproximación al tema, la incorporación de la trata en el Título XV bis, puede sugerir un acierto sistemático del Legislador, ya que se aglutinan en una misma prohibición las conductas que aprovechan la inmigración de personas para obtener un beneficio o ventaja financiera. Sin embargo, un estudio más detenido de la naturaleza y alcance de la figura, acredita el importante despropósito legislativo.

En efecto, nos enfrentamos a un tipo base excesivamente abierto, que permite incriminar cualquier conducta que tenga alguna relación, de forma *directa o indirecta*, con la inmigración irregular de un tercero, incluso aquella que comporte un ánimo meramente solidario, al reservarse los elementos que puedan suponer constreñimiento de la voluntad del extranjero objeto del desplazamiento irregular a los subtipos agravados (hasta el ánimo de lucro y la pertenencia a organización delictiva constituyen circunstancias agravantes).

Esta defectuosa redacción típica no sólo genera importantes dificultades para restringir el ámbito de aplicación de la figura, sino también para acreditar la necesaria *lesividad material* que debe contener toda prohibición penal, proponiéndose serias dudas sobre la naturaleza penal del objeto de protección de la figura.

Tales problemas se mantienen en el subtipo agravado 2º, que viene a elevar la pena hasta los diez años de prisión por la mera pretensión subjetiva del autor de cometer el tráfico o inmigración clandestina con fines de *explotación sexual*. Se mantiene, por tanto, la abstracción y vaguedad del tipo básico, que se acentúa al no concretarse la validez del consentimiento de la víctima, persistiendo la incertidumbre sobre el alcance y contenido de la conducta sobre la que bascula la agravación: la *explotación sexual*.

Pese a la clara indefinición de la conducta, el tipo presenta una grave laguna de punibilidad, ya que no incrimina ni la trata de nacionales ni de extranjeros comunitarios, al restringir su ámbito de aplicación a los desplazamientos irregulares.

Un análisis detallado del artículo 318 bis CP excedería las pretensiones de este estudio, por lo que nos detenemos en los principales problemas que se presentan para una correcta y adecuada persecución de la trata de personas.

3.1- El tipo base del art. 318 bis CP

Son varias las dudas e incertidumbres que genera la aplicación e interpretación del tipo base del art. 318 bis CP, aunque nos detenemos únicamente en aquellos problemas que revisten mayor importancia para nuestro objeto de estudio: el análisis del bien jurídico y el significado de los términos de *tráfico de personas* e *inmigración clandestina*, sobre los que bascula la prohibición.

3.1.1.-El discutible objeto de protección de la norma

Fundamentalmente, se discute si la norma recogida en el art. 318 bis CP descansa sobre un interés estatal en regular los flujos migratorios o, más bien, se persigue la protección del extranjero, especialmente su dignidad, integración social o Derechos de ciudadanía.

La doctrina que se ocupa de la figura recoge estas dos vertientes: de una parte, no faltan opiniones que, ancladas en la literalidad de la norma pero atentas a las últimas reformas legislativas en materia migratoria aseveran, de forma crítica, como la *política migratoria* irrumpe en el Derecho penal a través del art. 318 bis CP; mientras que, de otra parte, son muchos los autores que, intentando *salvar* la necesaria naturaleza penal del bien jurídico, realizan importantes esfuerzos interpretativos para erigir como objeto protección un interés individual o colectivo del extranjero.

a) El extranjero objeto del tráfico

Una primera tesis defendida por un importante sector doctrinal, no sólo en términos cuantitativos sino también cualitativos, entiende que el objeto de protección de la norma son los intereses derivados de la condición de persona y ciudadano del extranjero, constituyendo el bien jurídico, la *integración social* o los *derechos y libertades básicos* del extranjero¹⁰.

El planteamiento de estas posiciones puede resumirse de la siguiente forma: mediante la promoción del tráfico ilegal o la inmigración irregular se obstaculiza a los extranjeros, el disfrute y ejercicio de los Derechos que les corresponderían si hubiesen accedido de forma regular.

Evidentemente, si nos centramos en la sugerente rúbrica que contiene la prohibición, *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, y en el título de la norma que la incorpora al acervo penal, la *LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración*

¹⁰ La primera reflexión que analiza la figura destaca la protección de la integración social del extranjero. SERRANO PIEDECASAS, en *Negro sobre blanco*, afirma que la promoción del acceso a nuestro país del extranjero en situación de irregularidad administrativa, impide el posterior ejercicio y disfrute de sus Derechos básicos y necesarios para una adecuada adaptación e inserción en nuestra Sociedad. Por consiguiente, “*el contenido del bien jurídico tutelado en el Título XV bis no es otro que el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar su plena integración social*”, en SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manual de Formación Continua, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 385. SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en LAURENZO COPELLO, (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, 2002, p. 332. Una postura muy similar a la anterior mantienen GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, «Los delitos relativos al régimen de extranjería», en RODRÍGUEZ BENOT/HORNERO MÉNDEZ (coords.), *El nuevo Derecho de extranjería*, 2001, pp. 389 y ss. En una línea muy parecida RODRÍGUEZ MESA, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, p. 58. La autora incide en el extranjero como objeto de protección de la norma, aunque no destaca su integración social, sino directamente su condición de ciudadano, su “*status jurídico: los derechos y libertades reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español*”. Se aproximan a esta última opinión SAINZ CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2002, p. 70. , SAINZ CANTERO CAPARRÓS «Sobre la actual configuración de los derechos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en CARBONEL MATTEU, *et. al.*, (coords.), *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 805. CONDE PUMPIDO TOURÓN, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en MARTÍN PALLÍN (Dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, CGPJ, 2004, p. 296. NAVARRO CARDOSO., «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *RP*, 2002, pp. 44-45.

Social, la interpretación defendida por este sector doctrinal no parece errónea. No obstante, las posteriores reformas de la norma, un análisis de la política migratoria estatal y los importantes problemas existentes para acreditar la relación de causalidad entre la acción de promover la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas y la imposibilidad de ejercer ciertos Derechos o no conseguir una adecuada integración social, nos conduce a separarnos de esta interpretación doctrinal.

A nuestro entender, el sujeto que promueve, facilita o favorece la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas no obstaculiza el ejercicio de los Derechos de los Extranjeros que acceden de forma irregular, sino que, es la propia Administración quien los niega, al exigir que el extranjero cumpla una serie de requisitos que condicionan la adquisición de tales Derechos.

Posteriormente, adquiere una especial relevancia la idea de la *dignidad humana* como objeto de protección de la norma. La primera opinión a este respecto venía dada por VILLACAMPA ESTIARTE que, antes de la reforma operada por la LO 11/2003¹¹, entendía necesario realizar una interpretación restrictiva de la norma que la dotara de la suficiente *antijuridicidad material*, evitando su conversión en una mera prohibición formal. En este interés, la citada autora incide en la mercantilización y cosificación que sufre el extranjero objeto del tráfico, que es tratado como una mera mercancía o cosa objeto de negocio¹².

¹¹ Dicha reforma ampliaba aún más sin cabe la conducta del tipo base al incorporar junto al tráfico ilegal de personas, las actividades de inmigración clandestina, impidiéndose, a nuestro entender, cualquier interpretación restrictiva de la norma.

¹² Véase VILLACAMPA ESTIARTE, «Título XV bis. Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª ed., 2001, quien afirma que “el bien jurídico protegido no debe buscarse en un indicador macroeconómico, sino en los intereses personales e individuales de quienes se ven sometidos a un traslado ilegal. Siendo así, el mismo podría concretarse en la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos, en el impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción al trata vejatorio que representa convertir en cosas a los seres humanos” p. 1517. Aunque posteriormente matizará su posición en el trabajo, «Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código penal español», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006. En este último artículo afirma la citada autora: “partiendo de que en el delito objeto de análisis se protege la dignidad humana, que obviamente, no constituye patrimonio de determinados grupos humanos, aunque la tutela que dispense el art. 318 bis CP se limite a ciudadanos extranjeros por la propia rúbrica del título, cabe operar una interpretación del comportamiento típico integrante del tipo básico del delito que limite su literalidad. Debe indicarse, sin embargo, que dicha empresa no resulta fácil, puesto que el abanico de conductas ex ante subsumibles en el tipo resulta amplio, tanto atendiendo a las actividades incorporadas, como a los verbos típicos utilizados, como a la posibilidad de promover, favorecer o facilitar de forma directa e indirecta el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, elementos estos últimos que conducen a la asunción de lo que podría identificarse como un concepto unitario de autor, p. 96. Son numerosos los trabajos posteriores que siguen defendiendo la dignidad del extranjero como bien jurídico del art. 318 bis CP, entre los que destaca el estudio desarrollado por PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, 2004, que viene a incidir en la mercantilización o cosificación del extranjero objeto del tráfico: “la dignidad humana se ve afectada en el momento en el que se ponen en marcha procesos de despersonalización, esto es, cuando la personas es tratada no como tal sino como puro objeto o cosa. Cualquier negociación que tenga por objeto al ser humano, a la persona como categoría genérica, debe considerarse ilegal por suponer un atentado contra la dignidad de la misma. Se trata de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en una mercancía, p. 173. En el mismo sentido, PADILLA ALBA, «El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre», *La Ley Penal* (14), Año 2005, p. 2; PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2006, pp. 48-49; SILVA CASTAÑO, «Protección penal de los ciudadanos extranjeros», en CUERDA RIEZU (Dir), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9, 10 de marzo de 2005*, 2006, p. 436., SILVA CASTAÑO «Estudio del artículo 318 bis del Código penal», en ZUGALDÍA ESPINAR. (Dir), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, 2007, p. 185. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de*

No puede negarse que existen supuestos de tráfico de personas en los que se produce dicha despersonalización del extranjero, al considerarlo como una cosa o mercancía objeto de un negocio lucrativo, abusando de su situación de necesidad para engañarlo y estafarlo, transportándolo en condiciones infrahumanas con uso de violencia o intimidación.

Sin embargo, tampoco puede obviarse que dicho tratamiento indigno no concurre en todos los casos. La realidad criminológica pone de manifiesto la existencia de múltiples conductas de tráfico de personas, donde las organizaciones o sujetos individuales que introducen a los extranjeros en España utilizan diversos medios que no conllevan atentado alguno a su dignidad. Así, parece claro que no se afecta a la dignidad del extranjero cuando un funcionario de policía español facilita el acceso del hermano de su novia marroquí; o el individuo que lleva oculto en su vehículo a un familiar que no tiene permitido el acceso España¹³; o, incluso, la actuación de las bandas organizadas de Europa del Este que transportan, mediante precio, a los extranjeros a España en microbús como meros turistas, sin que el extranjero sufra condición indigna alguna. En estos últimos supuestos, aún existiendo la participación de una banda organizada y ánimo de lucro en la conducta, no puede sostenerse la afeción del bien jurídico dignidad.

Cuando se produce tráfico ilegal de personas, incluso por una banda organizada con ánimo de lucro, el extranjero no necesariamente debe ser tratado como una mercancía con la que se negocia. Porque, en puridad, el *traslado o la introducción clandestina* es lo que supone o conlleva el lucro del traficante; y no negociar o comerciar con el extranjero. En otras palabras, *el objeto del comercio o negocio es el servicio prestado ilegalmente al extranjero, pero no el extranjero en sí*.

Asimismo, mantener este bien jurídico como objeto de protección del art. 318 bis CP supone obviar que los medios comisivos propuestos para concretar el concepto de dignidad humana (como la violencia, intimidación, engaño, abuso e, incluso, el ánimo de lucro) están recogidos

personas en el Derecho penal español, 2007, p. 149. LLORIA GARCÍA, en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, 2007, p. 184. Una posición más ecléctica parece sostener GÓMEZ NAVAJAS, «Inmigración ilegal y delincuencia organizada» en ZUGALDÍA ESPINAR. (Dir), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, 2007, al afirmar: “No obstante, pese a que el tráfico ilegal de personas afecta sin duda alguna y en primer lugar a la dignidad de los seres humanos que se convierten de este modo en *res in commercium*, no puede perderse de vista que el legislador penal ha querido proteger también el control de los flujos migratorios, extendiendo más allá de lo que sería pertinente el principio de intervención mínima, convertido cada vez más en una fórmula retórica y en un *desideratum* alejado de la realidad legal y político criminal actual”, p. 404. Finalmente, dentro de esta línea que sostiene la dignidad como bien jurídico protegido destaca el estudio de García Arán, que realiza importantes esfuerzos para concretar la afeción necesaria que active el 318 CP bis, al afirmar que no existirá delito cuando los hechos cometidos no conlleven ánimo de lucro, especiales propósitos, medios violentos, abusivos, etc., y que no generen una *situación de especial vulnerabilidad para el posterior ejercicio de derechos por parte del inmigrante*, GARCÍA ARÁN «Los tipos acogedores del tráfico de personas», en GARCÍA ARÁN (ed.), *Trata de personas*, 2006, p. 208, pero que, a nuestro entender sigue manteniendo la indefinición del objeto de protección dignidad cuando en la Introducción del libro citado afirma que “también es tratada como una cosa en los casos en que el inmigrante toma la iniciativa de su traslado para emigrar ilegalmente poniéndose en manos de quienes lo organizan. En la organización de la emigración-inmigración ilegal, el inmigrante es propiamente la mercancía en la que se basa el negocio y se ve sometido a condiciones de dominio, en las que su consentimiento resulta y debe resultar irrelevante para el derecho. Es más las respuestas jurídicas a estas situaciones deben partir de la presunción de que, en términos económicos y sociológicos, el consentimiento nunca es perfecto”, p. 5.

¹³ Ejemplos de supuestos de promoción de la inmigración solidaria expuestos por CANCIO MELIÁ/MARAVAR GÓMEZ, «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 362.

expresamente en los subtipos agravados, lo que dificulta cualquier interpretación restrictiva del tipo básico que, irremediamente, queda configurado como una mera infracción formal que castiga la simple promoción de la inmigración irregular de un tercero¹⁴.

En definitiva, son loables los esfuerzos que realiza este sector de la doctrina para identificar un bien jurídico penal en la norma que justifique su presencia en el acervo penal; sin embargo, tales interpretaciones se exceden de la literalidad del precepto y, prácticamente, crean otro nuevo. A nuestro entender, estos autores realizan una interpretación *lege ferenda* de la norma y, en lugar de reflejar lo que *dice* el precepto, más bien manifiestan lo que *debería decir*.

b) Los intereses estatales en controlar la inmigración

En el extremo opuesto al anterior se sitúan aquellos que afirman que el art. 318 bis CP responde a los intereses de la política migratoria española. Desde estas posiciones el citado precepto no está postulado para proteger los extranjeros que intentan acceder a España de forma irregular, su integración, Derechos sociales básicos o su dignidad; sino que, más bien, se destina a facilitar al Estado el control de los flujos migratorios, a evitar que accedan al territorio español personas que no cumplan los requisitos establecidos al efecto, poniendo en peligro la estabilidad económica y social del país. En realidad, el Legislador instrumentaliza los Derechos de los extranjeros para proteger los intereses del Estado¹⁵.

¹⁴ En este sentido, resultan especialmente esclarecedores los comentarios de TORRES FERNÁNDEZ, cuando afirma que: “en el tipo básico del artículo 318 bis 1 no se ha incorporado ningún elemento que describa expresamente ninguna forma de vulneración de la dignidad humana. Ello no supone desconocer o volver la espalda a la realidad de la práctica delictiva, que nos muestra en un notable número de ocasiones a los inmigrantes trasladados en condiciones en las que se les niega el tratamiento mínimo que merecen por su condición de personas. Ello por sí mismo sólo evidencia que en la realidad se imponen las modalidades comitivas más descarnadas y atroces, pero no puede condicionar la correcta interpretación del art. 318 bis 1 conforme al sentido propio de los términos incorporados al tipo penal y expresamente desvalorados por el legislador. Así asistimos a actuaciones completamente ajenas al respeto mínimo que merece cualquier persona por el hecho de serlo, cuando el traslado tiene lugar en embarcaciones sin unos mínimos de seguridad, hacinados y sin la cobertura de las necesidades mínimas de los viajeros durante el trayecto. No se puede eludir que en esos casos concretos hay una flagrante vulneración de la dignidad de los migrantes, pero en ellos nos encontramos ante hechos incardinables dentro de alguna de las modalidades del tipo agravado del número 3, en atención a las condiciones en las que se efectúa el traslado, en las que, además de la lesión del interés sobre el control de los flujos migratorios, se sitúan en un primer plano, como bienes personales de los migrantes, la integridad, la vida o la libertad. Y si para determinar el bien jurídico protegido ha de estarse a los elementos desvalorados en el tipo penal, de la descripción del tipo básico del art. 318 bis 1, que fija las conductas sobre las que se construyen el resto de tipos, no se deduce la presencia de elementos que permitan afirmar que necesariamente se lesiona la dignidad humana, y si ello es así no puede afirmarse que ése sea el bien jurídico protegido en el tipo básico. La gama posible de hechos incardinables en ese tipo básico es muy amplia, dada la descripción del comportamiento favorecer directa o indirectamente y no necesariamente atentatoria de la condición personal de los migrantes, v.gr. proveer al inmigrante de documentación falsa para aparentar que se cumplen las condiciones para obtener un permiso de residencia”, TORRES FERNÁNDEZ «El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal», *Diario La Ley*, (6491), 2006, p. 3.

¹⁵ Véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Ley de Extranjería y Derecho penal», *La ley*, (5261), 2001, p. 2. Según la autora “pese a que la rúbrica del Título XV bis parece dar a entender que lo que aquí se protege preferentemente son los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo, estos bienes sólo constituyen bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los intereses difusos del orden socioeconómico en sentido amplio, en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado. Sigue esta planteamiento, DE PRADA SOLAESA, «Régimen jurídico sancionador, inmigración clandestina y tráfico de seres humanos», *Jueces para la democracia*, (43), 2002, p. 78.

A grandes rasgos, esta línea de opinión viene a entender que el precepto apunta primordialmente a la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces legales¹⁶, reforzando a través del Derecho penal el control de la inmigración en sede policial y administrativa¹⁷. De esta forma, se estaría convirtiendo un mero ilícito formal, que regula la política migratoria, en una norma penal¹⁸.

Por lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial de la figura, se acusa una importante indefinición al respecto. No obstante, en los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo parece optarse por una vía intermedia, atendiendo a la pluriofensividad de la conducta: de una

¹⁶ Véase ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal», en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, Manual de Formación Continua, CGPJ, Madrid, 1999, p.355.

¹⁷ Véase ORTUBAY FUENTES, «El impreciso concepto del “tráfico ilícito de personas” o mentalidad de fortaleza sitada», en ECHANO BASALDÚA (Coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, 2002, pp. 447-448. CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005., p. 375. De forma similar se expresa en solitario, MARAVÉR GÓMEZ, «Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (Art. 318 bis CP)», en AA.VV., *Derecho y Justicia penal en el Siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, 2006, p. 644. También POZUELO PÉREZ, «Tráfico de personas y explotación sexual», en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005., para quien el bien jurídico “no es otro que el de trata de controlar los flujos migratorios irregulares, preocupación política de primer orden en España desde hace años”, p. 433, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, 2007, p. 65.

¹⁸ MAQUEDA ABREU, «Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual», *Diario La Ley* (6430), 2006, quien afirma como el precepto “amenaza con dar vida a ilícitos formales que agotan su justificación en la unilateral defensa de la voluntad del Estado, aquí empeñada en imponer a toda costa un férreo control de la inmigración ilegal al margen cualquier interés en la integración de los inmigrantes”, p. 1. La autora citada ha sido especialmente combativa en este sentido, como su refleja en otros trabajos: MAQUEDA ABREU, «¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma», *Revista de Derecho y Proceso penal* (11), 2004, pp. 39 y ss.

Resulta interesante e ilustrativa la evolución del pensamiento de LAURENZO COPELLO, «La protección penal de los ciudadanos extranjeros», *RDPC* (12), 2003, pp. 71-72, que, en nuestra opinión, detecta perfectamente el interés político criminal del Legislador y la imposibilidad de rescatar de la norma un bien jurídico penal destinado a la protección del extranjero. Así, entiende en un primer momento que el bien jurídico protegido es la *dignidad del extranjero*. Poniendo especial énfasis en el elemento del tráfico, afirma que: “cuando el traslado clandestino se realiza en el contexto de un proceso de intermediación, el extranjero queda reducido a la condición de mercancía u objeto de intercambio, posición que resulta claramente incompatible con la idea de dignidad personal. Surge así una poderosa razón para justificar la penalización de los comportamientos asociados al tráfico ilegal de personas: ya no se trata sólo –ni en primera línea– de proteger el interés genérico de la Administración por tener bajo control el desplazamiento de extranjeros sino, sobre todo, de asegurar la tutela adecuada a un bien jurídico consustancial al ser humano: la integridad moral de las personas sometidas a las operaciones -lucrativas o no- de tráfico de inmigrantes”. Sin embargo, tras la reforma operada por LO 11/2003, la citada autora entiende inviable, a tenor de las conductas incorporadas en el tipo básico, salvar el carácter penal del objeto de protección de la norma: “El hecho de que, por regla general, estos comportamientos puedan degenerar en violaciones de la dignidad de los inmigrantes no es suficiente para legitimar semejante respuesta punitiva. En mi opinión, si algo podría hasta ahora dar sentido al tipo básico del artículo 318 bis, no era ese riesgo genérico e indeterminado de vulneración de la dignidad asociado prácticamente a cualquier apoyo al inmigrante ilegal, sino la efectiva lesión de ese bien jurídico –o, si se prefiere, de la integridad moral– que cabe predicar de algunos –y sólo de algunos– actos específicos de promoción o favorecimiento, en concreto, de aquellos que suponen someter al inmigrante a la condición de mero objeto de intercambio, de instrumento al servicio de intereses de terceros. Pero este punto de vista restrictivo, que hasta ahora era posible con una interpretación estricta del concepto de tráfico ilegal, resulta muy difícil de sostener desde que la LO 11/2003 introdujera una nueva variante en la formulación de las conductas típicas de promoción o favorecimiento que ya no tienen como único punto de referencia el tráfico ilegal sino también la más genérica inmigración clandestina”. Véase su artículo LAURENZO COPELLO, «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros», *Jueces para la Democracia, Información y debate* (50), 2004.

parte, se afecta al control de los flujos migratorios; y, de otra parte, a los extranjeros objeto del tráfico¹⁹.

A nuestro entender, no existen importantes inconvenientes para afirmar que el bien jurídico protegido en la norma es la *política migratoria estatal*. Una interpretación *lógico-sistemática* del ordenamiento jurídico nos conduce de forma irremisible a esta conclusión: existe una intención clara por parte del Estado y de la Unión Europea de controlar la inmigración irregular de personas. Así, la entrada de inmigrantes, su tránsito, permanencia y *status* jurídico se significan para el Estado como contextos necesitados de regulación en todos sus ámbitos, ya sea mediante el Derecho civil, Derecho administrativo o el Derecho penal. Ante un fenómeno de estas características, se ha optado por hacer intervenir al ordenamiento punitivo que, además de reforzar la protección de las fronteras, simboliza una intervención clara respecto a la inmigración irregular, tanto para lograr desistir al inmigrante de su interés en la entrada en el país, como para serenar a la Sociedad española ante el temor que constituye una fuerte presión migratoria²⁰.

A dicha conclusión arribamos también a través de una interpretación literal de la norma contenida en el artículo 318 bis CP: analizando los distintivos elementos descriptivos y normativos de la redacción típica contenida en el tipo básico de la figura, resulta imposible identificar bien jurídico penal alguno relacionado con el extranjero objeto del tráfico. Porque, como advertíamos, todas aquellas circunstancias que podían suponer alguna afección de un bien jurídico del extranjero están contenidas en los subtipos agravados; quedándose, por tanto, el tipo básico irremediabilmente destinado a proteger intereses estatales en controlar la inmigración irregular²¹.

¹⁹ De esta forma, se afirma que “el bien jurídico protegido por esta figura penal está constituido por un doble objetivo: a) la defensa del interés general de controlar los flujos migratorios y b) la protección de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes”. Véase entre otras, SSTS núm. 1092/2007, de 27 de diciembre, núm. 526/2007, de junio y núm. 1087/2006, de 10 de noviembre.

²⁰ La Ley Orgánica de 29 de septiembre de 2003 pone de manifiesto el rechazo frontal del Legislador a la inmigración irregular, al recoger en su Exposición de Motivos que con la sustitución de penas inferiores a seis años impuestas a los extranjeros por la expulsión éste del territorio nacional “se logra una mayor eficacia en la medida de la expulsión, medida que, no podemos olvidar se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

²¹ De forma parecida, entienden que el tipo básico del artículo 318 bis CP estaría destinado a la protección de la regulación de los flujos migratorios y los tipos cualificados a los derechos individuales de los extranjeros: PALOMO DEL ARCO, «Criminalidad organizada y la inmigración ilegal», en GRANADOS PÉREZ, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CDJ, II-2001, CGPJ, 2001, p. 175; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», *AP* (29), 2002, p. 733. Opinión esta última a la que se adhieren: LÓPEZ-FANDO RAYNAUD, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en AA.VV., *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2003, MJU*, 2003, p. 529, ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *MJU*, 2004, p. 1546.; LÓPEZ CERVILLA, «El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312. 2.º del Código penal)», *MJU*, 2004, p. 2657. LÓPEZ CERVILLA, «Tráfico de personas con fines altruistas», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (723), 2007, p. 2. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», en CARBONELL MATTEU, *et. al.* (coords.), *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 805., p. 81.; TORRES FERNÁNDEZ, *Diario La Ley* (6491), 2006, p. 2. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *et. al.*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007, pp. 207 y ss.; SANZ MULAS, «Tráfico y explotación sexual y laboral de personas: la gran vergüenza del siglo XXI», en AA.VV., *Ciencia policial, Estudios, nº 81*, DGP y de la Guardia Civil. Subdirección General del Gabinete (Instituto de Estudios de

La protección de la política migratoria como principal interés de la norma trae consigo importantes consecuencias prácticas para el análisis que nos ocupa, ya que se reduce el objeto material de la conducta a los extranjeros que se les facilita un desplazamiento irregular, limitándose sensiblemente el radio de aplicación de la figura no sólo para el típico básico, sino también, para los subtipos agravados, -donde parece prohibirse la trata de personas-, a las conductas que supongan una vulneración de las normas migratorias.

3.1.2.- Los elementos nucleares de la conducta típica

La dificultosa interpretación del artículo 318 bis CP no finaliza en el análisis del bien jurídico, sino que alcanza a los propios elementos sobre los que bascula la prohibición: *inmigración clandestina* y *tráfico de personas*.

Ambos términos aparecen equiparados en la norma, discutiéndose el significado que debe otorgarse a los mismos. Concretamente se duda si dicha asimilación debe hacerse *a la baja*, como mera promoción de la *inmigración irregular*; o, en cambio, *al alza*, en el sentido de *traficar*, como comercio o negocio con los extranjeros que son tratados como mercancía u objeto de negocio.

La problemática reside principalmente en la dualidad de significados que alberga el término *tráfico de personas*. Así, si se parte del verbo *traficar*, podría entenderse la conducta desde un prisma mercantilista, como una acción de traficar, comerciar, negociar con el dinero o las mercancías; de otra parte, si nos centramos en el sustantivo *tráfico*, la conducta haría referencia irremediabilmente al simple *movimiento o tránsito de personas*.

Un importante sector doctrinal entiende que el concepto de *tráfico de personas* al que se remite el artículo 318 bis CP debe conllevar necesariamente un *plus de lesividad* mayor que la mera promoción de la inmigración clandestina. En este interés loable de dotar de contenido material a la conducta típica, varios autores se acogen a un concepto restrictivo de *tráfico de personas*, de signo fundamentalmente mercantilista, donde el extranjero es considerado una mercancía. Es decir, la conducta típica bascularía sobre el concepto de *tráfico*, como cosificación del extranjero, situándose la prohibición muy cercana a la *trata de personas*. En este sentido, se asevera que para infringirse la norma el tercero que facilita el desplazamiento debe realizar algún comportamiento contrario a la dignidad humana del extranjero: que el transporte fuere realizado como si los extranjeros fuesen cosas²²; que se ponga en peligro o lesione de forma grave y manifiesta la dignidad humana del colectivo extranjero²³, que se someta a los extranjeros a una violación de los

Policía), 2007, pp. 64-65. ALONSO ÁLAMO, «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», *Revista penal*, 2007, p. 16.

²² Véase VILLACAMPA ESTIARTE, «Normativa europea y regulación del tráfico ilegal de personas», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coords.), *Inmigración y sistema penal, Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, p. 103.

²³ PÉREZ CEPEDA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en (coords.), RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ, *Inmigración y sistema penal, Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, p. 128.

derechos fundamentales²⁴ o que exista alguna privación o explotación de los Derechos del inmigrante²⁵.

Siguiendo esta última interpretación, se conseguiría restringir el ámbito de aplicación de la conducta a aquellos actos que supongan una afeción de los derechos de los extranjeros y además se justificaría la presencia de un bien jurídico de carácter penal en la norma, neutralizándose la naturaleza meramente formalista de la figura.

No podemos compartir esta solución interpretativa. A nuestro entender, cualquier mínima interpretación restrictiva queda frustrada definitivamente tras la reforma operada por la LO 11/2003, que viene a incorporar junto al *tráfico ilegal*, los términos *inmigración clandestina*, asimilándose ambas conductas a la simple ayuda o facilitación a un tercero del acceso irregular al territorio español²⁶. Porque resulta imposible obviar que los elementos que podrían caracterizar o materializar el concepto de tráfico ilegal aportado por estas posiciones (*v.gr.*, ánimo de lucro, pertenencia a una organización o empleo de medios comisivos para doblegar la voluntad de la víctima) aparecen contenidos en los subtipos agravados, como ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia²⁷. Desconocer esta intención de nuestro Legislador y optar por un concepto legal diferente de *tráfico ilegal de personas* es crear un delito distinto al recogido en el art. 318 bis CP.

En consecuencia, no albergamos dudas que el Legislador equipara los términos *inmigración clandestina* y *tráfico de personas*, pero a la *baja*, adquiriendo la conducta típica el sentido y alcance del sustantivo *tráfico*, es decir, se castiga la mera promoción del traslado irregular del extranjero²⁸. Por tanto, la prohibición contenida en el tipo básico sigue presentándose como una simple contravención de las normas dispuestas para regular el acceso del extranjero al país.

²⁴ PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2006, pp. 65-66.

²⁵ GARCÍA ARÁN, en GARCÍA ARÁN, (ed.), *Trata de personas y explotación sexual*, 2006, p. 212.

²⁶ Similar reflexión se recoge en la Circular 1/2002, «Sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería» donde se afirma que “ha de entenderse que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería. p. 16 y la Circular 2/2006, «Sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España», p. 91. Versiones en Internet: www.fiscalia.org.

²⁷ Véase STS 526/2007 de 6 de junio cuando afirma: “Resulta evidente, pues, que pretender introducir en el territorio nacional a una persona, en la forma clandestina que se describe en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, careciendo de toda la documentación precisa para que una persona extranjera pueda entrar en España, constituye una conducta típicamente prevista en el precepto cuya indebida aplicación se denuncia (que no exige actuar con ánimo de lucro ni con el objetivo de lesionar la dignidad de las personas afectadas en cualquiera de sus facetas jurídicamente relevantes); pues, como ya hemos razonado, en el presente caso, concurre el elemento objetivo de la entrada de una persona en territorio español sin cumplir las pertinentes exigencias legales y el subjetivo de hacerlo con conciencia de la irregularidad que ello supone. El hacerlo con ánimo de lucro constituye una modalidad agravada del tipo básico, prevista en el art. 318 bis 3 del Código Penal y, por tanto, es una cuestión ajena a la infracción que aquí se denuncia”.

²⁸ En un sentido similar al nuestro, LAURENZO COPELLO, P., «Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros», *JD* (50), 2004., p. 33. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ., en CARBONELL MATTEU, *et. al.* (coords.), *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005 p. 822. CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005., pp. 354 y ss. TORRES FERNÁNDEZ, *Diario La Ley* (6491), 2006, p. 2. GERONIMI, *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, 2002, pp. 8 y ss. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007. p. 284.

Concluyendo, en el tipo básico del artículo 318 bis CP no se está sancionando las conductas de trata de personas, si entendemos éstas como el traslado, recogida o captación de un tercero en contra de su voluntad y con la finalidad de explotación; sino la simple participación en el cruce ilegal de fronteras de un extranjero.

3.2.- El subtipo agravado 2º del art. 318 bis CP. La finalidad de explotación sexual

Volvemos a cuestionarnos si la prohibición de la trata de personas por nuestro sistema penal se encuentra contenida en el numeral 2º del 318 bis CP. En dicho apartado se eleva la pena a 10 años de prisión cuando el tráfico de personas o la inmigración clandestina fuera cometido con fines de explotación sexual. Nos planteamos el siguiente interrogante: ¿puede mutar el tráfico de personas y convertirse en trata cuando la promoción de la inmigración clandestina tenga como finalidad la explotación sexual del extranjero objeto del traslado?

La respuesta parece obvia: no estamos ante la trata de personas, ya que falta uno de los elementos configuran dicha conducta: el uso de medios que anulen la voluntad de la víctima.

No obstante, la solución al interrogante no es tan sencilla como parece. Como hemos advertido, la incorporación del párrafo 2º al artículo 318 bis CP se produce de forma paralela a la reforma del artículo 188 CP que sanciona los delitos de prostitución. De esta forma, al mismo tiempo que se incorporaba en el art. 318 bis CP el tráfico con fines de explotación sexual, se ampliaba el delito de prostitución a aquellas conductas que supusieran una explotación de la prostitución ajena, aún con el consentimiento de la persona prostituida.

De esta forma, podría plantearse la siguiente conexión normativa: mientras que, el art. 188.1 CP estaría destinado a responder al abuso laboral o aprovechamiento abusivo de la prostitución ajena, el art. 318 bis CP sería una protección adelantada de tales conductas, persiguiendo a los traficantes de que la favorecen la entrada de migrantes para ser posteriormente explotados sexualmente.

Sin embargo, dicha relación entre los artículos 318 bis CP y el art. 188.1 CP debe necesariamente asentarse sobre un concepto de *explotación sexual* y *explotación de la prostitución ajena* que suponga una ofensividad mayor que la mera intervención en el traslado de personas o en el ejercicio de la prostitución de otra persona, respectivamente. A continuación analizamos el art. 188.1 *in fine* CP, para posteriormente centrarnos en el tema que nos ocupa: la posible incriminación de la trata de personas en el párrafo 2º del art. 318 bis CP.

3.2.1.- La explotación de la prostitución ajena del art. 188.1 *in fine* CP.

La incorporación de la cláusula que castiga la intervención lucrativa de un tercero en la prostitución ajena consentida supone, sin duda, otra actuación perturbadora de nuestro Legislador, que viene suscitar importantes problemas interpretativos y aplicativos que alcanzan a la propia naturaleza y fundamentos morales y jurídicos de la prostitución adulta.

En interés de no regresar a un sistema paternalista, moralista y puritano, se ha entendido que la reforma del art. 188.1 CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, debe significar algo más que la mera criminalización de la participación lucrativa en la prostitución de otras personas, realizándose nuevamente esfuerzos para interpretar la conducta de forma restrictiva y exigir un *plus de lesividad mayor* que el derivado del mero lucro o ventaja financiera que se obtiene de la prostitución ajena (proxenetismo y tercería locativa). Tales esfuerzos interpretativos ponen el acento, precisamente, en los abusos que rodean el ejercicio de la prostitución por extranjeras, que debido a su condición de migrante en situación de irregularidad administrativa, vienen a configurarse como un grupo sensible de ser explotadas por los proxenetas.

Otro sector doctrinal minoritario entiende inviable cualquier interpretación restrictiva, ya que todos los medios que pueden producir una anulación o restricción de la voluntad de la persona que ejercen la prostitución, son elementos del tipo del art. 188.1 CP que castiga la prostitución forzada, concluyendo que la norma supone una nefasta regresión a la criminalización del proxenetismo.

Finalmente, una tercera línea de opinión, no sólo no entienden necesario realizar una aplicación restrictiva de la norma, sino que aseveran la necesidad de criminalizar la participación en la prostitución adulta consentida. Desde una *perspectiva de género*, entienden la prostitución como una modalidad más de dominación del hombre sobre la mujer y, en última instancia, un acto de violencia de género.

Sin querer entrar en un debate filosófico acerca del ejercicio de la prostitución, analizamos de forma esquemática las dos principales líneas interpretativas que, en la doctrina penal, se abren a este respecto. Posiblemente, la importancia que desde este sector del ordenamiento jurídico se otorga a la disponibilidad del bien jurídico libertad sexual, ha determinado la inexistencia de planteamiento alguno que defienda abiertamente la criminalización de la intervención lucrativa en la prostitución adulta consentida, reduciéndose las interpretaciones a dos: de una parte, aquellos que pretenden restringir el alcance y sentido del art. 188.1 CP *in fine* para limitarlo a situaciones de explotación abusiva de la prostitución; y, de otra parte, los que entienden imposible dicha interpretación restrictiva y asumen la regresión moralista de nuestro Legislador, que critican abiertamente.

Respecto a aquellos que abordan la reforma como una criminalización de la participación en la prostitución adulta, afirman, críticamente, que la LO 11/2003, responde a un modelo de gestión de la prostitución de signo *abolicionista*, que pretende castigar aquellas conductas que suponen un provecho económico de la prostitución ajena, bien por proporcionar un lugar para la realización de la actividad sexual de la personas prostituidas (*tercería locativa*) o, bien por realizar conductas de organización, planificación o gestión de la prostitución de otra persona (proxenetismo).

Siguiendo esta línea interpretativa, la cláusula del 188.1 *in fine* del CP "*plantea problemas de compatibilidad con el Derecho penal de acto, pues parece que con él se pretende penalizar más una forma de vida o un tipo de autor (el chulo o proxeneta) que hechos concretos. La irrelevancia del consentimiento de la*

*persona prostituida hace aún más recusable el precepto pues, en un afán desmedido de paternalismo jurídico, sitúa a ésta en unos niveles próximos a la inimputabilidad o a la incapacidad de obrar*²⁹.

Este sector doctrinal parece identificar, por tanto, los términos *explotación sexual*, con la segunda acepción DRAE del término *explotar*: “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”.

La segunda corriente doctrinal citada, no admite que el Legislador rescate la figura del proxenetismo y entiende que, a pesar de utilizarse una fórmula legislativa claramente desacertada, sería impensable una regresión moralista de este calado, sobre todo, teniendo en cuenta la línea marcada por el CP de 1995 que introduce un modelo liberalizador de la prostitución. Desde estas posiciones se propone una variedad de soluciones interpretativas que, en clave liberalizadora, niegan dicha regresión. Tales interpretaciones se acercarán a la tercera acepción del DRAE del término *explotar*: “Utilizar en provecho propio, por general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”.

Entre aquellos que realizan esfuerzos por limitar el alcance de la cláusula final del art. 188.1 CP destaca GARCÍA PÉREZ. El citado autor pone de manifiesto expresamente su desacuerdo con el contenido de la norma, aunque entiende necesario solucionar las *indeseables consecuencias* que supondría el retorno al abolicionismo. En este interés, propone una diferenciación o clasificación de las conductas que participan en la prostitución de otra persona, limitando la aplicación del precepto a aquellos comportamientos que sin, utilizar medio comisivo alguno destinado a doblegar la voluntad de la víctima, sí se aprovechan, en cambio, de una previa situación de vulnerabilidad, necesidad, coacción o amenaza que han sufrido las víctimas. De esta forma, hace bascular su interpretación en la realidad criminológica, donde se constata como “*la determinación al desempeño forzado de la prostitución y la explotación de ésta la realizan sujetos diferentes, de tal modo que aquellos que se copan de ésta serán a lo sumo partícipes de los que se encargan de la primera. Pues bien, con este precepto se trataría de equiparlos debido a la relevancia del comportamiento de los que explotan esta actividad respecto de personas que saben que han sido forzadas a ello*”. En consecuencia, el precepto estaría destinado a responder a aquellos supuestos donde “*la mujer que ha sido forzada a la prostitución consienta en que otro obtenga un lucro*”³⁰.

²⁹ Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., 2004, p. 248. El MISMO, «Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: De la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”», *RGDP* (3), 2005, p. 11. De forma tímida, QUINTERO OLIVARES, «Capítulo IV. Las normas penales españolas: cuestiones generales. 2. Prostitución, consentimiento e imagen», en GARCÍA ARÁN, *Trata de personas y explotación sexual*, 2006, p. 190.

³⁰ GARCÍA PÉREZ, «Arts. 187-188», en DÍEZ RIPOLLES/ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código penal. Parte Especial II*, 2004, pp. 497 y ss. Una solución muy similar propone CARMONA SALGADO, «La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2203», en ZUGALDÍA ESPINAR (Coord.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, 2007., pp. 229 y ss, quien afirma que la finalidad criminal perseguida por la LO 11/2003, fue la de *equiparar a efectos punitivos las conductas de los dos grandes grupos de personas habitualmente implicadas en la organización y funcionamiento del fenómeno criminal de la prostitución forzada: “de una parte, quienes obligan a los sujetos a prostituirse y, de otra, quienes se lucran a través de su explotación, conocedores de que no se prostituyen libremente, habida cuenta de la trascendencia de esta última actividad a efectos de un mejor funcionamiento y desarrollo de la primera”*, p. 229. Se adhiere a esta última LLORIA GARCÍA, en SERRA CRISTOBAL/LLORIA GARCÍA (Coord.), *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, 2007, p. 199.

Sin duda, se trata de un plausible esfuerzo interpretativo pero que se enfrenta con algunos escollos prácticamente insalvables. Así, se discute cuál es la diferencia real entre la ofensividad que conlleva la mera tercería locativa y/o proxenetismo, de aquellas otras conductas en las que la participación del tercero, -que aún conociendo la previa determinación de la persona que va a ejercer la prostitución-, se reduzca únicamente a facilitar un local para el ejercicio de la prostitución³¹. Porque si, en cambio, lo que realmente quiere desvalorarse es el aprovechamiento de un tercero de la situación de necesidad de la prostituta que se ve obligada a ejercer la prostitución, bastaría con apreciar el primer párrafo del precepto que prevé el abuso de necesidad o vulnerabilidad de la víctima como elementos que configuran la prostitución forzada.

Otra interpretación diferente mantiene MAQUEDA ABREU que, en lugar de centrarse en la explotación sexual que sufre la prostituta, se detiene en su explotación laboral. De esta forma, destina la polémica cláusula a incriminar los abusos que sufren las prostitutas por parte de los empresarios o proxenetes, que se aprovechan de la falta de reglamentación de la prestación sexual y de la desprotección jurídica de la prostituta para imponerles unas condiciones de trabajo abusivas: remuneración inadecuada, insuficiente o leonina, horario desproporcionado, ausencia de días libres o de baja laboral, entre otras³².

La primera duda que nos suscita esta última opinión es la validez que debe otorgarse al consentimiento de la prostituta que ejerce la prestación sexual bajo estas circunstancias. Porque, en estos supuestos, donde la mujer realiza la prestación sexual bajo tales condiciones abusivas suele estar determinada por el uso de algún medio comisivo -amenaza, coacción, servidumbre por deudas o a situación de necesidad-, de la que se aprovecha el proxeneta para determinarla a la prostitución. En tales casos, se podría apreciar nuevamente el delito de prostitución forzada.

No obstante, asumiendo que estas condiciones abusivas fueran aceptadas conscientemente por la prostituta (en interés de no generar una *presunción contra reo*), se presenta un inconveniente mayor: el adelantamiento de la barrera penal al Derecho laboral, ya que se estaría protegiendo a través del Derecho penal las condiciones laborales de una prestación que aún no ha sido reconocida por la normativa laboral. Protección penal que, en caso de entenderse la prostitución como un empleo normalizado, debería realizarse por el art. 312.2 CP que castiga la imposición abusiva de condiciones de trabajo³³, lo que dejaría, nuevamente, vacío de contenido el art. 188.1 *in fine* CP.

Una posición similar mantienen MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, que ponen el acento en la *relación de subordinación* existente entre la persona prostituida y el empresario. No obstante, para no castigar la mera facilitación de la prostitución libre en clubes o locales, es decir, el simple proxenetismo o la tercería locativa, exigen la existencia de una relación de subordinación o dependencia entre empresario y prostituta especialmente intensa, donde éste controle y maneje

³¹ Véase MAQUEDA ABREU, «Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual», *Diario La Ley* (6430), 2006, p. 3.

³² Véase, MAQUEDA ABREU, *Diario La Ley*, 2006, p. 3.

³³ Cuestión que viene realizando la jurisprudencia desde años la Jurisprudencia como pone de manifiesto la propia Véase, MAQUEDA ABREU, *Diario La Ley*, 2006, p. 3.

todas las condiciones de la prestación. Así, quedarían incriminados dentro del art. 188.1 *in fine* CP el denominado, “trabajo por servicio”, donde el empresario favorece la infraestructura, recibe las llamadas, selecciona la prestadora, controla la seguridad y cobra un porcentaje del precio del servicio; el “trabajo en plaza”, en el que la prostituta trabaja por días en un club o una casa, fijando el empresario todas las condiciones de la prestación; y, “la prostitución acuartelada”, que supone una dominación total de la actividad por el empresario³⁴.

A nuestro entender, con independencia de la intensidad de la relación de dependencia entre proxeneta y prostituta, la reforma del art. 188.1 CP *in fine*, supone una clara involución de la normalización de la prostitución y viene a responder a las exigencias de los movimientos abolicionistas de criminalizar esta conducta. La reforma, por tanto, por la LO 11/2003 se situaría en la línea de la política criminal que siguen gran parte de los países de nuestro entorno que sancionan tanto el proxenetismo como la tercería locativa³⁵.

Sin embargo, la justificación de la criminalización de la prostitución, a diferencia de etapas anteriores, no descansaría en razones morales o de buenas costumbres, sino en una *cuestión de género*. Desde esta prisma, se critica duramente el discurso que aborda la prostitución como un hecho natural e inevitable, una realidad inalterable con la que se debe convivir. Esta naturalización de la prostitución sería un reflejo más de cómo las mujeres vienen siendo naturalizadas desde tiempo inmemoriales³⁶, y como se las separó entre *buenas mujeres*, las que debían ofrecer descendencia o dedicarse al culto religioso; y las *malas mujeres*, que tenían como objetivo proporcionar placer a los hombres sin acarrearles ningún tipo de responsabilidad³⁷. En consecuencia, para evitar la desigualdad y prevenir la violencia de género, la prostitución debería erradicarse³⁸.

Asimismo se fundamenta la criminalización de la prostitución consentida en la situación de vulnerabilidad de la *mujer extranjera*. Su condición de migrante, sumada a la de mujer constituyen una doble situación de vulnerabilidad o estado de necesidad, que es aprovechada por los proxenetas para explotarlas. Porque en el nuevo escenario económico donde la crisis financiera y el cambio de modelo productivo han supuesto una precarización global de las condiciones laborales, los migrantes son los trabajadores más afectados, que se ven obligados a aceptar los denominados *trabajos 3p*: *precarios, peligrosos y penosos*. En este contexto de degradación laboral, la

³⁴ Véase MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores», en QUINTERO OLIVARES (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., 2005, pp. 997-998.

³⁵ Permítasenos citar nuestro trabajo, DAUNIS RODRÍGUEZ «La prostitución: un debate legal abierto» *Revista Galega de Seguridade Pública* (11), 2009, pp. 15-33.

³⁶ Véase CARRACEDO BULLIDO, «Por un análisis feminista de la prostitución», Declaración de la Portavoz de la Plataforma de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución, www.aboliciondelaprostitucion.org, pp. 2.

³⁷ Véase PARRÓN, «Sobre el oficio más antiguo», en BOLAÑOS/PARRÓN/ROYO/SANTANA, *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde un perspectiva de género*, 2003, p. 24.

³⁸ Véase en este sentido, PLATAFORMA DE ORGANIZACIONES DE MUJERES POR LA ABOLICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN, *Por un análisis feminista de la prostitución*, Estudio a cargo de CARRACEDO BULLIDO, *cit*, pp. 3 y ss. UGT, *La prostitución. Una cuestión de género*, versión en Internet, www.ugte.es/informes/prostitucion.pdf, p. 9. BOLAÑOS NARANJO, «La prostitución desde una perspectiva legal: diferentes enfoques», en BOLAÑOS/PARRÓN/ROYO/SANTANA (coords.), *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde un perspectiva de género*, 2003, p. 4.; APRAMP, *La prostitución. Claves básicas para reflexionar sobre un problema*, 2005, pp. 17 y ss.

mujer migrante es el colectivo más afectado, viéndose obligada a ejercer la prostitución. Se niega, por tanto, la posibilidad de elección de la mujer migrante que ejerce la prostitución y se entiende que, en la mayoría de supuestos, están determinadas a su ejercicio en contra de su voluntad o, al menos, con un consentimiento viciado.

Este parece ser el planteamiento que sigue nuestro Parlamento en los últimos trabajos que analizan la gestión de la prostitución en España. Así, en el Informe de la Ponencia sobre la Prostitución (154/9), aprobada en sesión de la ponencia de 13 de marzo de 2007, se defiende claramente el sistema abolicionista y, desde una perspectiva de género, se aborda la prostitución como un reflejo del *“sistema patriarcal que muestra su mayor crudeza en los diferentes tipos de violencia de género entre las que se encuentran las diferentes formas de explotación sexual como la trata o el tráfico con fines de explotación o el turismo sexual. Relacionar la prostitución con la libertad sexual es olvidar que la actividad humana que es la sexualidad que es la sexualidad que requiere una relación de igualdad y voluntariedad, una expresión de libertad compartida y en la que no puede haber la relación comercial que constituye en sí misma una situación de abuso, de poder”*³⁹.

Sin duda, una orientación político-criminal más que discutible, pero que, como muchas de las previsiones legislativas incorporadas en el año 2003, sólo es una norma simbólica que aún no ha tenido aplicación práctica alguna. En efecto, un repaso de la jurisprudencia pone de manifiesto que no existe, hasta el momento, ninguna Sentencia que castigue a través del art. 188.1 *in fine* CP, las meras labores de planificación y organización (proxenetismo) en la prostitución libre y consentida, con independencia de la intensidad de la relación de subordinación de la prostituta o, incluso, de la imposición de condiciones abusivas.

3.2.2.- La finalidad de explotación sexual del tráfico ilegal de personas (art. 318 bis 2 CP)

Se presenta una problemática muy similar a la abordada en el artículo 188.1 *in fine*, ya que se propone un tipo cualificado que castiga el mero tráfico de personas con fines de explotación sexual; mientras que, en el subtipo 3º se prevé una nueva agravación de la sanción cuando se utilicen una serie de medios comisivos destinados a doblegar la voluntad de la víctima: *“empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima...”*.

La cuestión que debe analizarse en este momento es si la finalidad de explotación del sujeto activo que promueve el tráfico supone un atentado contra bienes jurídicos de los extranjeros o, en cambio, el objeto de protección de la norma continúa siendo el interés estatal en controlar la inmigración.

³⁹ Véase CORTES GENERALES, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, p. 44. Realiza un amplio análisis de este Informe, SOLANA, «El Informe de la Ponencia para el Estudio de la Situación Actual de la Prostitución en España: Análisis, comentarios y evaluación», en SOLANA/ACIÉN (eds.), *Los retos de la prostitución. Estigmatización, derechos y respeto*, 2008, pp. 77-151.

Nuevamente para resolver esta cuestión resulta trascendental la validez que se otorgue al consentimiento del migrante que decide desplazarse para ejercer el trabajo sexual.

Es mayoritaria la tesis doctrinal que niega el consentimiento del migrante que decide desplazarse para ejercer la prostitución, al estar su decisión condicionada por múltiples factores externos que determinan completamente su elección⁴⁰.

Sin duda, la realidad criminológica presenta numerosos supuestos de tráfico, que operan con mujeres especialmente vulnerables, donde los traficantes no tienen escrúpulos para engañar a sus víctimas, con la intención de explotarlas sexual y/o laboralmente en el país de destino de la migración. El *modus operandi* es sobradamente conocido: captan a las extranjeras realizando una oferta falsa de trabajo como camarera, modelo o azafata, para posteriormente en España determinarlas a la prostitución. También es frecuente que la mujer acepte libremente desplazarse a nuestro país para ejercer la prostitución, aunque bajo unas condiciones diversas a las que finalmente debe someterse.

Esta extendida y lamentable fenomenología criminal lleva a plantearse la validez del consentimiento para cualquier tipo de facilitación de acceso y permanencia del migrante con la finalidad de ejercer la prostitución, presumiéndose, como mínimo, la concurrencia del engaño.

Resulta como mínimo sorprendente que, aún existiendo en el ámbito jurídico penal una clara conciencia de la plena disponibilidad de la libertad sexual, sean mayoritarias las posiciones que defienden la protección de la libertad sexual en el subtipo agravado 2º del art. 318 bis CP⁴¹.

Asimismo, existe un importante sector doctrinal que, advirtiendo la imposibilidad de erigir como bien jurídico la libertad sexual, al ser plenamente disponible; sostienen la existencia del bien jurídico dignidad de la persona. El razonamiento sigue siendo el mismo que el aportado para

⁴⁰ Véase RUIZ FERNÁNDEZ, «Capítulo 1. La trata de mujeres, aproximación a un fenómeno esclavista», en AA.VV., *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, 2005. El argumento utilizado por la autora citada es, sin duda, las opiniones que niegan el consentimiento de la mujer que se traslada para dedicarse a la prostitución: *“la víctima de trata, muy a menudo mujer, mayoritariamente para ser explotada sexualmente, no tiene realmente posibilidad de elección, dada su situación vital precaria y vulnerable, ni se halla en las condiciones de libertad suficientes para decidir si desea o no ejercer la prostitución en el lugar de destino y optar por un proyecto de vida mejor: prácticamente optará por cualquier destino y futuro, el que sea, con tal de salir de su situación presente. En este sentido se halla tan abocada a cualquier final, que el consentimiento no es libre, sino inducido por su situación en el punto de salida”*, p. 42.

⁴¹ Véase GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, al afirmar: *con todo, y dadas las limitaciones que ofrece la nueva redacción del art. 318 bis CP en esta materia, la interpretación aquí sostenida se encamina hacia una protección avanzada de la libertad sexual, teniendo en cuenta que el abuso de situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima se encuentra ya de forma implícita en el tipo básico del apartado primero del art. 318 bis CP – predicable, por consiguiente, a todos sus tipos agravados– y a que la protección penal que se ofrece por los delitos de tráfico hace referencia a un colectivo de personas –los ciudadanos extranjeros extracomunitarios– que se encuentran en una posición de desigualdad o, si se quiere, de vulnerabilidad, respecto de otros colectivos de personas*, p. 333; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ «Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», en CARBONELL MATTEU, *et. al.* (coords.), *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 829. GARCÍA ARÁN, «Los tipos acogedores del tráfico de personas», en GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, 2006, p. 232, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, 2008, p. 443.

justificar la presencia del bien jurídico dignidad de la persona en el tipo básico⁴²: la comercialización de los extranjeros, que son tratados como mercancías, fundamentalmente, cuando el objeto material es una *mujer migrante*⁴³.

No podemos compartir estas opiniones: ciertamente, el engaño condiciona el desplazamiento de muchas mujeres que se desplazan para trabajar en la industria del sexo, pero no es menos real que también proliferan otros supuestos donde la mujer decide libremente desplazarse a España para ejercer la prostitución.

En puridad, estos discursos que se centran en la mujer migrante vulnerable están llenos de mitos y tópicos, desconociendo las múltiples y variadas formas de tráfico. Y, si bien es cierto que hay mujeres que se desplazan engañadas, *“también es verdad que hay otras que saben cual es el mercado de trabajo con el que se van a enfrentar, uno que ciertamente no es nuevo para las mujeres”*⁴⁴. Porque *“ante la intolerancia de los países occidentales con las necesidades de estas mujeres y con el deseo de dejar sus países y las dificultades que ello genera para su proyecto migratorio, algunas mujeres aceptan los servicios que ofrecen agentes intermediarios. Estos agentes, pertenecientes a un nuevo sector económico sumergido en auge, pueden ser desde familiares a amigos, pasando por nuevos conocidos o empresarios, hasta redes mafiosas criminales”*^{45/46}.

Englobar todas las conductas bajo el denominador común del engaño, abuso de necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima sería impedir que muchas mujeres puedan ejercer el trabajo

⁴² Evidentemente aquellos que defendían en el tipo básico la protección de la dignidad, no deben encontrar impedimento alguno para continuar patrocinando el mismo objeto protección en el numeral 2º, pudiéndose justificar la agravación de la pena por el mayor desvalor de acción, ya que la conducta típica sigue siendo la misma, determinando la agravación de la pena la presencia de la finalidad subjetiva del autor a explotar sexualmente a sus víctimas. Véase entre otros, PÉREZ CEPEDA, «Capítulo IV. Las normas penales españolas: cuestiones generales, 1. Los bienes jurídicos protegidos en el art. 318 bis. Especial referencia al tráfico con el fin de la explotación sexual (art. 318 bis.2)», en GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, 2006, p. 181. En este trabajo, la citada autora modifica la posición mantenida en trabajos anteriores, donde afirmaba la existencia de un delito pluriofensivo, que afectaba por una parte, a la dignidad de los extranjeros y por otra, a la libertad sexual, p. 258. LLORIA GARCÍA, «Parte II: La respuesta del ordenamiento penal frente a la trata de mujeres», en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, 2007, p. 201.

⁴³ Véase ALONSO ÁLAMO, RP, 2007, p. 12 cuando afirma: *“ciertamente, si la prostitución es consentida entre adultos no concurre un ataque a la libertad sexual. Ahora bien la prostitución suele estar unida a la marginación y a la pobreza, de manera que, incluso cuando es aparentemente libre, el consentimiento puede hallarse mediatizado, viciado, y, pese a todo, no concurrir el abuso de la situación de necesidad que reclamara el correspondiente tipo penal. Pero es que, incluso concediendo que el ejercicio de la prostitución fuera libre, o se percibiera como libre, o se viviera como libre, quedaría por resolver si tal ejercicio de la libertad debe ser puesta a la luz de la dignidad secularizada (positivada), ahuyentando el miedo a la dignidad que parte, a nuestro modo de ver equivocadamente, de confundirla con la moralidad o con una recaída en la protección de la moral sexual colectiva”*. BAUCELLS LLADÓ, «El tráfico de personas para su explotación sexual», en RODRÍGUEZ MESA (Coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el Siglo XXI*, 2006, pp. 191-192.

⁴⁴ AZIZE VARGAS, «Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe», en OSBORNE (ed.), *Trabajador@s del sexo*, 2004, p. 171. NICOLÁS LAZO, «Migraciones femeninas y trabajo precario sexual. Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres», en BERGALLI, *Flujos migratorios y su (des)control, Punto de vista pluridisciplinarios*, 2004, p. 255.

⁴⁵ NICOLÁS LAZO, en BERGALLI, *Flujos migratorios y su (des)control, Punto de vista pluridisciplinarios*, 2004, p. 255.

⁴⁶ Véase una interesante clasificación tripartita de las redes de tráfico en JULIANO, *Excluidas y marginales*, 2ª ed, 2006, p. 198, quien distingue entre *redes de tipo familiar, redes de tipo comercial y redes de tipo coercitivo*, y entiende que las trabajadoras sexuales del Este y las subsaharianas están más condicionadas por las deudas contraídas en los lugares de origen y con las redes de tráfico de personas, que las mujeres magrebíes y las latinoamericanas, que gozan de una mayor independencia.

sexual, al que han decidido dedicarse de forma libre y lo consideran un ámbito legítimo, fuente de independencia económica y, por consiguiente, de autoestima⁴⁷.

Las posiciones que niegan la voluntad de la mujer objeto del tráfico ilegal en última instancia legitiman, de forma consciente o inconsciente, el sistema abolicionista de la prostitución. Aunque parten de un argumento diferente y no necesariamente basculan su interpretación en la *cuestión de género*, sino en el *modus operandi* que utilizan las bandas organizadas o en la situación de necesidad de la mujer, llegan al mismo resultado: negar la voluntad de la mujer que decide prostituirse. Y, precisamente, en esta nueva dimensión de la precariedad laboral de los inmigrantes, la prostitución puede presentarse como una opción digna para la población femenina que se encuentra excluida del mercado de trabajo, no sólo de los países de destino, sino también de los de origen⁴⁸. En efecto, la prostitución extranjera puede encararse, también desde una perspectiva de género, como una forma de conseguir mayor autonomía e independencia del hombre que la que se alcanzaría realizando los trabajos a los que normalmente está abocada la mujer migrante⁴⁹.

Estamos, por tanto, con Juliano cuando afirma que tales discursos negadores de la libre voluntad de la prostituta extranjera, parten una *“imagen miserabilista de las mujeres, vistas como incapaces de defender sus derechos o de desarrollar opciones propias. Esto ha procurado la base para las interpretaciones trafiquistas, que generalizan a todo el sector las condiciones de explotación y engaño que se dan en algunos casos y para los planteamientos punitivos, que se debaten buscando a quién castigar en el mercado del sexo”*⁵⁰.

En última instancia, castigar cualquier conducta que suponga un favorecimiento (incluso a cambio de precio) del acceso irregular de otra persona que quiere dedicarse a la prostitución en nuestro país como un acto contrario a la dignidad o la libertad sexual de la mujer supone nuevamente construir una presunción contra reo injustificable, negándose la posibilidad de demostrar al sujeto que promueve el tráfico que no determinó a la persona a ejercer la prostitución, que no engañó sobre las condiciones en que se realizaría las misma o que no impuso condición abusiva alguna.

⁴⁷ JULIANO, *Excluidas y marginales*, 2ª ed, 2006, p. 152.

⁴⁸ BRUSSA, «Migración, trabajo sexual y salud: la experiencia de TAMPEP», en OSBORNE (ed.), *Trabajador@s del sexo*, 2004, p. 201.

⁴⁹ Véase JULIANO, *Excluidas y marginales*, 2ª ed, 2006, p. 198, quien se expresa de la siguiente forma: *“En este contexto, pueden considerarse a la prostitución simplemente como una opción más, dentro de ese abanico de posibilidades poco satisfactorias que abarca desde trabajos gratuitos y obligatorios del maternaje y las labores domésticas tradicionales a los trabajos pocos remunerados y reconocidos. Con la característica específica, para el trabajo sexual, de estar peor visto y mejor pagado (...). Es evidente que, como en el caso de las restantes labores y trabajos, no se trata de una opción libre, dado que se realiza para satisfacer necesidades económicas, pero tampoco suele ser una opción sobredeterminada externamente, porque normalmente la mujer tiene otras opciones alternativas. No hay que confundir, por otra parte, la existencia del trabajo con las condiciones concretas en las que se realiza. Al reunir rentabilidad y estigmatización, esta actividad implica riesgos específicos. En la medida en que es la opción que genera mayores beneficios económicos de las que están al alcance de personas con poca formación profesional, y dado que la estigmatización social y a menudo la falta de protección legal aísla a estas trabajadoras, las hace susceptibles de atraer la atención de aprovechados y parásitos”*, p. 128. De forma parecida, GARAIZABAL, «Por los Derechos de las trabajadoras del sexo», en SOLANA/ACIÉN (ed.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto*, 2008, p. 26.

⁵⁰ JULIANO, «Sobre trabajos y degradaciones», en SOLANA/ACIÉN (ed.), *Los retos de la prostitución. Estigmatización, derechos y respeto*, 2008, p. 13.

Finalmente este discurso que niega el consentimiento del migrante que quiere ejercer la prostitución en el país de destino, sirve paralelamente como excusa al Estado para desentenderse de una de las principales causas de la fenomenología criminal: su políticas restrictivas de la inmigración y la desatención a las verdaderas víctimas⁵¹.

Especialmente contundente a este respecto viene siendo desde hace años MAQUEDA ABREU. En efecto, la citada autora destaca por su oposición frontal a la reforma operada por la LO 11/2003, que entiende como otro símbolo de la confusión creada por la normativa destinada a regular el tráfico ilegal de personas, cuyos intereses *“son exclusivamente, los del Estado por garantizar a toda costa su política de control de la inmigración ilegal; y se muestra tajante a la hora de afirmar que si el Legislador persigue prevenir bienes jurídicos individuales como la integridad moral o la libertad sexual, “es esencial que concurran determinadas circunstancias como la violencia, el fraude o el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, como las que requería el antiguo art. 188.2 CP, que hoy han pasado a forma parte de la superagravante del art. 318 bis, 3 CP, desnaturalizando el ya tradicional concepto de trata”*⁵².

Sin embargo, en un trabajo posterior, MAQUEDA ABREU modifica tímidamente su posición y reconociendo el despropósito al que conduce la reforma⁵³, realiza interesantes esfuerzos para limitar el concepto de explotación sexual. De esta forma, viene a identificar, *“explotación”* con el provecho abusivo que se obtiene de la prostitución de otra persona⁵⁴, destinando el art. 318 bis 2 CP a *“reaccionar frente a situaciones –cada vez más habituales– en que, habiéndose pactado con personas extranjeras el traslado a nuestro país para ejercer la prostitución en unas determinadas condiciones, una vez llegadas aquí éstas se modificarían en su perjuicio y, pese a todo, fueran aceptadas, de modo que pudiera afirmarse que la práctica de la prostitución no es coactiva sino consentida”*⁵⁵.

La citada autora reorienta el subtipo agravado 2º del art. 318 bis CP y, en lugar, de identificar la libertad sexual como bien jurídico, afirma que se están salvaguardando los derechos de las trabajadoras sexuales extranjeras, a las que se les imponen condiciones abusivas⁵⁶.

Sin duda, se trata de una interesante opción que permite reducir el amplio recorrido dispuesto por el artículo 318 bis CP. No obstante, pese a considerarse la mejor fórmula dispuesta para

⁵¹ Véase JULIANO, «La telaraña de las redes migratorias», *Documentos de ciudadanía sexual* (11), 2004, p. 4.

⁵² Véase MAQUEDA ABREU, «¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sin razones de una reforma», *Revista de Derecho y Proceso Penal* (11), 2004, pp. 42-43.

⁵³ Véase MAQUEDA ABREU «Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual», *Diario La Ley* (6430), 2006, p. 1., cuando afirma que *“no se puede recurrir a penas desmesuradas para prevenir el tráfico de personas cuando lo que pretende castigarse es cualquier colaboración con una inmigración ilegal ni está justificado hablar de fines de explotación sexual cuando el objetivo es lucrarse del libre ejercicio de la prostitución entre adultos. Se trata de una ceremonia confusión que amenaza con dar vida a ilícitos formales que agotan su justificación en la unilateral defensa de la voluntad del Estado, aquí empeñada en imponer a toda costa un férreo control de la inmigración ilegal al margen de cualquier interés en la integración de los inmigrantes”*.

⁵⁴ Véase MAQUEDA ABREU, *Diario La Ley* (6430), 2006, p. 3. En el mismo sentido, LÓPEZ CERVILLA, «El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312. 2.2º del Código penal)», *MJU*, 2004, p. 2724.

⁵⁵ Véase MAQUEDA ABREU, *Diario La Ley* (6430), 2006, p. 3.

⁵⁶ MAQUEDA ABREU, *Diario La Ley* (6430), 2006, p. 3.

restringir el ámbito de aplicación de la figura y preferible a aquellas opciones que identifican como bien jurídico la dignidad o la libertad sexual del extranjero, entendemos que existe algún impedimento para admitir plenamente tal interpretación.

A nuestro entender, en los supuestos que la autora menciona donde se modifican las condiciones pactadas una vez que la víctima llega al territorio español, el consentimiento otorgado no sería válido, al existir engaño y, en consecuencia, podríamos hablar de trata de personas y castigar tales conductas apreciando los subtipos agravados 2º y 3º del art. 318 bis. Porque, lo que castiga el 318 bis CP, no es la explotación sexual, sino el tráfico de personas con finalidad de explotación sexual⁵⁷ y, en consecuencia, la validez del consentimiento deberá valorarse en el momento en que el extranjero decide migrar al país y no cuando éste ya se encuentra en el territorio español. Precisamente esta *oferta falsa* de trabajo (o las condiciones del mismo) es, en definitiva, la que determina el traslado del extranjero. En otras palabras, cuando la víctima migrara, aceptando dedicarse a la prostitución, pero con unas condiciones falsas, es decir, distintas a las inicialmente pactadas, se cumplirían los requisitos de la trata de personas, ya que existe un traslado del extranjero mediando engaño, convirtiéndose el consentimiento en ineficaz⁵⁸. En consecuencia, no sólo es suficiente que la víctima consienta o acepte el objeto del viaje (dedicarse a la prostitución), sino también todas las condiciones del trabajo a realizar. Cuando tales condiciones resultaren ser otras o distintas y *suficientes* para causar el engaño, el consentimiento otorgado inicialmente carecerá por completo de validez, pudiéndose apreciar el subtipo 3º.

Una última opción interpretativa es propuesta por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO que, advirtiendo los problemas que suscitan algunas de las opiniones anteriores, entiende que el subtipo agravado sólo tendría virtualidad práctica en un único supuesto: cuando la víctima consintiera su explotación sexual abusiva⁵⁹. Es decir, el migrante está plenamente informado sobre las

⁵⁷ Porque debemos recordar que la trata de personas se agota con los actos de tráfico que se orientan a conseguir, mediante coacción, fraude o abuso, la explotación de sus víctimas. *Veáse* en este sentido, MAQUEDA ABREU, «El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual: cuestiones concursarles», en AA.VV., *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, IV-2002, MJU, 2002, p. 245.

⁵⁸ *Veáse* en este sentido, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Programa Mundial contra la Trata de Personas, Naciones Unidas, 2007, que explica: "cuando una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata según el Protocolo y pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce. Pero si que se produce si el consentimiento queda anulado o viciado en alguna etapa del proceso debido al empleo de medios indebidos por los traficantes. Efectivamente, el consentimiento de la víctima en una etapa del proceso no puede considerarse un consentimiento en todas las etapas del proceso, y sin consentimiento en cada una de las etapas tienen lugar el delito de trata" (...). En consecuencia "el hecho de que la víctima conociera por anticipado que iba a dedicarse a la prostitución no atenúa la conducta delictiva del traficante: se han utilizado los medios de la trata y el elemento de la explotación permanece. La gravedad del hecho no disminuye pues la víctima conocía la naturaleza del trabajo pero no las condiciones en que tendría que realizarlo", p. 19. En el mismo sentido, GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Seres Humanos*, 2005, cuando afirma: "Así, a pesar de la evidencia que la persona tratada consintió para emigrar, llevar documentos falsos y trabajar ilegalmente en el extranjero, los demandados no pueden argumentar que la víctima "consintió" para ser sometida a condiciones de trabajo forzado, la esclavitud o la servidumbre. Por definición, estos tres crímenes mencionados no se realizan con consentimiento. Por ejemplo, una mujer puede consentir emigrar para trabajar en la prostitución en una ciudad determinada, en un burdel específico, por una cantidad de dinero determinada. Sin embargo, si en realidad el demandado tuvo la intención de retener a la mujer a la fuerza o la coacción para ejercer cualquier actividad sexual, entonces no hay ningún consentimiento, porque todo lo que el demandado dijo a la mujer era mentira. Nadie puede consentir basado en una mentira. P. 12.

⁵⁹ *Veáse* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *et. al.*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007, p. 242. Además los autores citados proponen también otra interesante solución que permitiría salvar la naturaleza autónoma del

condiciones claramente excesivas que rodean la prestación sexual (jornadas interminables, remuneración injusta, ausencia de períodos de descanso), pero, igualmente, decide trasladarse al país. En estos casos, podría afirmarse que se estaría atentando contra la dignidad de la persona, al existir cosificación de la víctima que es tratada como mercancía de un negocio abusivo.

Sin negar la posible viabilidad de la interpretación, advertimos una serie de inconvenientes: en primer lugar, estamos ante supuestos claramente residuales debido a su inverosimilitud, ya que el tratante normalmente no informará a la víctima de sus pretensiones explotadoras y, en su caso, difícilmente la víctima aceptaría a trasladarse al país; en segundo lugar, cuando la víctima consintiera su propia explotación, debería verificarse que no existía una situación de vulnerabilidad o especial necesidad que impulsó a aceptar su traslado en condiciones abusivas, en cuyo caso, se activaría nuevamente el subtipo agravado 3º; y, en tercer lugar, porque, cuando la persona consiente la actividad y no se vulnera su voluntad no puede afirmarse atentado alguno contra su dignidad. Así, lo entiende la propia ONU al afirmar: *“cuando una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata según el Protocolo y pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce...”*. Y continúa afirmando, *“si el consentimiento se mantiene no existe delito de trata, incluso si la persona en cuestión ha consentido en realizar actividades que son ilegales en el Estado de destino como la prostitución o el tráfico de drogas”*⁶⁰.

Por tanto, volvemos a reiterar, que el numeral 2º no incrimina la trata de personas, sino únicamente una modalidad de tráfico que supone una alta rentabilidad económica. El fundamento de la agravación se sitúa en el mero interés lucrativo que puede reportar el negocio de la prostitución, sin necesidad de corroborar la existencia de abuso o falta de consentimiento de la persona que va a prostituirse. En consecuencia, cuando se aplique el subtipo agravado de tráfico de personas con fines de explotación sexual no podrá apreciarse el ánimo de lucro del subtipo 3º, en interés de no afectar el principio *ne bis in idem*⁶¹.

El delito recogido en el art. 318 bis 2 CP queda, por tanto, perfectamente consumando cuando se realice el tráfico con la mera finalidad subjetiva del autor de explotar sexual a la víctima, sin necesidad de corroborar o probar dicha explotación ulterior, ni la existencia de medio comisivo alguno destinado a doblegar la voluntad del migrante.

precepto: los medios comisivos destinados a doblegar en la voluntad de la víctima recogidos en el subtipo agravado 3º no estarían referidos a la finalidad de explotación sexual, sino al tipo básico, es decir al traspase irregular de fronteras, por que podría incluirse dentro del agravante 2º aquellos casos en los que se coacciona a la víctima para el ejercicio de determinadas actividades sexuales. Así, *“cuando el traslado haya sido voluntario, pero con la finalidad de explotar sexualmente a la víctima, entendiéndose por explotación, bien la imposición de condiciones abusivas, bien la utilización de algunos de los medios comisivos que establece el art. 188.1 CP se aplicará el art. 318 bis 2 CP. Cuando además de esta finalidad, para el traslado haya sido utilizado alguno de los medios que menciona el art. 318 bis. 3, se aplicará ésta”*, p. 243. Sin duda, se trata de otra alternativa interesante, pero que se enfrenta con un impedimento insalvable: la propia literalidad de la Ley. En efecto, en el subtipo agravado 3º se advierte expresamente que las circunstancias recogidas en el mismo se apreciarán a los que realicen las conductas descritas en *“cualquiera de los apartados anteriores”*.

⁶⁰ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2007, p. 19.

⁶¹ Véase STS núm. 1080/2006 de 2 de noviembre.

En definitiva, se mantiene el *enfoque trafiquista* recogido en el tipo base y la norma sigue apegada principalmente a los intereses estatales de controlar la inmigración irregular.

Concluyendo, estamos con LAURENZO COPELLO cuando afirma que el subtipo agravado 2º arrastra los problemas que presenta el tipo básico. Así, se presenta nuevamente un bien jurídico extrapenal, de escasa o nula antijuridicidad material, que suscita una amplia inseguridad jurídica y una importante desproporcionalidad penológica⁶².

4.- Principales lagunas de punibilidad y efectos perversos de la regulación actual de la trata de personas. A modo de recapitulaciones

¿Si el bien jurídico protegido en el art. 318 bis CP, tanto en el tipo básico como en el subtipo agravado 2º, es la dignidad del extranjero y/o la libertad sexual, cómo explicar que queden fuera de la órbita de protección de la norma los españoles, los extranjeros comunitarios y los extranjeros que cuentan con una autorización para residir en el país?

Como hemos advertido la vinculación de la trata al tráfico de personas, -confundiéndose ambas conductas en el art. 318 bis CP- conlleva un efecto perverso: la exclusión de protección penal de todas aquellas personas que sean víctimas de trata de personas pero cuenten con las autorizaciones administrativas para acceder y/o permanecer en nuestro país.

La cuestión no es baladí o irrelevante, ya que las diferencias estructurales existentes entre los países que forman parte de la Unión Europea, propician los supuestos de trata entre España y Rumanía, Bulgaria o Portugal, entre otros países de la UE, que quedan impunes con la actual regulación⁶³.

Sin duda, estamos ante uno de los problemas más graves que genera la nefasta construcción típica del art. 318 bis CP, que sitúa en su tipo base y en el subtipo agravado 2º un bien jurídico de carácter administrativo, mientras que en el subtipo agravado 3º, propone otro bien jurídico de naturaleza penal. Pero, esta protección de los bienes jurídicos de los extranjeros que sólo se produce en el numeral 3º, está completamente condicionada a la previa infracción del tipo básico, es decir, al incumplimiento la normativa que regula el acceso de los extranjeros al territorio español⁶⁴.

Se pone de manifiesto, por tanto, una extraordinaria laguna de punibilidad del 318 bis CP: no habrá sanción para los actos de trata de personas cuyas víctimas sean extranjeros comunitarios o

⁶² LAURENZO COPELLO, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 2004, p. 35.

⁶³ Como pone de manifiesto la FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS DE MADRID, la trata de personas con fines de explotación sexual de rumanas y búlgaras, a pesar del ingreso de estos países en la UE, sigue incrementándose en los últimos años, véase su Informe *Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España*, 2008, p. 206.

⁶⁴ En contra, PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2006, p. 71.; GARCÍA ARÁN, en (ed.), GARCÍA ARÁN, *Trata de personas y explotación sexual*, 2006, p. 216. LLORIA GARCÍA, en SERRA CRISTOBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, 2007, p. 187.

nacionales. Porque, realmente lo que está castigando el tipo base (y también el subtipo agravado 2º) es la promoción del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas como meras conductas contrarias a la normativa administrativa, pero no la comercialización o cosificación de los extranjeros. Sin duda, estamos ante una grave paradoja, ya que se castiga con penas de hasta 8 años a quien favorezca el tráfico ilegal de personas de un familiar; mientras que, en cambio, no prohíbe la trata de personas por el simple hecho de que la víctima sea nacional o ciudadano/a comunitario/a.

A esta solución tan desafortunada se ha visto abocado el Tribunal Supremo, en la ST 29 de mayo de 2007, al dejar impune la captación y traslado de dos ciudadanas rumanas utilizando engaño y con la finalidad de explotación sexual, atendiendo *“a razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas*⁶⁵. En esta misma línea, se ha declarado el Acuerdo del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 que, de forma escueta pero contundente, concluye: *“Las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del art. 318 bis del Código penal”*.

En definitiva, para sancionar la trata de personas deberá acreditarse que previamente se vulneraron las normas migratorias que regulan al acceso de extranjeros al país. Si dicha trasgresión no existe, tampoco habrá trata de personas, sin importar las graves ofensas que dicha conducta pueda acarrear para las víctimas.

Sin duda, una situación altamente criticable, ya que, la apreciación de la trata de personas depende, en última instancia, de la orientación de la política migratoria española, de los Acuerdos que se firmen o supriman con otros países para la libre circulación o de las continuas ampliaciones de la Unión Europea.

En aras de responder a las exigencias de la política migratoria se ha configurado una ley penal donde el supuesto de hecho viene determinado por una serie de normas en continua revisión. Ciertamente, todas las *normas penales en blanco* se remiten a otros sectores del ordenamiento jurídico para completar la descripción del supuesto de hecho; aunque, en el caso del 318 bis CP, se presenta una clara excepcionalidad, al ser la normativa que regula la entrada de extranjeros en nuestro país altamente inestable.

Una solución legislativa inaceptable para las víctimas de trata de personas que asevera el *enfoque trafiquista* de nuestra regulación. En efecto, esta perversa norma conlleva aparejada una mutación de las víctimas de trata en meros infractores de la normativa de extranjería, articulándose, de forma paradójica, como principal medida para estas víctimas la expulsión del país. Es decir, en lugar de articularse un adecuado tratamiento psicosocial que procure la reparación de la víctima,

⁶⁵ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 484/2007, de 29 de mayo. Dicha sentencia ha sido comentada por CUGAT MAURI, «Las repercusiones de la incorporación de Rumanía y Bulgaria a la UE en la interpretación del delito de tráfico de extranjeros (art. 318 bis CP): Comentario a la STS de 29 de mayo de 2007», *Diario La Ley* (6873), 2008. En el mismo sentido, MAGRO SERVET, «Interpretación de las opciones para aplicar el art. 318 bis y el art. 188.1 CP en materia de promoción y favorecimiento de la prostitución (Supuesto de víctimas pertenecientes a la UE)», *La Ley penal* (45), 2008.

se activarán las distintas herramientas policiales y judiciales para expulsarlas del territorio español.

Resultaría, como mínimo, macabro que la inclusión de la figura de la *trata* junto con el tráfico ilegal respondiera también a los intereses de nuestra política de inmigración cero; y, en lugar de una técnica defectuosa, en realidad, nos encontraríamos ante un *error consciente*. No faltan motivos para pensarlo; porque mediante este *enfoque trafiquista* del fenómeno, se conseguirían dos objetivos cruciales para la política migratoria española: de un lado, justificar las políticas restrictivas en materia de inmigración, vía protección de las víctimas⁶⁶ y, de otro, actuar con las personas tratadas, no como víctimas de un delito, sino como extranjeros en situación de irregularidad⁶⁷, lo que significaría su automática expulsión.

Este mensaje soterrado del Legislador parece ir calando en los medios de comunicación, que al abordar las actuaciones policiales en este ámbito, utilizan términos también confusos. Así, cuando se produce una operación destinada a dismantelar redes de trata de personas con fines de explotación sexual, se observan expresiones como “*se han detenido a 15 mujeres que se encontraban en situación de irregularidad*”. En efecto, en lugar de hablar de *rescatar*, se prefiere el término *detener* para hacer referencia a las personas que eran objeto de la actividad delictiva. Por tanto, resulta evidente que la condición de víctima muta y pasa a convertirse en infractora.

Las víctimas de trata de personas, cuando son finalmente explotadas, demandan un importante tratamiento reparador, que active todos los servicios asistenciales del Estado. Son diversos y graves los efectos de este delito: a los posibles problemas físicos⁶⁸, se suma los efectos psicológicos derivados de los primeros⁶⁹. Entre las medidas destinadas a reparar los daños causados a las personas que han sido objeto de estas conductas destacan la asistencia médica y psicológica, los programas de rehabilitación, la inserción y formación profesionales y la indemnización por daños morales y físicos.

⁶⁶ En este sentido, *véase* MARTÍNEZ AMBITE, «Capítulo 1. La trata de mujeres, aproximación a un fenómeno esclavista. I. Introducción», en AA.VV., *Esclavas en tierra de nadie, Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, 2005, p. 14,

⁶⁷ De igual forma, RUIZ FERNÁNDEZ, en AA.VV., *Esclavas en tierra de nadie, Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, 2005, p. 42.

⁶⁸ Entre los principales problemas de salud que se observan en las víctimas de trata se constatan entre otros los siguientes: Enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA, dolores en la pelvis, trauma rectal y dificultades urinarias debidas a su trabajo en el comercio del sexo; embarazo resultante de violación o prostitución; esterilidad causada por infecciones crónicas de transmisión sexual no tratadas o por abortos realizados deficientemente o sin precauciones de seguridad; infecciones o mutilaciones causadas por las prácticas médicas antihigiénicas y peligrosas del llamado “doctor” dependiente del traficante; problemas crónicos de espalda, oídos, cardiovasculares o respiratorios por días interminables de agotador trabajo en condiciones peligrosas en la agricultura, un taller explotador de mano de obra o la construcción; debilidad de la vista y otros problemas oculares por trabajar en talleres explotadores de mano de obra escasamente alumbrados; malnutrición y graves problemas mentales; contusiones, cicatrices y otras señales de malos tratos físicos y tortura; problemas de uso indebido de sustancias o de adicción”, *Véase* OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2007, p. 160.

⁶⁹ Entre los efectos psicológicos de la trata se destacan: El trauma psicológico por malos tratos y mentales diarios, inclusive depresión, afecciones derivadas del estrés, confusión, fobias y ataques de pánico; sentimientos de indefensión, vergüenza, humillación, choque, rechazo o desconfianza; pérdida de la autoestima y confianza en sí misma, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2007, p. 161.

La principal medida para conseguir la reparación de la víctima cuando ésta sea extranjera en situación de irregularidad administrativa es la concesión de un *período de reflexión*, que autoriza la estancia de la víctima en el país, dándole la posibilidad de empezar a recuperarse de los daños sufridos, antes de tomar una decisión sobre su ulterior cooperación con las autoridades policiales.

La citada medida presenta, por tanto, un doble objetivo: de un lado, dotar a las víctimas de una primera asistencia médica y psicológica, y, de otro lado, conseguir que se sientan más seguras, confíen en el Estado y, consecuentemente, colaboren con la policía para desarticular las redes organizadas.

El período de reflexión no debe ser inferior a 6 meses, que es el tiempo mínimo e indispensable para una mínima recuperación de la víctima que le dote de cierta seguridad y tranquilidad antes de encarar dicha colaboración. Esta es la opción que propone la legislación italiana, que dispone además una autorización de residencia renovable por un año más. Sin duda, una decisión más acertada que la adoptada por Alemania, que prevé un período de reflexión de 30 días, o Bélgica y Noruega (45 días)⁷⁰.

Nuestra Legislación prevé en el art. 45 del Reglamento de Extranjería una autorización de residencia para los extranjeros que hubieren sido víctimas de un grupo de delitos tasados en la norma. Sorprendentemente, entre estos delitos no se engloba el art. 318 bis CP, restringiéndose la autorización para las víctimas de los delitos contenidos en los artículos 311 a 314 CP, de los delitos en los que concurra la agravante del 22. 4 CP o de los delitos que castigan conductas violentas ejercidas en el entorno familiar.

Resulta altamente criticable que la norma no permita la autorización para residir en España a las víctimas de los delitos recogidos en el art. 318 bis CP o en el art. 188 CP. El Legislador parece volver a primar los intereses defensistas del Estado frente a las necesidades de las víctimas. En aras de responder a las exigencias de las *políticas de inmigración cero* se reconduce la posibilidad de autorizar la residencia en España a las víctimas de trata al art. 59 de la Ley de Extranjería, que prevé la anulación de la expulsión, únicamente cuando el extranjero colaborara con la justicia y denunciara a las redes organizadas que ejecutaron el tráfico ilegal de personas.

Se trata de una exigencia inadmisibles que atiende a criterios puramente utilitaristas del Estado y coloca a las víctimas en el engranaje del control policial de la inmigración irregular, obligándolas a denunciar, sin previo *período de reflexión*, para eximirles de su responsabilidad administrativa.

Evidentemente, la medida es claramente simbólica y no tiene eficacia práctica, ya que, difícilmente la víctima de la trata prestará su colaboración con las autoridades de forma inmediata y automática, sin antes haber recibido una mínima asistencia psicosocial⁷¹.

⁷⁰ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2007, pp. 123 y ss.

⁷¹ Como afirma la ONU, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, *ult. op. cit.*, "la expulsión y la repatriación inmediata de las víctimas de la trata no las alienta a dar pruebas ni a testificar contra los traficantes, y además contravienen sus derechos básicos como víctimas. Con frecuencia las víctimas de la trata no se encuentran en situación de residencia

No es de extrañar, por tanto, que los permisos que se conceden a las víctimas de trata por colaboración con las autoridades policiales para la desarticulación de las redes organizadas (en virtud del art. 59 LODYLE), sean completamente insignificantes, contabilizándose entre los años 2000 y 2004, únicamente 48 autorizaciones de este tipo, es decir, menos de 10 para cada año⁷².

En definitiva, un tratamiento legislativo inaceptable de una de las conductas más graves, que afectan a los bienes jurídicos personales más importantes. Este nefasto tratamiento sólo puede explicarse en el marco de una política criminal dirigida completamente por la política migratoria del Estado, que irrumpe de forma desbocada en la normativa penal, sin importar quebrantar importantes principios y garantías penales.

5.- Anexo: Notas de urgencia sobre la modificación prevista en el Proyecto de Reforma del Código Penal.

Sorprendentemente la previsión legislativa para sancionar la trata de personas dispuesta en el Proyecto de Reforma del Código penal resulta, a nuestro entender, acertada y correcta. A continuación transcribimos la prohibición proyectada.

“Título VII bis. De la trata de seres humanos”

Art. 177 bis CP:

«1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) Extraer sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

regular en el Estado de destino, bien porque llegaron ilegalmente o bien porque su permiso de residencia ha caducado. Por ello, tal vez teman ser expulsadas del Estado si denuncian su situación a las autoridades o si, durante una investigación, la policía descubren que se encuentran en el Estado de manera ilegal. Muchos Estados de destino no están dispuestos a ayudar a las víctimas de la trata a regularizar su situación de residencia. Como consecuencia, se niega a esas víctimas el acceso a protección, asistencia, reparaciones civiles y justicia. Su expulsión también supone que no se podrá disponer de ellas para que colaboren en las actuaciones contra los traficantes (...). Lo ideal sería conceder a las víctimas de la trata un período de reflexión seguido de un permiso de residencia temporal o permanente, tanto si pueden o quieren testificar como si no. Con esta protección crece la confianza de las víctimas en el Estado y en la capacidad del mismo para proteger sus intereses. Una vez recuperada, la víctima de la trata que confía en el Estado tiene más probabilidades de tomar una decisión con conocimiento de causa y de colaborar con las autoridades en el enjuiciamiento de los traficantes”, p. 123.

⁷² Véase NICOLÁS LAZO, en BERGALLI (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, 2004, p. 257.

5. En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
7. Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.
8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
9. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.
En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.
10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.»

Varias son las consideraciones que nos suscita una lectura ciertamente apresurada del precepto transcrito:

I. Resulta satisfactorio que la prohibición se asimile a la propuesta por la ONU, lo que solucionará la mayoría de problemas aplicativos e interpretativos que suscita la confusa regulación actual.

Sin duda, el primer acierto de la normativa proyectada es la definitiva desvinculación de la trata de personas de las actividades de tráfico de personas. De esta forma, la prohibición abandona cualquier tipo de exigencia relativa a la situación administrativa y/o nacionalidad de las víctimas; así como la transnacionalidad de la conducta. En consecuencia, se castiga tanto la *trata interna*, que se produce dentro de un mismo país o región, como la *trata externa*, que implica una actividad transnacional o cruce de fronteras. Del mismo modo, al orientarse la prohibición definitivamente a la protección de la persona, el objeto material/sujeto pasivo deja de restringirse a los extranjeros que no cumplieran los requisitos de acceso y/o permanencia en el país, para abrirse a cualquier persona con independencia de su nacionalidad o situación administrativa. Así, no sólo quedan dentro de la órbita de protección de la norma los extranjeros en situación de irregularidad administrativa, sino también los extranjeros comunitarios y los propios españoles.

II. El tipo exige corroborar la anulación de la voluntad de la víctima que se capta, traslada o recibe para la ulterior explotación. En consecuencia no puede presumirse el vicio del consentimiento por el simple hecho de la condición de migrante, en su caso, del sujeto pasivo. Excepto en los supuestos de trata con menores de edad, deberá probarse que se utilizó algún medio destinado a doblegar la voluntad de la víctima (violencia, intimidación, engaño o abuso de

una situación de superioridad, o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima) de la persona que tiene la intención de explotarse. Evidentemente, cuando concurriera alguna de estas circunstancias, el consentimiento otorgado por la víctima será irrelevante.

III. La norma recoge una multiplicidad de *verbos típicos* que, sin duda, impide cualquier laguna de punibilidad, aunque se incurre en cierta reiteración cuando se criminaliza de forma alternativa las siguientes acciones: *captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare*.

En sentido contrario, suscita cierto recelo las conductas que configuran la finalidad de explotación del sujeto activo: a) *trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre*. b) *La explotación sexual, incluida la pornografía*. c) *Extraer sus órganos corporales*. Esta descripción típica, que sigue literalmente la realizada por la ONU, puede conllevar problemas a la hora de incriminar la trata con fines de explotación para la mendicidad, los matrimonios forzados y la adopción de niños.

En este sentido, no advertimos importantes inconvenientes para castigar la mendicidad como una forma más de explotación laboral; aunque, se presentan mayores problemas para responder a la trata con fines de adopción y para matrimonios forzados, ya que son supuestos que difícilmente pueden incluirse dentro de algunas de las finalidades previstas sin incurrir en un exceso interpretativo. Proponemos, por tanto, la creación de un nuevo apartado donde se recojan estas últimas actividades.

IV. La penalización dispuesta no plantea problemática alguna. Se prevé una pena de 4 a 8 años, respetándose parcialmente las indicaciones de la Decisión Marco sobre la Trata de Personas de la Unión Europea, que dispone una sanción de 8 años de prisión cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: víctima menor de edad o especialmente vulnerable, utilización de violencia grave o participación en banda organizada.

No obviamos que tales elementos vienen a configurar algunas de las agravaciones propuestas en nuestro Proyecto de Reforma. En puridad, el tipo básico que se propone puede quedar sin virtualidad práctica, ya que es difícilmente imaginable la comisión de actividades de trata de personas sin la necesaria planificación y organización de la conducta por una red criminal. Por tanto, las sanciones oscilarían en la mayoría de los supuestos entre los 8 y 12 años de prisión.

Recapitulando, podemos afirmar que la figura de trata de personas propuesta en el Anteproyecto supone, a grandes rasgos, un acierto legislativo y resuelve los importantes problemas aplicativos e interpretativos que presenta el actual art. 318 bis CP.

Habida cuenta del estado en el que se encuentra la citada previsión reformista y que el último Proyecto de Reforma del Código penal fue finalmente frustrado en el Parlamento, hubiere sido preferible una tramitación independiente de la reforma del art. 318 bis CP. Una vía de apremio, sin duda, necesaria si recordamos los perversos efectos que sigue desplegando dicho artículo.

Lamentamos, por tanto, que el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación sexual no haya dispuesto la previsión de esta automática incorporación de la nueva figura⁷³.

Asimismo resulta especialmente criticable la injustificable limitación del Plan a las conductas que tengan como finalidad la explotación sexual. Como mínimo resulta sorprendente que se realice una perfecta delimitación de la figura de trata de personas en el Proyecto de Reforma del Código penal, incluyendo la explotación sexual, laboral y la extracción de órganos; mientras que, de otra parte el Plan Integral contra la Trata sólo destine sus acciones de prevención, tratamiento y reparación a los supuestos de explotación sexual.

Es innecesario afirmar que la mayoría de los supuestos de trata hacia nuestro país tienen como finalidad la prostitución de mujeres extranjeras, pero esto no obsta a desconocer la existencia de otras actividades diversas a la sexual, que también se significan como trata de personas y cuya comisión, no es precisamente anecdótica o insignificante (*v.gr.* explotación laboral, servidumbre o mendicidad, entre otros). Sin duda, una exclusión grave y alarmante, que conlleva la injustificada desprotección de determinadas víctimas.

Finalmente nos resulta acertado la incorporación de un *período de reflexión*, aunque es claramente insuficiente la duración: un mes. Porque, como se ha puesto de manifiesto, el fuerte desgaste psicológico y físico de las víctimas demanda un específico y profundo tratamiento, cuya duración no debe ser inferior a 6 meses.

6.- Bibliografía

Mercedes ALONSO ÁLAMO (2007), “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista penal*, nº 19, enero de 2007.

Gregorio ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1999), “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, Manual de Formación Continua, CGPJ, Madrid.

Aderanti ADPEPOJU (2005), “Review and Research and data on human trafficking in sub-saharan Africa”, en LAZKO/GOZAZIAK (Vds.), *Data and research on Human Trafficking: A global survey*, Offprint of the Special Issue of International Migration, Vol. 43 (1/2), OIM.

APRAMP (2005), *La prostitución. Claves básicas para reflexionar sobre un problema*, Edita APRAMP/Fundación mujeres, España.

⁷³ MINISTERIO DE IGUALDAD, Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual, Aprobado el 12 de diciembre de 2008, <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/PlanIntegralcontraLaTSHES.pdf>

Yamila AZIZE VARGAS, (2004), "Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe", en Raquel OSBORNE (Ed.), *Trabajador@s del sexo*, Ediciones Bellaterra, Barcelona.

Joan BAUCCELLS LLADÓ (2006), "El tráfico de personas para su explotación sexual", en Rodríguez Mesa (Coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el Siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia.

Alicia BOLAÑOS NARANJO (2003), "La prostitución desde una perspectiva legal: diferentes enfoques", en BOLAÑOS/PARRÓN/ROYO/SANTANA (Coords.), *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género*, Médicos del Mundo, Mayo de 2003.

José Ángel BRANDARIZ GARCÍA (2007), *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada.

Licia BRUSSA, "Migración, trabajo sexual y salud: la experiencia de TAMPEP", en OSBORNE (Ed.), *Trabajador@s del sexo*, Ediciones Bellaterra, Barcelona.

Manuel CANCIO MELIÁ/Mario MARAVER GÓMEZ (2005), "El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal", en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona.

Concepción CARMONA SALGADO (2007), "La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003", en ZUGALDÍA ESPINAR (Coord.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia.

Rosario CARRACEDO BULLIDO (2005), "Por un análisis feminista de la prostitución", Ponencia de la Portavoz de la Plataforma de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución, Junio 2005, Sevilla. (www.aboliciondelaprostitucion.org).

Cándido CONDE PUMPIDO TOURÓN (2004), "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en MARTÍN PALLÍN (Dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, CGPJ, Madrid.

CORTES GENERALES (2007), Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, Informe de la Ponencia para el Estudio de la Situación Actual de la Prostitución en España, BOCG, Núm. 279, 24 de mayo 2007, Madrid.

Miriam CUGAT MAURI (2008) "Las repercusiones de la incorporación de Rumanía y Bulgaria a la UE en la interpretación del delito de tráfico de extranjeros (art. 318 bis CP): Comentario a la STS de 29 de mayo de 2007", en *Diario La Ley*, N° 6873, 31 Enero de 2008. Madrid

Alberto DAUNIS RODRÍGUEZ (2009) "La prostitución: un debate legal abierto", en *Revista Galega de Seguridade Publica*, n° 11, Xunta de Galicia.

- (2008), "Control social formal e inmigración", en *RGDP*, n° 10, IUSTEL, noviembre 2008.

José Ricardo DE PRADA SOLAESA (2002), "Régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y tráfico de seres humanos", en *Jueces para la democracia*, n° 43, Marzo 2002.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *et. al.* (2007), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid.

Cristina ESCOBAR JIMÉNEZ (2004), "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en MJU, *Estudios del Ministerio Fiscal*, 2004, (http://www.cej/html/publicaciones_01.htm).

EUROPOL (2007), *Trafficking Human Beings in the European Union: A Europol perspective*, Mayo, EUROPOL, (www.europol.eu).

- (2006), *Trafficking of women and children for sexual exploitation in the EU: involvements of western Balkans Organised Crimes*, EUROPOL, (www.europol.eu).

FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS DE MADRID (2008), *Informe Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España*, Edita FMP, Madrid.

FGE (2006), Circular 2/2006, "Sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España", Versión en Internet: (www.fiscalia.org).

- (2002), Circular 1/2002, "Sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería", Versión en Internet: www.fiscalia.org

Cristina GARAIZABAL ELIZALDE (2008), "Por los Derechos de las trabajadoras del sexo", en José Luís SOLANA RUÍZ/Estefanía ACIÉN GÓNZÁLEZ (Ed.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto*, Comares, Granada.

Pastora GARCÍA ÁLVAREZ/Juana DEL CARPIO DELGADO (2001), "Los delitos relativos al régimen de extranjería", en Andrés RODRÍGUEZ BENOT/César HORNERO MÉNDEZ (Coords.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Comares, Granada.

Mercedes GARCÍA ARÁN (2006), "Los tipos acogedores del tráfico de personas", en Mercedes GARCÍA ARÁN (Ed.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada.

Elisa GARCÍA ESPAÑA/José Luís RODRÍGUEZ CANDELA (2002), "Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros", en AP, nº 29. Semana del 15 al 21 de julio, 2002.

Octavio GARCÍA PÉREZ (2004), "Arts. 187-188", en José Luís DÍEZ RIPOLLES/Carlos ROMEO CASABONA (EDS.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial II*, Tirant lo blanch, Valencia.

Eduardo GERONIMI (2002), *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, OIT, Programa de Migraciones Internacionales, Ginebra.

GLOBAL RIGHTS (2005), *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Seres Humanos*, 2005.

Justa GÓMEZ NAVAJAS (2007), "Inmigración ilegal y delincuencia organizada", en ZUGALDÍA ESPINAR (Dir), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia.

María Jesús GUARDIOLA LAGO (2007), *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Thomson/Aranzadi, Pamplona.

Douglas GURAK/Fe CACES (1998), "Redes migratorias y formación de sistema de migración", en Graciela MALGESINI (Comp.), *Cruzando fronteras*, Icaria, Barcelona.

Dolores JULIANO CORREGIDO (2008), "Sobre trabajos y degradaciones", en José Luís SOLANA RUÍZ/Estefanía ACIÉN GÓNZÁLEZ (Ed.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto*, Comares, Granada.

- (2006), *Excluidas y marginales*, 2ª Ed, Cátedra, Madrid.

- (2004), "La telaraña de las redes migratorias", en *Documentos de ciudadanía sexual*, Boletín 11, (www.ciudadaniasesexual.org).

Patricia LAURENZO COPELLO (2004), "Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros", en AA.VV., *Jueces para la Democracia, Información y debate*, nº 50, julio.

- (2003), "La protección penal de los ciudadanos extranjeros", *RDPC*, 2ª Época, nº 12.

Fernando LÓPEZ-FANDO RAYNAUD, "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en AA.VV., *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2003*, MJU, 2003.

José María LÓPEZ CERVILLA (2007), "Tráfico de personas con fines altruistas", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 723/2007 (Comentario), BIB 2007\41, (www.aranzadi.es).

- (2004), "El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312. 2.2º del Código penal)", MJU, (http://www.cej/html/publicaciones_01.htm).

Paz LLORIA GARCÍA (2007), "Parte II. La respuesta del ordenamiento penal al fenómeno de la trata de mujeres para su explotación sexual", en Rosario SERRA CRISTOBAL/Paz LLORIA GARCÍA (COORDS.), *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia.

Vicente MAGRO SERVET (2008), "Interpretación de las opciones para aplicar el art. 318 bis y el art. 188.1 CP en materia de promoción y favorecimiento de la prostitución (Supuesto de víctimas pertenecientes a la UE)", en *La Ley penal*, nº 45, Enero 2008, Editorial La Ley.

María Luisa MAQUEDA ABREU (2006), "Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual", en AA.VV., *Diario La Ley*, nº 6430, 27 de febrero de 2006.

- (2004), "¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma", en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 11, Thomson/Aranzadi.

- (2002), "El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual: cuestiones concursarles", en AA.VV., *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2002*, MJU.

Mario MARAVER GÓMEZ (2006), "Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (Art. 318 bis Cp)", en AA.VV., *Derecho y Justicia penal en el Siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Cóllex.

Eva MARTÍNEZ AMBITE (2005), "Capítulo 1. La trata de mujeres, aproximación a un fenómeno esclavista. I. Introducción", en Blanca RUIZ FERNÁNDEZ/Eva MARTÍNEZ AMBITE, *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, Red Acoge, Madrid.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA (2007), *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis Cp*, Atelier, Barcelona.

MINISTERIO DE IGUALDAD (2008), Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual, Aprobado el 12 de diciembre de 2008, (www.migualdad.es/noticias/pdf/PlanIntegralcontralaTSHES.pdf).

Fermín MORALES PRATS/Ramón GARCÍA ALBERO (2005), Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, en QUINTERO OLIVARES (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª Ed., 2005.

Francisco MUÑOZ CONDE (2005), "Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: De la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo", en *RGDP*, Iustel, nº 3.

- (2004), *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª Ed., Tirant lo blanch, Valencia.

Fernando NAVARRO CARDOSO (2002), "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *RP*, Julio-2002.

Gemma NICOLÁS LAZO (2006), "Migraciones femeninas y trabajo precario sexual. Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres", en Roberto BERGALLI (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control, Punto de vista pluridisciplinarios*, Anthropos, Barcelona.

Mirem ORTUBAY FUENTES (2002), "El impreciso concepto del "tráfico ilícito de personas" o mentalidad de fortaleza sitada", en ECHANO BASALDÚA (Coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto.

Herminio Ramón PADILLA ALBA (2005), "El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en *La Ley Penal*, Núm. 14, Año II-2005, Estudios monográficos, (<http://authn.laley.net>).

Andrés PALOMO DEL ARCO (2001), "Criminalidad organizada y la inmigración ilegal", en GRANADOS PÉREZ, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CDJ, II-2001.

Nina PARRÓN MATE (2003), "Sobre el oficio más antiguo", en BOLAÑOS /PARRÓN/ROYO/SANTANA, *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género*, Médicos del Mundo, Mayo de 2003.

Esteban PÉREZ ALONSO (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo blanch, Valencia.

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (2006), "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en María José RODRÍGUEZ MESA/Luís Ramón RUIZ RODRÍGUEZ, *Inmigración y sistema penal, Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia.

- (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada.

Patricia PÉREZ FERRER (2006), *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid.

Laura POZUELO PÉREZ (2005), "Tráfico de personas y explotación sexual", en Silvina BACIGALUPO/Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2006), "Capítulo IV. Las normas penales españolas: cuestiones generales. 2. Prostitución, consentimiento e imagen", en Mercedes GARCÍA ARÁN, *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada.

María José RODRÍGUEZ MESA (2001), *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo blanch, Valencia.

Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2001), "Ley de Extranjería y Derecho penal", en *La ley*, nº 5261, Martes, 6 de marzo de 2001.

Blanca RUIZ FERNÁNDEZ (2005), "Capítulo 1. La trata de mujeres, aproximación a un fenómeno esclavista", en Blanca RUIZ FERNÁNDEZ/Eva MARTÍNEZ AMBITE, *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, Red Acoge, Madrid.

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2005), "Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros", en CARBONELL MATTEU, et. al. (Coords.), *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid.

José E. SAINZ CANTERO CAPARRÓS (2005), "Sobre la actual configuración de los derechos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en CARBONELL MATTEU et. al. (Coords.), *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson.

- (2002), *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier penal, Barcelona.

Nieves SANZ MULAS (2007), "Tráfico y explotación sexual y laboral de personas: la gran vergüenza del siglo XXI", en AA.VV., *Ciencia policial, Estudios*, nº 81, DGP y de la Guardia Civil. Subdirección General del Gabinete (Instituto de Estudios de Policía), Madrid.

José Ramón SERRANO PIEDECASAS (2002), "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en Patricia LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo blanch, Valencia.

- (1999), "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manual de Formación Continua, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

María Luisa SILVA CASTAÑO (2007), "Estudio del artículo 318 bis del Código penal", en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (Dir), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia.

- (2006), "Protección penal de los ciudadanos extranjeros", en CUERDA RIEZU (Dir), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9,10 de marzo de 2005*, URJC-Dykinson, Madrid.

José Luis SOLANA (2008), El Informe de la Ponencia para el Estudio de la Situación Actual de la Prostitución en España: Análisis, comentarios y evaluación, en José Luis SOLANA/Estefanía ACIÉN (Ed.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto*, Comares, Granada.

Rebeca SURTEES (2005), *Second annual report on victims of trafficking in South-Eastern Europe*, OIM.

María Elena TORRES FERNÁNDEZ (2006), “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal”, en *Diario La Ley*, nº 6491, Viernes, 26 de mayo de 2006.

UGT (2006), *La prostitución. Una cuestión de género*, Informe de 13 de enero de 2006, Madrid, versión en Internet, (www.ugte.es/informes/prostitucion.pdf).

UNODC (2007), *Programa Mundial contra la Trata de personas*, UNODC, New York.

- (2006), *Measures to combat Trafficking in Human Beings in Beni, Nigeria and Togo*, UNODC, September-2006.

- (2006), *Trafficking in persons: Global patterns*, UNDOC, April-2006.

Carolina VILLACAMPA ESTIARTE (2006), “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código penal español”, en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia.

- (2001), “Título XV bis. Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, en Quintero Olivares, (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª Ed., Aranzadi, Pamplona.

7.- Tabla de sentencias

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2º, 02/11/2006	8143\2006	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2º, 10/11/2006	3331\2007	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2º, 29/05/2007	4740\2007	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2º, 06/06/2007	3535\2007	Luis Román Puertas
STS, 2º, 27/12/2007	49\2008	Andrés Martínez Arrieta