

Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del delito de trata para la explotación sexual cuando la víctima es menor de edad *

Carmen López Peregrín

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN. Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del delito de trata para la explotación sexual cuando la víctima es menor de edad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-11, pp. 1-44.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-11.pdf>

RESUMEN: El delito de trata se introdujo en España como delito autónomo en 2010, castigando ciertas conductas de sometimiento de la víctima con finalidades de explotación (entre otras, de explotación sexual) que suponen un grave atentado contra la dignidad. En este estudio me ocupo de los problemas interpretativos que plantea la aplicación de este delito cuando la víctima es un menor de edad y la finalidad es la de su explotación sexual. El trabajo se estructura en tres partes. En la primera analizo las especialidades que presenta el tipo básico del delito de trata de seres humanos para la explotación sexual cuando la víctima es menor. En la segunda parte estudio el tipo cualificado del apartado 4.b), referido a la especial vulnerabilidad de la víctima o a su minoría de edad, realizando propuestas interpretativas dirigidas a evitar un posible *bis in idem*. Por último, en la tercera parte analizo los problemas concursales que pueden darse en este delito, especialmente en relación a los casos en que a la trata sigue una efectiva explotación sexual del menor.

PALABRAS CLAVE: Trata de seres humanos, dignidad humana, derechos humanos, vulnerabilidad, explotación sexual de menores.

TITLE: **Some problematic issues raised by the application of the offence of trafficking in human beings for sexual exploitation when the victim is a minor**

ABSTRACT: Trafficking in human beings was first established as an autonomous criminal offence in Spain in 2010. The definition of the crime punishes certain behaviors of subjugation of the victim for the purpose of exploitation (among others, sexual exploitation) that represent a serious harm to dignity. In this study I deal with the interpretative problems posed by the application of this crime when the victim is a minor and the purpose is sexual exploitation. The paper is structured in three parts. In the first part I analyze the special features of the basic definition of the crime of trafficking in human beings for sexual exploitation when the victim is a minor. In the second part I study the aggravated offence of section 4.b), referring to the special vulnerability of the victim or his or her minority, and I make interpretative proposals aimed at avoiding a possible *bis in idem*. Finally, in the third part I analyze the problems arising from the accumulation of crimes, especially in relation to cases in which the act of trafficking is followed by an actual sexual exploitation of the minor.

KEYWORDS: Trafficking in human beings, human dignity, human rights, vulnerability, sexual exploitation of children.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 1 agosto 2023

Contacto: mclopper@upo.es

SUMARIO: I. Introducción. II. El tipo básico del delito de trata de seres humanos para su explotación sexual con víctima menor. 1. El requisito referido a la captación, traslado, acogimiento o transferencia de la víctima. 2. El requisito del uso de determinados medios comisivos y su innecesariedad en caso de víctima menor. a) Medios comisivos en el delito de trata. b) La excepción relativa a los menores. 3. Tipo subjetivo. Especial referencia a la finalidad de explotación sexual. III. Problemas de bis in idem que plantea el tipo cualificado del art. 177 bis.4.b) en caso de víctima menor. IV. Cuestiones concursales. 1. Pluralidad de víctimas. 2. Trata y delitos a los que dan lugar los medios comisivos. 3. Trata y criminalidad organizada. 4. Trata y delito de tráfico ilegal. 5. Trata y delito fin. Especial referencia a los casos de efectiva explotación sexual del menor. V. Recapitulación y conclusiones. Bibliografía.

* Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”.

I. Introducción

En España, la trata fue introducida como delito autónomo por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el art. 177 bis del Código penal¹.

Actualmente, según el citado precepto comete delito de trata “el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, siempre que dicha conducta se lleve a cabo con una de las finalidades recogidas en el precepto, entre las que se menciona la de explotación sexual².”

¹ La LO 5/2010, de 22 de junio, diferenciaba por fin dos figuras bien distintas que hasta entonces estaban siendo confundidas: el delito de tráfico ilegal, que se mantenía tras esta reforma en el art. 318 bis, y el delito de trata, que se incorporaba a un nuevo art. 177 bis, dentro de un nuevo Título VII Bis. En efecto, el tráfico ilegal (*smuggling of migrants*) es la conducta de facilitar que una persona extranjera incumpla la normativa administrativa de entrada, salida o permanencia en un país, mientras que la trata de personas (*trafficking in persons o trafficking in human beings*) constituye un grave atentado contra la dignidad de la persona, nacional o extranjera, a la que sin su consentimiento (o con un consentimiento viciado) se destina a su explotación. Sin embargo, siendo teóricamente conceptos diferentes, es cierto que en la práctica se confunden fácilmente porque tienen grandes zonas en común y a menudo un mismo origen. Sobre la evolución en el tratamiento separado de ambos fenómenos en España, véase LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, pp. 63-124.

² Los orígenes de la trata de personas se encuentran en la denominada “trata de blancas”, referida inicialmente al comercio transfronterizo de mujeres con fines de prostitución. La finalidad de explotación sexual, por tanto, está presente desde los comienzos de la preocupación internacional por la persecución de este fenómeno y así se reflejaba en los instrumentos internacionales de la época, como el Acuerdo internacional de 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, el Convenio internacional de 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, el Convenio internacional de 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños o el Convenio internacional de 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad. En 1949, sin embargo, ya parecía haberse abandonado esta limitación en el Convenio de las Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949, aunque aún se contenían algunas referencias expresas en su articulado a

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 indicaba que la trata se configuraba como un delito en el que prevalecía “la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”³. Su configuración como delito contra la dignidad⁴, abarcando todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o extranjeros, fuera la trata interna o transnacional⁵, daba lugar, por lo demás, a una regulación mucho más coherente con la consideración internacional y comunitaria de la trata de seres humanos como una grave violación de los derechos humanos⁶.

Esta configuración inicial se ha mantenido hasta hoy, de modo que, aunque su

mujeres y niñas. Un análisis, resumido pero muy interesante, de la evolución del fenómeno de la trata con finalidad sexual puede verse en MAQUEDA ABREU, 2000, pp. 24-26, y 2002, pp. 258-265; y un resumen de la evolución internacional de la lucha contra la trata de personas en el siglo XX, especialmente respecto a la explotación de la prostitución ajena, en DE LEÓN VILLALBA, 2003, pp. 32-40; y en PÉREZ ALONSO, 2007, pp. 35-38. Actualmente, además de la finalidad de explotación sexual, el art. 177 bis.1 menciona las finalidades de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, de explotación para realizar actividades delictivas, de extracción de sus órganos corporales y de celebración de matrimonios forzados.

³ Un sector doctrinal ha vinculado también el delito de trata con el bien jurídico dignidad, sea unido a la libertad (por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 208, y 2021, p. 47; MARTOS NÚÑEZ, 2012, p. 100; VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, p. 100; o CHAVES CAROU, 2022, p. 139), sea considerándola el único bien jurídico protegido en este delito (así, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, pp. 391-393; o IGLESIAS SKULJ, 2015, p. 567). Otro sector doctrinal sostiene, por el contrario, que la dignidad humana no puede adquirir la condición de bien jurídico y que lo que se protege en la trata es la integridad moral (por ejemplo, POMARES CINTAS, 2011, p. 6; o PÉREZ/ BERASALUZE, 2021, p. 1703), o la integridad moral y la libertad conjuntamente (así, entre otros, GÓMEZ/ MUÑOZ, 2017, p. 226; DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUZE, 2020, pp. 490-491 -aunque añadiendo el bien jurídico seguridad del menor cuando estos son objeto de la trata, p. 491-; o BERASALUZE GERRIKAGOITIA, 2022, p. 21). Una original postura sostiene MOYA GUILLEM (2016, pp. 292-296), para quien, junto a la integridad moral y la libertad, el bien jurídico protegido sería diferente según la finalidad de explotación perseguida. En mi opinión, ningún problema hay en entender que la dignidad, además de ser un principio informador de todo el ordenamiento, constituye también en sí un bien jurídico que se ve conculcado cuando la persona es humillada, envilecida, tratada como un instrumento, cosificada. En general, sobre el concepto de dignidad como objeto de protección penal, véase ALONSO ÁLAMO, 2007, pp. 3-20; y sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata, MOYA GUILLEM, 2016, pp. 285-299; PÉREZ ALONSO, 2021, pp. 521-546; y BERASALUZE GERRIKAGOITIA, 2022, pp. 1-28.

⁴ Parto aquí del bien jurídico dignidad entendido como el derecho de una persona a ser tratada como tal, a no ser humillada, envilecida, tratada como una cosa. La vinculación entre ataque a la dignidad y trata se establecía ya en el Preámbulo del citado Convenio de las Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949: “Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana...”

⁵ En efecto, antes de que la reforma de 2010 diera autonomía al delito de trata, al estar configurado el tráfico de personas para la explotación sexual como un tipo cualificado del delito de tráfico *illegal*, se subordinaba el castigo de la trata a la contravención de la normativa administrativa reguladora en materia de extranjería, de modo que era imposible castigar por este delito los casos en que se traficaba con fines de explotación sexual con nacionales o con ciudadanos comunitarios. En sentido crítico también PÉREZ CEPEDA, 2004, pp. 153 y 193-195; PADILLA ALBA, 2005, p. 10; GUARDIOLA LAGO, 2007, pp. 99 y 241-250; VILLACAMPA ESTIARTE, 2007, p. 1133; y DAUNIS RODRÍGUEZ, 2010, pp. 8 y 31-32.

⁶ Sostienen expresamente que la trata constituye una violación de los derechos humanos por ejemplo el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, o el Considerando 1 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo.

concreta regulación en el Código penal español ha sufrido varias modificaciones después de 2010⁷, desde su introducción como delito autónomo la trata de seres humanos ha mantenido la misma estructura, basada en tres características principales: a) una conducta de control de una persona o de transferencia de una persona de un lugar a otro, o de una situación a otra; b) el uso de unos medios comisivos que anulen o vicien el consentimiento de la persona afectada; y c) una finalidad de explotación.

Precisamente por tener estas características, el delito de trata castiga un ataque gravísimo contra la dignidad de la persona: mediante el engaño, la amenaza, la violencia o el abuso de su situación las personas son tratadas como mercancías que se compran y se venden para su explotación.

Y aunque ciertamente no se trata de un fenómeno reciente, alcanza en la actualidad proporciones alarmantes, y eso al margen de que seguramente las cifras solo muestran la punta de un iceberg mucho más grande y profundo⁸. Así, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en 2020 se constataron 46.850 víctimas de trata en el mundo⁹. Los datos indican que las mujeres adultas siguen representando la mayoría de las víctimas de la trata (42%), aunque la trata de menores de edad parece estar aumentando, pues en 2020 las niñas representaban ya el 18% del total y los niños el 17%, es decir, que más de un tercio de las víctimas de trata eran menores de edad¹⁰. En lo que se refiere, en concreto, a las víctimas de trata con finalidad de explotación sexual, los menores de edad representaban el 32% del total (27% niñas y 5% niños)¹¹. La de explotación sexual es además la finalidad más frecuente en general, identificándose en 2020 en el 38,7% del total de víctimas de trata¹². Y también es la más frecuente en la trata de menores, representando un 62,6%

⁷ En efecto, la redacción original del delito de trata ha sido modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la LO 8/2021, de 4 de junio, y la LO 13/2022, de 20 de diciembre. Especialmente relevante fue la reforma de 2015, en la medida en que con ella se adecuaba en mayor medida la regulación de este delito a la normativa internacional y comunitaria, principalmente a la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Sobre esta Directiva puede verse SANTANA VEGA, 2011a, *passim*; y VILLACAMPA ESTIARTE, 2011b, p. 2.

⁸ Sobre las dificultades que presenta obtener datos representativos de la magnitud de la trata, véase VILLACAMPA ESTIARTE, 2011a, pp. 95-117.

⁹ UNODC, 2022, p. 11. Aunque es una cantidad inferior a la de 2019 (probablemente a consecuencia de la COVID-19, UNODC, 2022, p. 17), la Oficina reporta un total de 187.915 víctimas de trata detectadas entre 2017 y 2020, lo que quizá da una mejor visión sobre la entidad del problema.

¹⁰ UNODC, 2022, p. 25. En efecto, las cifras de trata no se distribuyen uniformemente por sexos: sumando mujeres adultas y niñas, resulta que casi dos tercios de las víctimas (un 60%) siguen siendo femeninas, razón por la cual puede considerarse que estamos en gran medida ante delitos de género (así, por ejemplo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2003, p. 115; o GOIZUETA VÉRTIZ, 2019, p. 73). Sin olvidar este aspecto, en este trabajo vamos a ocuparnos exclusivamente de la trata de menores, incluyendo niñas y niños, partiendo de la convicción de que reconocer que la trata puede ser (incluso mayoritariamente) una manifestación de la violencia de género, no puede hacernos olvidar la existencia de otras víctimas de la trata.

¹¹ UNODC, 2022, p. 33.

¹² UNODC, 2022, p. 23 (casos a los que habrá que sumar algunos de los que se contabilizan como supuestos en que hay más de una finalidad de explotación y que representan el 10,3% del total). La tendencia es sin embargo descendente: este tipo de finalidad en la trata (incluyendo adultos y menores) representaba el 79% de los casos detectados en 2006, el 61% en 2008, el 57% en 2010, el 56% en 2012, el 54% en 2016 y el 50%

de los casos, muy por encima de la segunda finalidad más detectada (la de imposición de trabajos forzados, que supone según UNODC el 24,3% de los casos de menores víctimas de trata)¹³.

En España, según la Fiscalía General del Estado, durante 2021 se incoaron 187 procedimientos por trata de seres humanos, 51 más que en 2020¹⁴, de los cuales el 67,27% estaban relacionados con fines de explotación sexual¹⁵. En concreto, de las 277 víctimas de explotación sexual detectadas, según la Memoria de la FGE el 98,55% eran mujeres, entre ellas 5 menores de edad y 1 con discapacidad¹⁶. Abarcando un periodo más amplio, según el balance estadístico del Ministerio del Interior para los años 2017-2021, del total de 873 víctimas de trata sexual, 24 eran mujeres menores y 1 hombre menor¹⁷.

Hay razones fácticas, pues, para considerar preocupante la trata de menores para su explotación sexual.

Al respecto, la preocupación por la trata de niños viene de lejos. Ya el art. 35 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, exigía que los Estados parte tomaran todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias “para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier

en 2018 (UNODC, 2020, p. 11). Por el contrario, la trata para la explotación laboral se incrementó del 18% en 2006 al 38,8% en 2020 (UNODC, 2022, p. 23), lo que parece indicar un alarmante aumento de la esclavitud laboral. Sin embargo, estos datos pueden obedecer a un sesgo estadístico, porque otras formas de explotación no son notificadas suficientemente, sesgo que SALAT PAISAL (2022, p. 257) atribuye a la sobre atención que se ha prestado a los casos de trata para la explotación sexual. Así, por ejemplo, en una investigación de Salat realizada sobre todas las sentencias de Audiencias Provinciales de España en los años 2011-2019 sobre delito de trata, este autor concluye que el 85,1% de los casos que llegaron a juicio eran de trata para explotación sexual, lo que en su opinión demuestra que el sistema de justicia penal español está demasiado centrado en esta modalidad de trata y no se están detectando otras, por ejemplo de trata con finalidad de explotación criminal o para matrimonios forzados, cuya existencia han demostrado ya otros estudios empíricos (SALAT PAISAL, 2022, pp. 276-277).

¹³ UNODC, 2022, p. 27. En el caso de trata con finalidad de trabajos forzados se invierte la distribución por sexos, pues la UNODC reporta que en el 12% de los casos recae sobre niños y en el 5%, sobre niñas.

¹⁴ FGE, Memoria 2021, p. 706.

¹⁵ FGE, Memoria 2021, p. 707. Si se incluyen en la estadística no solamente los procedimientos incoados, sino los casos detectados, parece que la finalidad de explotación sexual está aún más presente. Así, por ejemplo, en un estudio cuantitativo relacionado con víctimas detectadas de alguna forma por el sistema entre 2017 y 2018, VILLACAMPA/ GÓMEZ/ TORRES/ MIRANDA (2022, p. 196) encontraron que, de las 7.146 víctimas de trata detectadas, el 92,5% lo eran para su explotación sexual.

¹⁶ FGE, Memoria 2021, p. 707. También eran mayoritariamente mujeres las víctimas de trata detectadas por Villacampa y otros en el citado estudio realizado entre 2017 y 2018 que incluía no solo los procedimientos incoados, sino las víctimas de trata detectadas por una base de 757 entidades u organismos: 6.672 (el 96,11%) de las 7.146 víctimas de trata detectadas en las que se identificó la finalidad de explotación eran mujeres. Pero quizá lo más preocupante de los resultados de este estudio es que 346 víctimas de trata eran mujeres menores de edad y 47, hombres menores de edad. Menores mayoritariamente destinados a la explotación sexual (288 mujeres y 31 hombres). VILLACAMPA/ GÓMEZ/ TORRES/ MIRANDA, 2022, p. 196. Más datos sobre el estudio pueden verse en pp. 182-218.

¹⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR, 2021, p. 6. Para este periodo temporal, el Ministerio del Interior consigna 24 casos de trata de menores con fines de explotación laboral (p. 17), 10 casos de trata de menores con fines de matrimonio forzado -y aquí los menores representan el 83,33% del total de víctimas- (p. 24) y 5 casos de trata de menores con fines de mendicidad (p. 28).

fin o en cualquier forma”¹⁸. Y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo), mencionaba expresamente la necesidad de una atención especial a la trata de mujeres y niños¹⁹. Más recientemente, la propia Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, hacía referencia en su Considerando 8 a la mayor vulnerabilidad de los menores y el consiguiente mayor riesgo de ser víctimas de trata²⁰.

Obviamente, la trata no es un problema que haya de encararse exclusivamente desde el punto de vista penal, siendo recomendable un abordaje más amplio²¹. No obstante, este estudio se centrará en el tratamiento penal de este delito, especialmente en las cuestiones relativas a las especialidades que plantea su aplicación a los casos de trata de menores para su explotación sexual.

II. El tipo básico del delito de trata de seres humanos para su explotación sexual con víctima menor

1. *El requisito referido a la captación, traslado, acogimiento o transferencia de la víctima*

En primer lugar, el delito de trata describe una serie de acciones alternativas que se realizan sobre la víctima: captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, incluido el intercambio o transferencia de control sobre la misma²². Una primera lectura de

¹⁸ La Convención sobre los derechos del niño cuenta además con un Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (ratificado por España por instrumento de 5 de diciembre de 2001, BOE de 31 de enero de 2002), en cuyo art. 3 se insta a los Estados parte a castigar penalmente, entre otras conductas, la venta de niños (entendiendo por tal todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución), ofreciendo, entregando o aceptando por cualquier medio un niño con fines de explotación sexual del niño, de transferencia con fines de lucro de órganos del niño o de trabajo forzoso del niño.

¹⁹ El art. 2 de este Protocolo incluye entre sus fines: “a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños”.

²⁰ Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo. La Directiva dedica los arts. 13 a 16 específicamente a las medidas que los Estados miembros deben implementar para la asistencia, apoyo y protección a los menores víctimas de trata de seres humanos tanto durante la investigación y proceso penales, como después, a corto y largo plazo.

²¹ La intervención penal es solo una forma de lucha contra la trata. La aproximación victimocéntrica a este fenómeno incluye lo que se denominan políticas “3P”, en referencia a la persecución, la prevención y la protección de las víctimas (VILLACAMPA ESTIARTE, 2022a, pp. 29-30). Obviamente el Código penal responde sobre todo a la primera, por lo que un sector doctrinal ha demandado la aprobación de una ley integral contra la trata de seres humanos. Existen en España trabajos prelegislativos orientados a la elaboración de una ley integral contra la trata de seres humanos que, sin embargo, a día de hoy (mayo de 2023) no han culminado en ningún texto legal. Acerca de la conveniencia de una ley integral sobre la trata, véase VILLACAMPA ESTIARTE, 2020, pp. 1-57; y 2022a, pp. 29-45.

²² Las primeras conductas (captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas) estaban ya incluidas en la definición de trata que daba el art. 3.a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata

este listado podría conducir a la errónea conclusión de que es preciso un desplazamiento geográfico de la víctima o al menos que una circulación geográfica se proyecte, se realice o se haya realizado. Sin embargo, de una interpretación global del delito se trata se deduce que, más importante que la movilización geográfica, es que la conducta aisle o pretenda el aislamiento de la víctima respecto de su entorno para facilitar su explotación posterior. En este sentido, el desplazamiento geográfico de la víctima puede garantizar ciertamente su aislamiento social, pero también puede haber trata en conductas sin desplazamiento, como en el caso de la transferencia de control sobre la persona²³. Lo relevante, por tanto, es que la realización de una de las acciones mencionadas en el tipo provoque o facilite una posterior situación de control sobre otra persona.

Las conductas de captación, transporte, traslado, acogida y recepción de la persona, incluyendo el intercambio o transferencia de control sobre ella, pueden entenderse, por otro lado, como fases progresivas de un mismo largo proceso (se capta a la víctima para después trasladarla y entregarla a un tercero que la recibe)²⁴. No obstante, se configuran como conductas alternativas, bastando la constatación de la existencia de una de ellas para dar por cumplido este elemento del tipo objetivo, aunque no se pueda vincular la conducta a otras que puedan tener lugar respecto de la misma víctima. Sujeto activo del delito, por tanto, puede ser cualquiera a título individual, sin que sea necesario demostrar que el sujeto está coordinado con quien lleva a cabo la etapa previa o posterior del proceso, ni su pertenencia a una red o grupo criminal (como demuestra, por lo demás, la existencia de un tipo cualificado para los casos de criminalidad organizada en el apartado 6 del art. 177 bis)²⁵. Como tampoco es necesario que se lleven a cabo todas las fases, siendo posible aplicar delito consumado de trata cuando se ha realizado solo una de ellas (por ejemplo, la captación) si se dan el resto de requisitos²⁶.

Como pone de manifiesto Lloria García, con esta abundancia de verbos típicos se está adoptando un concepto unitario de autor en el que se elevan a autoría conductas que pueden representar meros actos de participación (como el traslado de un lugar a otro)²⁷, aunque ciertamente la autoría requerirá haber hecho uso de alguno de los medios comisivos y perseguir una de las finalidades incluidas en el art. 177 bis.1.

En cualquier caso, en mi opinión todas las acciones mencionadas en el art. 177 bis tienen en común un elemento de sometimiento, de control de la víctima objeto de trata, que es lo que diferencia este delito de otras figuras delictivas²⁸. A través de la

de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

²³ En este sentido también, por ejemplo, GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 80.

²⁴ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, 2019, p. 33; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 40.

²⁵ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 29.

²⁶ Así expresamente, por ejemplo, la STS 16 febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:559).

²⁷ LLORÍA GARCÍA, 2019, pp. 377-378. En el mismo sentido, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 41.

²⁸ Así también RODRÍGUEZ MESA, 2012, pp. 243-244.

captación, el traslado y el acogimiento a menudo se desarraiga a la víctima, alejándola de su entorno, donde puede sentirse amparada, para llevarla a un lugar donde no conoce a nadie y donde se ve limitada en sus movimientos: el dominio fáctico de una persona resulta mucho más efectivo si se la aísla de lo que le es conocido y cercano²⁹.

Cada una de estas conductas puede realizarse, por lo demás, sobre una persona nacional o extranjera. En este aspecto no se plantea respecto de menores ninguna especialidad, presentándose en consecuencia los mismos problemas interpretativos y las mismas consideraciones críticas que en relación a víctimas adultas³⁰. Y lo mismo cabe afirmar respecto a la mención de que la conducta típica deba tener lugar en España, desde España, con destino a España o en tránsito por territorio español³¹.

Veamos con más detalle las distintas conductas previstas en el art. 177 bis.1.

La captación se refiere al reclutamiento de la víctima³² y “supone una actividad previa a la explotación realizada por el propio explotador o por el tratante, orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, esto es, para ser desplazada, movilizada o cedida”³³. A pesar de la amplitud literal del término, para poder dejar algún espacio a la tentativa y los actos preparatorios habrá que entender que esta modalidad exige para la consumación del delito pasar del mero ofrecimiento a la efectiva captación de la víctima³⁴. Por tanto, como sostiene Villacampa, esta modalidad requiere algo más que la mera oferta, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio, el cierre de algún acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue a la persona tratada³⁵. Aunque, ciertamente, esta actividad puede

²⁹ VALLE MARISCAL DE GANTE, 2021, pp. 141-142.

³⁰ Como ya he dicho antes, desde su introducción el art. 177 bis menciona expresamente el término “víctima nacional o extranjera”, lo que no se hace en ningún otro delito (no se dice que homicidio es matar a un nacional o extranjero), pero se explicaba en aquel momento por haberse extraído el delito de trata del delito del art. 318 bis.2 Cp y significaba, en su momento, la universalización de la trata (así, por ejemplo, CUGAT MAURI, 2010, p. 160; o VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, pp. 395-396). Señalan la conveniencia de suprimir esta referencia al sujeto pasivo, por ejemplo, POMARES CINTAS, 2011, p. 7; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, p. 89; o VILLACAMPA ESTIARTE, 2020, p. 8. En cualquier caso, la realidad demuestra que son prevalentes las víctimas extranjeras, así, por ejemplo, indica SALAT PAISAL (2022, p. 258) que de los datos obtenidos de los organismos internacionales (ONU, Europol, Comisión Europea) se desprende que solo el 10% de las víctimas de trata son nacionales o de países de Europa occidental, aunque en mi opinión no cabe descartar que exista un sesgo en la identificación de las víctimas de trata.

³¹ Para VILLACAMPA ESTIARTE (2011b, p. 50) esta referencia es “...una reminiscencia de la endémica confusión producida en nuestro Derecho interno entre la trata de seres humanos y la inmigración clandestina que debería desaparecer”. Para DAUNIS RODRÍGUEZ (2017, p. 461) es criticable porque sigue poniendo de manifiesto un enfoque “trafiquista”, olvidando que el delito de trata no exige en ningún caso un cruce de fronteras. Proponen también la desaparición de esta mención, por limitar indebidamente el ámbito de este delito, entre otros, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 51; o GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 95.

³² Así, por ejemplo, PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1089.

³³ RODRÍGUEZ MESA, 2012, p. 243.

³⁴ Así también RODRÍGUEZ MESA, 2012, p. 243.

³⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 396. Más lejos llega GONZÁLEZ TASCÓN (2020, p. 80), exigiendo que la captación comporte una intromisión indebida en la voluntad de la víctima, de modo que esta experimente “...la pérdida del control de su capacidad de decisión y acción, siendo instrumentalizada por el tratante”.

llevarse a cabo tanto de forma directa, como a través de las tecnologías de la información y la comunicación³⁶. Especial dificultad plantea en este ámbito, cuando la conducta se realiza sobre un menor, la delimitación de la trata con fines de explotación sexual respecto del delito de captación del menor con fines exhibicionistas o pornográficos del art. 189. Al respecto, creo que el delito del art. 189 es aplicable cuando la captación efectivamente se produce y el espectáculo o la elaboración de pornografía tienen lugar, por lo que se refiere a conductas de explotación efectiva que, como tales, permiten aplicar un concurso de delitos con el de trata si se dan los requisitos de este (*véase infra*, IV.5)³⁷.

El art. 177 bis.1 incluye también las conductas de transporte o traslado de la persona. Hasta la reforma de 2015, el mantenimiento de ambas modalidades podía tener el sentido de referir el transporte a la acción de llevar a una persona de un lugar a otro y el traslado a la entrega, cambio o transferencia de una víctima carente de capacidad de decisión³⁸. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 que, como veremos seguidamente, introdujo la modalidad de intercambio o transferencia de control sobre una persona, el mantenimiento de ambas conductas (traslado/transporte) carece en mi opinión de sentido al referirse a comportamientos idénticos: el llevar a una persona de un lugar a otro³⁹. Esta conducta en concreto sí incluye un desplazamiento físico de la víctima, desplazamiento que, una vez desvinculados los delitos de tráfico ilegal y trata, como ya he dicho antes no tiene por qué ser aquí transfronterizo. De hecho, ni siquiera es necesario que se cambie de ciudad, pues lo relevante del traslado/transporte es que se extrae a la víctima de su entorno. En efecto, esta conducta está relacionada con la técnica del desarraigo, esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata⁴⁰. Por lo demás, el desplazamiento puede llevarse a cabo por cualquier medio, incluso a pie, y puede realizarse en todo tipo de

³⁶ Así, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 396; LLORIA GARCÍA, 2019, pp. 378-379; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 44; GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 80; o PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1097.

³⁷ Para RODRÍGUEZ MESA (2012, p. 244), lo que distingue en este caso a la trata es el elemento de sometimiento y control de la persona objeto de trata.

³⁸ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, 2012, p. 244; VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, pp. 396-397; o GARCÍA SEDANO, 2020, p. 46. Como indica GONZÁLEZ TASCÓN (2020, p. 81), hay que tener en cuenta que el verbo usado en la normativa internacional que se tradujo como “trasladar” era “transfer”, que también contiene el significado de cesión a un tercero del dominio fáctico sobre una persona, por lo que cabía sostener una interpretación amplia del término “trasladar”.

³⁹ Identifican también ahora ambas conductas, por ejemplo, LLORIA GARCÍA, 2019, p. 379; DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 493; GARCÍA SEDANO, 2020, pp. 45-47; GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 81; o PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1097.

⁴⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 81. Como explica Pérez Machío, el desarraigo consiste en que la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita, cortando sus vínculos afectivos para impedirle el contacto con sus redes de apoyo (familia, amigos, vecinos...) y provocando así unas condiciones de aislamiento que permitan al tratante mantener el control sobre ella. Por eso la víctima, una vez trasladada, a menudo es despojada de sus documentos identificativos y de cualquier otra pertenencia que la relacione con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos (PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1089).

condiciones, desde las más cómodas hasta otras tan peligrosas que puedan dar incluso lugar a la aplicación del tipo cualificado del apartado 4.a)⁴¹.

La trata también puede cometerse en la modalidad de acogida y recepción de la víctima⁴². Tampoco parece haber aquí diferencias sustanciales entre acoger y recibir⁴³, esto es, hacerse cargo de la persona tratada⁴⁴, aunque algunos autores han entendido que la recepción puede interpretarse como “apropiación” de la víctima cedida⁴⁵. De cualquier modo, acoger o recibir no implican necesariamente convivencia, bastando con que se proporcione a la víctima refugio o aposento⁴⁶. Ni tampoco creo que se exija que se trate de la última fase del proceso, limitándose a los supuestos en que el acogimiento o la recepción tienen lugar donde se llevará a cabo la explotación, sino que incluye también situaciones de acogimiento intermedio, anteriores al traslado o transporte de la víctima a otro lugar⁴⁷. Es irrelevante, además, la duración de la actividad, incluyéndose en esta modalidad tanto las acogidas por largos periodos de tiempo, como las breves⁴⁸.

Por último, el delito de trata puede cometerse mediante el intercambio o transferencia de control sobre una persona, conducta que a menudo estará vinculada al medio comisivo de entrega o recepción de pagos o beneficios⁴⁹. La inclusión tanto de esta última conducta como del mencionado medio comisivo se produjo por la LO

⁴¹ GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, pp. 81-82.

⁴² La LO 1/2015, de 30 de marzo, eliminó la conducta de “alojar”, incluida en la versión original del art. 177 bis. Aunque la Exposición de Motivos de la ley de reforma no daba ninguna explicación al respecto, seguramente se hizo con la finalidad de evitar la reiteración de conductas, en la medida en que “acoger” o “recibir” ya incluyen “alojar” (así también, entre otros, CANO PAÑOS, 2015, p. 424; IGLESIAS SKULJ, 2015, p. 568; VILLACAMPA ESTIARTE, 2015a, p. 1159; RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2016, pp. 153-154; MONGE FERNÁNDEZ, 2017, p. 114; GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 82; o VALLE MARISCAL DE GANTE, 2021, p. 147). En cualquier caso, el término alojar no se contenía ni en el art. 3.a) del Protocolo de Palermo contra la trata de 2000 (que como ya he dicho antes solamente mencionaba “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”), ni en el art. 1.1 de la hoy derogada Decisión Marco 2002/629/JAI (que se refería a las mismas conductas que el Protocolo y además al intercambio o traspaso de control sobre la persona), ni en el art. 2.1 de la Directiva 2011/36/UE, que prácticamente reproducía en este aspecto la Decisión Marco que venía a sustituir. Sin embargo, la conducta de alojar sí se encontraba recogida en el art. 4.a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (que incluía “la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas”).

⁴³ Identifican también ambas conductas, por ejemplo, DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 493; y PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1097.

⁴⁴ Así LLORIA GARCÍA, 2019, p. 379; DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 493; o PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1097.

⁴⁵ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, 2012, p. 245.

⁴⁶ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 48.

⁴⁷ En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 397.

⁴⁸ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 48.

⁴⁹ Sin embargo, aunque ciertamente en la práctica el intercambio o transferencia de control sobre una persona pueda estar unida a menudo al medio comisivo de entrega o recepción de pagos o beneficios, en realidad no es necesario que se den conjuntamente, incluyéndose también en esta modalidad de trata los casos de cesión de la víctima sin contraprestación alguna en los que se use un medio comisivo distinto (así también, por ejemplo, GARCÍA SEDANO, 2020, pp. 49-50).

1/2015, que buscaba con ello dejar clara la inclusión en este delito de comportamientos como la venta, permuta o alquiler de una persona⁵⁰. Y probablemente ninguna otra conducta del art. 177 bis.1 refleja tan claramente como esta el proceso de cosificación al que se somete a la víctima en la trata⁵¹. En efecto, lo relevante aquí no es el traslado físico (que puede no existir), sino "...la falta de autonomía de la víctima, su sumisión al control y la dominación que ejerce un tercero y la transferencia de dicho control entre individuos a los que aquella queda sometida"⁵². Precisamente por ello, y aunque cualquiera de las acciones típicas vistas puede realizarse con una víctima menor, esta modalidad en concreto puede resultar frecuente con menores de edad, en la medida en que puede abarcar con facilidad casos "...en que la víctima no dispone de la madurez para discernir sobre las decisiones que otros toman por ella, sea por razones de edad o por sufrir algún tipo de discapacidad..."⁵³. Por lo demás, aunque en esta modalidad, a diferencia del resto del apartado 1, el legislador se refiere a la víctima en plural ("incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas..."), no creo que esta referencia tenga ninguna significación, pues queda claro ya que en la trata el bien jurídico es individual y que hay tantos delitos como víctimas haya (véase *infra*, IV.1).

2. El requisito del uso de determinados medios comisivos y su innecesiedad en caso de víctima menor

a) Medios comisivos en el delito de trata

En segundo lugar, el delito de trata requiere en principio el uso de determinados medios comisivos, característicos de la trata en cuanto este delito exige la ausencia de consentimiento válido en la persona tratada⁵⁴. Desde la reforma operada por la

⁵⁰ Así por ejemplo IGLESIAS SKULJ, 2015, p. 568. La inclusión de la referencia al "intercambio o transferencia de control" sobre la persona se realizó, según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, para adaptar el texto legal a la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. Y, en efecto, el segundo párrafo del art. 2.1 de la citada Directiva define la trata como la "captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas", aunque en realidad esta modalidad estaba ya mencionada anteriormente en el art. 1.1 de la hoy derogada Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, mención que ignoraron tanto la reforma española de 2003, como la de 2010. Como ponía de manifiesto VILLACAMPA ESTIARTE (2015a, p. 1159), esta omisión había dado lugar a interpretaciones forzadas (como la que había mantenido esta misma autora anteriormente) para evitar que la venta, alquiler o permuta de víctimas quedaran impunes intentando incluirlas en el término "trasladar" (entendiendo que incluía el traslado físico y el traslado del dominio fáctico), interpretación forzada que actualmente ya no es necesaria.

⁵¹ Así, por ejemplo, DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 493; o VILLACAMPA ESTIARTE, 2020, p. 7.

⁵² TORRES ROSELL, 2022, p. 474.

⁵³ TORRES ROSELL, 2022, p. 474. La autora se refiere concretamente al caso en que, con finalidad de matrimonio forzado, quien detenta el control sobre la víctima lo transfiere al futuro cónyuge o al intermediario en el enlace, pero el medio comisivo igualmente puede usarse para las demás finalidades del art. 177 bis.1.

⁵⁴ Lo que resulta una diferencia esencial con el tipo básico del delito de tráfico ilegal.

LO 1/2015, de 30 de marzo, dichos medios comisivos son la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima⁵⁵. La equiparación aquí de medios violentos o intimidatorios y otro tipo de medios comisivos tiene su razón de ser en que el bien jurídico protegido (dignidad) se ve igualmente lesionado sea cual sea la forma de sumisión que se emplee, con independencia por supuesto de que la gravedad del concreto medio comisivo usado pueda tenerse en cuenta en la determinación de la pena dentro del marco penal abstracto⁵⁶.

Aunque no es un requisito legal que cada conducta de control vaya asociada a un determinado medio comisivo, lo cierto es que existen determinadas vinculaciones en la práctica. Así, por ejemplo, la captación vendrá frecuentemente asociada al engaño o al abuso, mientras que difícilmente podrá hablarse de captación si se ha usado violencia o intimidación⁵⁷. Del mismo modo, a menudo la conducta de intercambio o transferencia de control vendrá vinculada al medio comisivo de entrega o recepción de pagos, aunque pueda darse también por ejemplo mediante abuso o engaño.

También es posible que se use un único medio comisivo durante todo el proceso de captación/traslado/acogida (por ejemplo, el engaño), o que se usen varios medios comisivos distintos por el mismo o por diferentes sujetos activos (por ejemplo, se inicia la trata por un sujeto que usa engaño y luego la entrega a otro que la acoge y utiliza violencia para doblegar su voluntad). O también cabe que el sujeto que realiza una fase intermedia (por ejemplo, traslado o acogimiento) no use por sí mismo ninguno de los medios comisivos, siempre y cuando conozca la situación precedente (por ejemplo, que la víctima ha sido captada con engaño)⁵⁸.

En cualquier caso, lo relevante es que el medio comisivo usado haya provocado que la conducta realizada lo haya sido en contra de la voluntad de la persona afectada o con un consentimiento inválido por parte de esta. Ello incluye, claro está, tanto los supuestos en que falta el consentimiento desde el inicio, como aquellos en que al

⁵⁵ Salvo el último de estos medios comisivos, añadido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el resto se ha mantenido idéntico desde la versión original del art. 177 bis Cp hasta la actualidad, a pesar de que no coincide con el listado mencionado en la Directiva 2011/36/UE, que, siguiendo la definición de trata que se daba ya en el art. 3.a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo), se refería en su art. 2.1, además de a la entrega o recepción de pagos o beneficios, a “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad”. Las discrepancias existentes en la literalidad de sendas descripciones no creo, sin embargo, que conduzca a ninguna laguna de punibilidad en el ordenamiento español. En lo que se refiere, en concreto, al “rapto”, no representa ninguna laguna por cuanto suele implicar violencia, intimidación o engaño, medios que sí se mencionaban en el art. 177 bis (así también VILLACAMPA ESTIARTE, 2011a, p. 422).

⁵⁶ RAMÓN RIBAS, 2022, p. 443. Sobre la equiparación de medios comisivos violentos o intimidatorios y otro tipo de medios comisivos como el engaño y el abuso, comparando el delito de trata con otros delitos en los que se distingue entre ambos, véase RAMÓN RIBAS, 2022, pp. 436-443.

⁵⁷ Así, por ejemplo, LLORIA GARCÍA, 2019, p. 379.

⁵⁸ Así, por ejemplo, STS 30 octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3750), FD Décimo.

consentimiento inicial sigue el uso de alguno de los medios comisivos de la trata⁵⁹. La relación existente entre el uso de los medios comisivos descritos y la ausencia de consentimiento válido puede constatarse, si es que hubiera alguna duda al respecto, en el apartado 3 del art. 177 bis, que establece, desde 2010, que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos es irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de dicho artículo⁶⁰. En relación a víctimas menores, por su parte, no solo es inválido el consentimiento del propio menor (véase *infra*, b), sino también el de sus padres, por ejemplo, respecto del traslado de este⁶¹.

En concreto, la trata puede cometerse, en primer lugar, mediante violencia y/o intimidación⁶². Como medios comisivos de la trata, estos conceptos no se diferencian de lo que ha de entenderse por tales en otros delitos que la incluyen en su conducta típica, como el robo, y, como en ellos, la violencia o la intimidación usada deberá ser idónea para vencer la resistencia del sujeto⁶³. Obviamente, en la constatación de la existencia de violencia o intimidación habrá de tenerse en cuenta las circunstancias, teniendo en consideración al respecto por ejemplo que la violencia o la intimidación necesaria para coaccionar a atemorizar a un menor de corta edad no será la misma que la que se requiere cuando el sujeto pasivo es un adulto. La jurisprudencia ha admitido en este contexto todo tipo de medios coactivos o intimidatorios, incluido el uso de vudú tanto con víctimas adultas, como menores⁶⁴.

⁵⁹ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 28.

⁶⁰ Como dice GARCÍA SEDANO (2020, p. 27), aunque el Código penal habla de consentimiento “irrelevante” se trata más bien de un consentimiento “ineficaz”. La ineficacia del consentimiento en estos casos se reconocía ya en el art. 3.b) del Protocolo de Palermo contra la trata de 2000, en el art. 1.2 de la hoy ya derogada Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, de lucha contra la trata de seres humanos, en el art. 4.b) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y en el art. 2.4 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo. Respecto de víctimas adultas, el reconocimiento de que la ausencia de consentimiento es elemento central de la trata supone que, en los supuestos en que quede probado que la persona aceptó voluntariamente desplazarse a otro lugar, por ejemplo, para ejercer la prostitución, no hay trata. Así expresamente, por ejemplo, DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, p. 70. Como sostiene DAUNIS (2013, pp. 34-35), hay que acabar de una vez por todas con la peligrosa y desacertada identificación del migrante con un sujeto vulnerable del que abusan las bandas organizadas, pues conduce a negar la validez de sus decisiones por entender que su consentimiento nunca es libre por estar viciado por el estado de necesidad o la situación de vulnerabilidad que sufre. Sobre la necesaria distinción entre trabajo sexual (prostitución libre) y servidumbre sexual (prostitución coactiva), véase FERRÉ OLIVÉ, 2011, pp. 403-405.

⁶¹ Como indica la STS 19 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2863): “El consentimiento de los padres de la menor no solo es irrelevante sino que incluso podría alumbrar, acreditadas ciertas condiciones, algún tipo de responsabilidad penal” (FD Primero).

⁶² Ciertamente, los medios coactivos no suelen ser los más frecuentes en la trata. En efecto, la violencia aparece con más facilidad en la fase de explotación de la víctima (SALAT PAISAL, 2022, pp. 277-278), aunque no hay que descartar sin embargo que pueda ser usada en las fases de captación, transporte, acogida o transferencia de control.

⁶³ Así, entre otros, MARTOS NÚÑEZ, 2012, pp. 104-105; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 57; o PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1099.

⁶⁴ Véanse, por ejemplo, solo en los tres últimos años, en casos todos ellos en que las víctimas eran mujeres nigerianas, la STS 14 mayo 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1935); la STS 23 julio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2636);

En segundo lugar, la trata puede cometerse empleando engaño, usando estrategias capaces de crear un error en el sujeto pasivo, que le lleve a aceptar una situación que determinará su sometimiento, desconociendo la víctima el significado real o la trascendencia para sus bienes jurídicos de aquello que acepta⁶⁵. El engaño ha de ser de tal entidad que sea idóneo para conseguir un consentimiento que de otro modo no se obtendría, por lo que objetivamente debe ser suficiente para dicha finalidad, en el sentido en que este requisito se interpreta en el delito de estafa⁶⁶. Por ello, si el engaño pudiera ser detectado sin esfuerzo por la víctima, no cabrá hablar de trata, aunque a estos efectos habrá que tener en cuenta que las circunstancias del sujeto pasivo (especialmente la corta edad) pueden tener gran repercusión en lo que puede entenderse para una persona engaño bastante. Por lo demás, el engaño es un medio utilizado muy frecuentemente en el delito de trata⁶⁷, especialmente en la fase de captación⁶⁸ y en concreto en la que se lleva a cabo mediante ofertas de trabajo que son engañosas, bien en referencia a la naturaleza del trabajo o servicios que la víctima de trata deberá realizar, bien respecto a las condiciones en que deberá realizarlos⁶⁹. No es difícil

el ATS 10 septiembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:7520A); la STS 21 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1397); el ATS 22 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:6302A); la STS 15 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3458); la STS 16 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3451); la STS 12 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1954); la STS 12 diciembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4662); y la STS 1 marzo 2023 (ECLI:ES:TS:2023:656). Específicamente sobre uso de vudú en víctimas de trata menores de edad nigerianas, véanse la STS 20 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:595); la STS 22 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1739); o la STS 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2818). Como sostiene GONZÁLEZ TASCÓN (2020, p. 87), la capacidad de los medios comisivos mencionados en el art. 177 bis.1 para doblegar o viciar la voluntad de la víctima ha de ser establecida en cada caso atendiendo a criterios objetivos pero también a las circunstancias de la víctima, por ejemplo teniendo en cuenta "...la importancia que tiene una adecuada comprensión del contexto cultural de la víctima, que puede explicar fácilmente el porqué de que el empleo del vudú sea considerado un medio de intimidación de las víctimas procedentes de determinados países como Nigeria".

⁶⁵ MARTOS NÚÑEZ, 2012, p. 105.

⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 398; LLORIA GARCÍA, 2019, p. 381; PÉREZ MACHÍO, 2021, pp. 1099-1100.

⁶⁷ Así, por ejemplo, en una investigación de Salat Paisal realizada sobre todas las sentencias de Audiencias Provinciales de España en los años 2011-2019 sobre delito de trata, este autor constató que el engaño era el principal medio comisivo (SALAT PAISAL, 2022, p. 277).

⁶⁸ PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1089.

⁶⁹ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 62. También para GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS (2019, p. 34) la trata incluye no solo el supuesto en que se engaña completamente a la víctima (por ejemplo, se le ofrece trabajo como limpiadora cuando la finalidad real del traslado es destinarla al ejercicio de la prostitución), sino también aquel en el que la víctima accede a llevar a cabo una actividad (acepta por ejemplo prostituirse), pero las condiciones ofrecidas difieren esencialmente de las que se pretende en realidad imponer. Sin embargo, como recuerda Villacampa, esta afirmación ha de matizarse, pues, en la medida en que la trata es un delito contra la dignidad humana y no un delito contra los derechos de los trabajadores, el engaño sobre las condiciones laborales solamente será típico de trata cuando estas impliquen la prestación de la actividad en condiciones de indignidad: "Únicamente el engaño que implique tratar al trabajador como mera fuerza de trabajo, no como persona, y que conduzcan a la explotación será constitutivo de trata" (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 399). Un caso que reúne esos requisitos puede verse por ejemplo en la STS 14 octubre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3727).

encontrar en nuestra jurisprudencia casos en los que se realizan falsas ofertas de trabajo dirigidas a menores que encubren finalidades de explotación sexual⁷⁰, pero también de engaño referido a supuestas relaciones sentimentales en las que el falso enamorado promete a la víctima una vida mejor⁷¹.

En tercer lugar, la trata puede cometerse también mediante abuso de situación de superioridad, medio comisivo que presupone la existencia de una posición de ventaja del sujeto activo frente al sujeto pasivo de la que se abusa⁷². Para determinar que la situación de superioridad del sujeto activo es en el caso concreto capaz de doblegar la voluntad de la víctima deberá atenderse a criterios objetivos y subjetivos que tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima, entre ellas, su edad⁷³. Sin embargo, de por sí la corta edad no puede ser el único fundamento de la situación de superioridad, o, si lo es, no cabe entonces aplicar el tipo cualificado del apartado 4.b). Cuestión distinta es que la víctima sea menor y que haya además, por ejemplo, abuso de superioridad por parte de un sujeto que ostente en la comunidad una posición de autoridad (véase *infra*, III)⁷⁴.

Las razones de la situación de superioridad pueden ser en efecto numerosas y variadas, incluyendo la jerárquica, la docente o la laboral, pero también las que se derivan del parentesco, o de una situación de convivencia doméstica, o económica, entre otras⁷⁵, lo que dificulta a veces la delimitación de este medio comisivo respecto del abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad, que también se menciona expresamente en el art. 177 bis.1, en la medida en que la situación de necesidad o vulnerabilidad implica una situación de inferioridad de la víctima respecto del agresor⁷⁶.

El abuso de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, como medio comisivo de la trata, viene definiéndose desde 2015 en el apartado 1 del art. 177 como la situación en que una persona “no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Al respecto, aunque esta definición procede de la contenida en los textos comunitarios⁷⁷, mientras en estos dicha definición se refería solo a la

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, la STS 9 abril 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1502); la STS 28 septiembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4059); la STS 15 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5546); la STS 27 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3061) -unida al uso de vudú-; o la STS 20 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1011). En otros casos la falsa oferta se refiere a una supuesta escolarización o continuación de estudios por parte del/de la menor, como en la STS 24 julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572); o a vagas promesas de una vida mejor, como en el caso de la STS 4 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:487).

⁷¹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, 2019, p. 34. Es el llamado *lover boy*, esto es, el caso en que la relación sentimental deviene el método de captación o de obtención de control sobre la víctima (TORRES ROSELL, 2022, p. 480). Supuestos de esta clase específicamente con víctimas menores pueden verse en la STS 9 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380); y la STS 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4542).

⁷² LLORÍA GARCÍA, 2019, pp. 380-381.

⁷³ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 63.

⁷⁴ En sentido similar, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 64.

⁷⁵ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 64.

⁷⁶ GOIZUETA VÉRTIZ, 2019, p. 80.

⁷⁷ Esta definición se adecúa en gran parte al art. 1.1.c) de la hoy ya derogada Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, y al art. 2.2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, que vino a sustituirla.

situación de vulnerabilidad⁷⁸, el legislador español de 2015 la extendió tanto a la situación de vulnerabilidad, como a la de necesidad, conceptos que no parecen sinónimos. Ello genera, en mi opinión, el peligro de incluir en el delito de trata a través del abuso de situación de necesidad situaciones en que el sujeto tiene por ejemplo una situación económica difícil que le lleva a tomar ciertas decisiones o aceptar ciertos traslados o condiciones de trabajo, pero que no invalidan su consentimiento ni son equiparables a las situaciones de uso de violencia o de intimidación⁷⁹. Mientras se mantenga como medio comisivo de la trata, sin embargo, habrá que hacer una interpretación restrictiva del concepto de “abuso de necesidad” para incluir solamente los supuestos en que la situación económica del sujeto sea tal que realmente no tenga más alternativa que someterse al abuso, en definitiva, por tanto, que su situación económica lo haga vulnerable⁸⁰. De cualquier modo, los problemas que plantea este medio comisivo no son específicos de los casos de víctima menor.

En cuanto al abuso de vulnerabilidad, puede abarcar un gran número de supuestos, pues la víctima puede estar en situación de vulnerabilidad por variadas razones personales (por ejemplo, estar en avanzado estado de gestación, tener dependencia de sustancias tóxicas o tener una discapacidad) o de otra índole (como tener una estancia irregular en el país o estar huyendo de un conflicto armado)⁸¹. Para la jurisprudencia, sin embargo, lo relevante es que el sujeto se aproveche de una realidad (socioeconómica, personal, familiar o relacional) que restringe la libertad decisoria del sujeto pasivo y le conduce a soportar una situación que nunca hubiera aceptado sin unos condicionantes de exclusión social que son directamente instrumentalizados por el autor⁸².

Por último, el art. 177 bis.1 menciona desde 2015, como medio comisivo de la trata, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de

⁷⁸ Así, por ejemplo, el art. 2.2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, establece lo siguiente: “Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”.

⁷⁹ Críticamente al respecto se han manifestado, entre otros, CANO PAÑOS, 2015, p. 427 (por considerar que la fórmula escogida “propone un inadecuado tratamiento de supuestos de muy diversa índole y naturaleza” que además se definen con excesiva amplitud); y VILLACAMPA ESTIARTE, 2015a, p. 1159 (a quien preocupa que dicha amplitud pueda llevar a calificar como trata “supuestos en que el constreñimiento de la voluntad de la víctima resulta excesivamente sutil, haciendo el juego a quienes se empecinan, por ejemplo, en identificar cualquier forma de prostitución como manifestación de la trata, con el consiguiente e inadecuado tratamiento parejo de supuestos de muy diversa intensidad lesiva”).

⁸⁰ Para VILLACAMPA ESTIARTE (2015b, p. 406), teniendo en cuenta que en España se menciona expresamente la situación de necesidad, que no está en los textos internacionales, y que el tipo cualificado del apartado 4.b) se refiere a la especial vulnerabilidad por situación personal (véase *infra*, III), “parece poder confirmarse que quedan para el tipo básico los casos de abuso de situación de necesidad por razones económicas” (si la persona no tiene alternativa real).

⁸¹ VALLE MARISCAL DE GANTE, 2021, p. 143, habla de “...vulnerabilidad personal (discapacidad física o psíquica), vulnerabilidad geográfica (cuando la persona está en situación irregular en un país extranjero y se encuentra social o lingüísticamente aislada) o vulnerabilidad circunstancial (relacionada con el desempleo o la penuria económica)”.

⁸² Así expresamente el FD Octavo de la STS 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2818). Para el alto tribunal, esa restricción de la libertad es la que equipara este medio comisivo por ejemplo a la violencia o intimidación.

la persona que poseyera el control sobre la víctima⁸³. Respecto a esta modalidad delictiva, es preciso destacar que convierte en autor del delito de trata de seres humanos (si se dan los demás requisitos) tanto al que paga para conseguir el control de la víctima, como al que cobra por cederlo⁸⁴.

Aunque el art. 177 bis.1 se refiere a la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la *víctima*, ello no significa que el tipo solo se cumpla en situaciones de “retrata”, esto es, cuando la persona ya ha sido víctima de trata y ahora es cedida a un tercero. Por el contrario, ha de entenderse que el delito se comete cuando se entregan o reciben pagos para lograr la cesión del control sobre una *persona*, haya sido esta ya víctima de trata anteriormente o no (por ejemplo, para conseguir la cesión de un menor por parte de sus padres)⁸⁵.

Ningún otro medio comisivo de la trata representa, como este, la cosificación de la víctima, pues lo que se pretende con este medio no es ya obtener el consentimiento (viciado) de la persona tratada, sino el consentimiento de quien la controla⁸⁶. Nótese que no se trata aquí de ofrecer a la propia víctima una ventaja económica, sino a quien tiene el control sobre ella. Ello permite diferenciar los casos de matrimonios de conveniencia económica de los casos de trata para matrimonio forzado, en la medida en que en los primeros el dinero o la ventaja económica de que se trate se entrega al contrayente, que es quien decide si acepta casarse o no, y si quiere quedarse el dinero o darlo a su familia, mientras que en el segundo supuesto hay una compraventa de la víctima que es constitutiva de verdadera trata, por ejemplo cuando se entrega al padre de la menor un precio a cambio de obligar a su hija a contraer matrimonio con el comprador⁸⁷. Lo relevantes es aquí, en cualquier caso, que quienes

⁸³ La LO 1/2015, de 30 de marzo, añadió la referencia a la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control de la víctima, para adaptarlo a la definición que se da en el art. 2.1, párrafo segundo, de la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. El hecho de que este medio comisivo no se mencionara en la versión original del art. 177 bis había sido objeto de crítica por la doctrina (así, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2011a, p. 422), sobre todo teniendo en cuenta que sí estaba incluido en la definición de trata que daban el art. 3.a) del Protocolo de Palermo contra la trata de 2000, el art. 1.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, y el art. 4.a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, lo cual ignoró nuestro legislador tanto en la reforma penal de 2003, como en la de 2010. Un sector de la doctrina, sin embargo, consideró que esta omisión podía salvarse entendiendo que la concesión de pagos o beneficios sitúa a la víctima en una clara situación de necesidad o vulnerabilidad frente al sujeto activo que pretende explotarla, pero en mi opinión esto desbordaba el sentido literal del precepto (así también DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, p. 87), por lo que me parece correcta su inclusión expresa.

⁸⁴ Así también VALLE MARISCAL DE GANTE, 2021, p. 148.

⁸⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 87.

⁸⁶ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 72.

⁸⁷ Sobre la distinción entre matrimonio forzoso y de conveniencia, véase DE LA CUESTA AGUADO, 2015, pp. 368-370.

entregan o reciben pagos o beneficios estén con ello dejando a la víctima en una situación de falta de autonomía⁸⁸.

El término “pagos o beneficios” es muy amplio, pues incluye no solo la entrega de dinero, sino también otras actividades como la dación en pago, la permuta o el aval⁸⁹. Más discutible es si cabe incluir en esta modalidad la entrega de una persona a cambio de la mera promesa o expectativa futura de lograr el beneficio⁹⁰, aunque si un sujeto tiene el poder de transferir el control sobre una persona, difícilmente no nos encontraremos además en una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la que se abusa.

Creo que esta modalidad puede ser relevante especialmente con víctimas menores de edad, supuestos en los que no será infrecuente que sean vendidos, cedidos o alquilados por sus propios padres⁹¹.

b) *La excepción relativa a los menores*

Es en este punto donde la trata de menores presenta la más relevante especialidad, en la medida en que el apartado 2 del art. 177 bis, sin modificaciones desde 2010, indica que se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado 1 cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, aunque no se recurra a ninguno de los medios comisivos mencionados, entendiéndose la referencia a menores de edad en el sentido de menor de 18 años, independientemente de que el menor esté o no emancipado, o supere o no la edad del consentimiento sexual. Esta disposición está, por lo demás, en total sintonía con lo establecido en los textos internacionales y comunitarios⁹².

⁸⁸ Para TORRES ROSELL, 2022, p. 476, es este criterio el que permite distinguir los verdaderos casos de trata teniendo en cuenta la práctica extendida en diversas tradiciones y culturas, por ejemplo, del pago de una dote matrimonial, en el sentido de que no es el mero pago lo que determina la existencia de trata para matrimonio forzado, sino la sumisión de la víctima, a la que se deja sin capacidad de decisión.

⁸⁹ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 72.

⁹⁰ A favor, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 73.

⁹¹ Aunque los hechos tuvieron lugar antes de la reforma de 2015, puede servir de ejemplo de los supuestos a los que me refiero en el texto el caso juzgado en la STS 5 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1553), relativo a una madre que vende a dos hijas menores para su explotación sexual.

⁹² Así, por ejemplo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, indica en su artículo 3.c) que la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”, entendiéndose por “niño”, según la letra d), “toda persona menor de 18 años”. Según el art. 4.c) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, “la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos», aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo”, entendiéndose el término “niño”, según la letra d) del mismo precepto, “a toda persona de menos de dieciocho años de edad”. Y según el art. 2.5 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, “cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1” (es decir, amenaza, uso

La previsión contenida en el apartado 2 del art. 177 bis no significa, obviamente, que no puedan usarse los medios comisivos de la trata con víctimas menores, muy al contrario, será un caso frecuente. Lo que establece el apartado 2 es que *no es necesario* que se utilicen dichos medios comisivos para cumplir el tipo objetivo del delito de trata, tipo básico.

La precisión normativa de este apartado 2 tiene el sentido de afirmar la total ausencia de validez del consentimiento de menores de 18 años en el ámbito de la trata de seres humanos: si el consentimiento de un menor carece, de por sí, de validez, la presencia de violencia, intimidación, engaño o abuso ya no se requiere para que se dé el delito de trata. Para un sector doctrinal, ello significa que el legislador identifica al menor con una persona de por sí en situación de vulnerabilidad⁹³. Sea como sea, está claro que no puede valorarse dos veces la misma circunstancia, por lo que, si se tiene en cuenta que la víctima es menor para no exigir el uso de los medios comisivos, no cabrá luego aplicar la cualificación del apartado 4.b) de minoría de edad, ni la de especial vulnerabilidad en base exclusivamente a que el sujeto es menor de edad (aunque sí cabría aplicarlo por ejemplo si además de ser menor tiene una grave enfermedad física o psíquica). Sobre este tema volveré *infra*, III, cuando me ocupe del tipo cualificado del apartado 4.

Por lo demás, la cláusula del apartado 2 ha de referirse a los casos en que la víctima es menor en el momento de la acción típica, aunque deje de serlo en algún momento posterior. Es decir, que, si se capta a una víctima menor con una de las finalidades de explotación del art. 177 bis.1, es irrelevante que en el momento del traslado haya cumplido ya los 18 años⁹⁴.

Cuestión distinta es que, en la práctica, podamos encontrar algunos casos, especialmente de víctimas procedentes de terceros países, en los que no conste la edad efectiva del sujeto pasivo y haya que usar pruebas para determinarla⁹⁵. Al respecto, es importante tener en cuenta la normativa internacional, comunitaria y nacional di-

de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona), entendiéndose por “niño”, según el art. 2.6, cualquier persona menor de dieciocho años.

⁹³ Así parecen entenderlo, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, 2012, p. 240; o VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 400.

⁹⁴ Un caso de estas características puede verse en la STS 9 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380): un individuo contacta con una menor en Rumanía a través de una aplicación y finge establecer con ella una relación sentimental (*lover boy*). Siendo ella aún menor empieza a convencerla para trasladarse a España, pero el traslado y la posterior explotación sexual (que eran la finalidad pretendida desde el principio), se producen al cumplir ella los 18 años. Para el alto tribunal (FD Séptimo), “...si la captación se produce cuando la víctima es menor de edad, queda perfectamente configurada la aplicación del art. 177 bis 2 del Código Penal, pues el viaje posterior, cuando la menor ya ha cumplido su mayoría de edad, no es más que una mera progresión delictiva...”.

⁹⁵ GARCÍA SEDANO, 2020, p. 33.

rigida tanto a conceder medidas de protección específicas al posible menor a la espera de que se pueda comprobar su edad⁹⁶, como a limitar los casos en que pueden utilizarse pruebas de determinación de la edad y los medios que puedan usarse para ello⁹⁷. Sin embargo, al margen de la existencia de estas medidas protectoras, a efectos penales no cabrá aplicar el apartado 2 del art. 177 bis si no quedan demostrados tanto la efectiva minoría de edad de la víctima, como el conocimiento de dicha minoría de edad por parte del responsable de la trata, lo que puede ampliar en este tipo de casos, lógicamente, el ámbito del error de tipo del sujeto activo.

3. *Tipo subjetivo. Especial referencia a la finalidad de explotación sexual*

En todas sus modalidades, el delito de trata exige, en primer lugar, la existencia de dolo. La exclusión de la tipicidad de las conductas imprudentes no se deriva solo de su falta de previsión expresa (art. 12 Cp), sino de la incompatibilidad de las formas imprudentes con la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto.

En cuanto a las posibles clases de dolo, aunque en los textos internacionales y comunitarios solo se exige el castigo de la trata intencionada⁹⁸, creo que no hay razón para excepcionar este delito en nuestro Derecho, por lo que habrá que admitir la tipicidad de las conductas dolosas no solo en los casos de dolo directo, sino también eventual⁹⁹.

⁹⁶ Según el art. 10.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005: “En caso de que no exista seguridad sobre la edad de la víctima y cuando existan razones para creer que se trata de un niño, tendrá la consideración de tal y se le concederán medidas de protección específicas a la espera de que se pueda comprobar su edad”. Y algo similar establece el art. 13.2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI. En el ámbito nacional, el primer inciso del art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras su modificación por la LO 8/2021, de 4 de junio, establece lo siguiente: “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”.

⁹⁷ Según el primer párrafo del art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras su modificación por la LO 8/2021, de 4 de junio: “...el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas”.

⁹⁸ Véanse, entre otros, el art. 5.1º del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; el art. 18 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005; o el primer párrafo del art. 2.1 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo.

⁹⁹ En contra, considerando que en la trata solo cabe el dolo directo, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 77.

En cualquier caso, el dolo deberá referirse a la concreta conducta típica, por ejemplo, al hecho de que se traslada a una persona mediante la amenaza. Al respecto, en los casos de trata de menores, como todo delito que tenga en cuenta la menor edad de la víctima en su tipo objetivo, el dolo deberá incluir el conocimiento, siquiera aproximado, de la edad del menor, pues de lo contrario no cabría aplicar el apartado 2 del art. 177 bis, aunque sí sería posible aún aplicar el delito de trata en los supuestos en que se haya usado con dolo alguno de los medios comisivos descritos en el apartado 1¹⁰⁰.

Pero lo más característico del tipo subjetivo del delito de trata es que, además del dolo, se exige un elemento subjetivo del injusto referido a una finalidad de explotación de la víctima que, como tal elemento subjetivo del injusto, no es preciso que se convierta en explotación efectiva. Esta finalidad de explotación se incluye en todas las definiciones de trata tanto a nivel nacional, como internacional y comunitario¹⁰¹.

En efecto, la finalidad de explotación es inherente a la trata, aunque las concretas finalidades mencionadas en el art. 177 bis.1 han ido sufriendo modificaciones desde 2010. En la actualidad, las finalidades mencionadas expresamente son las siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad¹⁰².

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía (de la que me ocuparé de forma más amplia seguidamente).

c) La explotación para realizar actividades delictivas¹⁰³.

¹⁰⁰ Sobre las tendencias jurisprudenciales en la determinación de la prueba del dolo en los delitos que tienen como elemento del tipo o como factor de agravación de la pena la minoría de edad de la víctima, véase PÉREZ ALONSO, 2019, pp. 5-56.

¹⁰¹ Entre la normativa internacional o comunitaria que incluye la finalidad de explotación en sus definiciones de la trata puede verse, por ejemplo, el art. 3.a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; el art. 4.a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005; o el art. 2.1, segundo párrafo, de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo.

¹⁰² Sobre la trata con finalidad de explotación laboral, véanse, entre otros, POMARES CINTAS, 2011, pp. 1-31; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2014, pp. 5-19; o RAMÓN RIBAS, 2022, pp. 423-458, especialmente pp. 443-454.

¹⁰³ Aunque esta finalidad no estaba incluida en la versión original del art. 177 bis, finalmente su mención expresa fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para adaptarla al art. 2.3 de la Directiva 2011/36/UE. Según el Considerando 11 de dicha Directiva, por explotación para realizar actividades delictivas debe entenderse la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de drogas y otras actividades similares “que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”. No se entiende, sin embargo, por qué habría de restringirse esta modalidad a la explotación de delitos que supongan beneficios económicos, por lo que resulta adecuado que el legislador español no haya incorporado esta limitación, lo que permite, por ejemplo, incluir en el delito de trata a quien, por ejemplo, actúa con la finalidad de que el sujeto sea explotado para la comisión de lesiones o asesinatos (así RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2016, pp. 158-159). Al respecto, hay que recordar que el apartado 11 del art. 177 bis exime de pena a la víctima de trata por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas “haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho

- d) La extracción de sus órganos corporales¹⁰⁴.
- e) La celebración de matrimonios forzados¹⁰⁵.

Contiene el art. 177 bis, así, un catálogo de finalidades bastante amplio, que ha ido siendo completado a medida que se han ido detectando sus insuficiencias. Quedan, sin embargo, sin mencionar otras finalidades de explotación que ha señalado la doctrina, como la finalidad de maternidad subrogada forzosa¹⁰⁶, la finalidad (especialmente relevante en casos de víctimas menores de edad) de conseguir adopciones ilegales¹⁰⁷ o la de uso de menores en conflictos armados o para la realización de experimentos clínicos o farmacológicos¹⁰⁸, que actualmente solo darían lugar a trata si pueden subsumirse en otra modalidad ya existente (como la de imposición de servicios forzados). Porque, aunque en esto no hay unanimidad, en mi opinión el respeto al principio de legalidad exige interpretar que lo que recoge el art. 177 bis.1 es un sistema de *numerus clausus* de posibles finalidades y no un listado ejemplificativo, que pudiera dar cabida a otras formas de explotación de las personas similares a las mencionadas expresamente¹⁰⁹.

En cualquier caso, llama la atención que el término “explotación” solamente se use en las finalidades b) (explotación sexual) y c) (explotación para realizar actividades delictivas). ¿Significa eso que las demás finalidades no exigen fin de explotación? La cuestión es muy relevante cuando la víctima es menor de edad, en la medida en que el apartado 2 del art. 177 bis indica que respecto de menores hay delito de

criminal realizado”. Sobre la trata de seres humanos para explotación criminal en España, véanse, entre otros, RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2016, pp. 151-169; y VILLACAMPA ESTIARTE, 2019, pp. 61-90, y 2022b, pp. 497-541.

¹⁰⁴ Para la Fiscalía General del Estado (Circular FGE 5/2011, apartado II.4.3), la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos normalmente se realizará para trasplantar después el órgano que se pretende extraer, pero la redacción del art. 177 bis.1 no excluye otras posibilidades, como por ejemplo que la extracción forme parte integrante de una ceremonia “satánica”. La expresa referencia a los “órganos corporales”, sin embargo, impide englobar en este delito distintas prácticas como la extracción de sangre o sus componentes, o la de tejidos o células (DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 495), o la de gametos u óvulos (GARCÍA SEDANO, 2020, p. 98).

¹⁰⁵ La inclusión de esta finalidad por la LO 1/2015, de 30 de marzo, fue acogida favorablemente por unos (así, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2015a, p. 1160) y criticada por otros, por entender que se corría el riesgo de acabar criminalizando conductas que representan culturas diferentes (así, por ejemplo, CANO PAÑOS, 2015, p. 427; o IGLESIAS SKULJ, 2015, p. 570). Un análisis jurídico penal sobre la trata con fines de matrimonio forzado puede verse en TORRES ROSELL, 2022, pp. 459-496, especialmente en pp. 472-484, y un estudio fenomenológico en TORRES/ VILLACAMPA, 2022, pp. 219-253. En mi opinión, la inclusión de esta nueva finalidad no debería plantear más problema que el que presenta la necesaria distinción entre matrimonio concertado (representativo de otra cultura pero perfectamente aceptable jurídicamente en cuanto no hay ataque a la libertad ni a la dignidad del sujeto afectado) y matrimonio forzado (inaceptable aunque haya sido o siga siendo práctica habitual en otros países), distinción que también será necesario realizar en la aplicación del delito de matrimonio forzado del art. 172 bis.

¹⁰⁶ LAFONT NICUESA, 2022, p. 60; VILLACAMPA ESTIARTE, 2022a, p. 34.

¹⁰⁷ LLORIA GARCÍA, 2019, p. 369.

¹⁰⁸ LLORIA GARCÍA, 2019, p. 369.

¹⁰⁹ Entienden también que se trata de un sistema de *numerus clausus*, entre otros, LLORIA GARCÍA, 2019, p. 382 (críticamente); GARCÍA SEDANO, 2020, p. 109; o PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1102.

trata aun cuando no concorra ninguno de los medios comisivos del apartado 1 siempre que existan “fines de explotación”. ¿Hay que interpretar entonces que no se requieren con sujeto pasivo menor los medios comisivos de la trata cuando hay fin de explotación sexual o de realización de actividades criminales, pero sí cuando la finalidad es la de extraerle órganos, obligarle a contraer matrimonio o imponerle trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a esta, a la servidumbre o a la mendicidad? Creo que, para no llegar a conclusiones absurdas, habrá que entender que *todas* las finalidades mencionadas en el art. 177 bis son finalidades de explotación, aunque el término “explotación” no se use expresamente en todas ellas¹¹⁰. Y, por tanto, que la existencia de cualquiera de las finalidades del apartado 1 exime de la obligación de demostrar que se ha usado alguno de los medios comisivos de la trata cuando la víctima es menor de edad¹¹¹.

Por otro lado, dado que la finalidad que debe buscarse con la trata es la de explotar, de diversas formas, a la persona tratada, a menudo se vincula la trata de seres humanos a la intención de obtener un beneficio económico¹¹². Sin embargo, y a pesar de que el móvil económico será frecuente, el delito del art. 177 bis no exige (y por tanto no tiene que ser demostrado) un ánimo de lucro.

En cualquier caso, las finalidades incluidas, como elemento subjetivo del injusto que son, se refieren a la intención que ha de tener el sujeto, sin que sea necesario por tanto que la explotación llegue a ser efectiva¹¹³. Por ello, de llegar a realizarse la explotación, ello tendrá consecuencias a efectos concursales (véase *infra*, IV.5). Por lo demás, tampoco son infrecuentes los casos de finalidad de polieplotación, por ejemplo, cuando a la víctima de trata para su explotación sexual mediante el ejercicio

¹¹⁰ Se planteaba ya este problema y llegaba a la misma conclusión, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 211, sosteniendo que a pesar de la literalidad del precepto había de interpretarse que se refería a cualquiera de los tres casos que en ese momento se incluían en el art. 177 bis.1 (imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la mendicidad, explotación sexual, incluida la pornografía, o extracción de sus órganos corporales). También concluyen, más recientemente, que todas las finalidades del art. 177 bis.1 son finalidades de explotación, entre otros, LLORIA GARCÍA, 2019, p. 386; GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, pp. 87-88; o RAMÓN RIBAS, 2022, pp. 444-445.

¹¹¹ Esta interpretación se ve apoyada, además, en la normativa internacional y comunitaria. Así, por ejemplo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, incluye en su artículo 3.a), entre las “finalidades de explotación” que necesariamente ha de incluir la trata, “...como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Por su parte, la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, indica también en su artículo 2.3 que la “explotación” incluirá, “...como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”. Y en ambos textos se afirma expresamente, como ya hemos visto, que con respecto a cualquiera de estas finalidades se exime de la prueba del uso de los medios comisivos de la trata cuando la víctima es un menor de 18 años.

¹¹² Así, por ejemplo, VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, p. 92.

¹¹³ Se trata, por tanto, de lo que la doctrina denomina un delito de consumación anticipada; así, por ejemplo, MARTOS NÚÑEZ, 2012, p. 106; o VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, p. 102.

de la prostitución se la quiere obligar también a que realice pequeños hurtos a sus clientes¹¹⁴. La existencia de varias finalidades de explotación respecto de la misma víctima no modifica, sin embargo, la calificación de la conducta, que seguirá constituyendo un único delito de trata.

Las cinco finalidades previstas en el art. 177 bis.1 pueden pretenderse con menores de edad tanto o más que con adultos¹¹⁵. Sin embargo, en lo que sigue voy a prestar especial atención a la finalidad de explotación sexual que es, por lo demás y como ya hemos dicho, la más frecuentemente detectada en la práctica¹¹⁶.

Está ya consolidada, además, la tendencia a proteger específicamente a los menores de conductas dirigidas a su explotación sexual, aunque dicha tendencia se ha ido ampliando. Así, por ejemplo, a nivel internacional el Preámbulo del Convenio de Lanzarote de 2007¹¹⁷ vinculaba la explotación sexual de niños en particular con la prostitución infantil y la pornografía infantil. Sin embargo, el art. 4 de la Directiva 2011/93/UE¹¹⁸ daba ya un concepto más amplio, considerando infracciones relacionadas con la explotación sexual hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines; asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores; hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines; o realizar actos de carácter sexual con un menor, recurriendo a la prostitución infantil.

También en España el concepto de “finalidad de explotación sexual” ha sido objeto de una interpretación amplia. Así, por ejemplo, la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado consideraba ya que comprendía no solo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, como el alterne o los llamados masajes eróticos, sino también cualquier otra práctica de naturaleza

¹¹⁴ A nivel mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito constató en 2020 que respecto del 10,3% del total de víctimas de trata se perseguía más de una finalidad de explotación (UNODC, 2022, p. 23).

¹¹⁵ De hecho, hay una finalidad de explotación respecto de la cual las víctimas son prioritariamente menores (y en concreto, niñas): la finalidad de matrimonio forzado. Así, por ejemplo, en la Memoria de 2021 de la Fiscalía General del Estado se indica que ese año se incoaron un total de 4 diligencias de seguimiento por trata con fines de matrimonio forzado, en el que se identificaron 5 víctimas, todas ellas menores de edad (FGE, Memoria 2021, p. 711). El matrimonio de menores es posible en la medida en que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que eliminó del art. 48 del Código civil la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia dispensara, “con justa causa y a instancia de parte”, el impedimento de edad a partir de los 14 años, sigue permitiendo que puedan contraer matrimonio los menores emancipados (art. 46 Cc) y la emancipación es posible a partir de los 16 años (arts. 314 y ss. Cc).

¹¹⁶ Según UNODC (2022, pp. 27 y 33), en 2020 el 38,7% del total de víctimas de trata detectadas lo fueron para su explotación sexual, siendo esta finalidad la perseguida en un 62,6% de los casos de trata de menores.

¹¹⁷ Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

¹¹⁸ Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

erótica-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o *striptease*, o también cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que, con finalidad de provocación sexual, se contengan “imágenes o situaciones impúdicas”, interpretándose estos conceptos de acuerdo con la realidad social¹¹⁹.

Téngase en cuenta, además, que, en el caso de víctimas menores de edad, dado que no se reconoce al menor en ningún caso¹²⁰ la capacidad de consentir conductas de exhibicionismo, realización de pornografía, ejercicio de la prostitución u otras similares, se dará la finalidad de explotación sexual aunque el menor esté de acuerdo con ser captado, trasladado, alojado o acogido para posteriormente, por ejemplo, dedicarse voluntariamente al ejercicio de la prostitución¹²¹.

Para un sector doctrinal, la diferencia entre las conductas de explotación sexual y otras conductas contra la libertad (y/o indemnidad) sexual radica en el ánimo de lucro¹²². Sin embargo, otro sector doctrinal ha sostenido, creo que con razón, que la explotación sexual no solo abarca la estrictamente lucrativa, sino también toda aquella que pueda reportar algún tipo de beneficio, incluso personal, al explotador, aunque no sea necesariamente económico¹²³. Un argumento a favor de esta interpretación, además del literal de que el ánimo de lucro no se mencione expresamente en el art. 177 bis.1, puede encontrarse en mi opinión en el hecho de que el Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal, que lleva por rúbrica “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, incluya no solamente la intervención de cualquier clase en la prostitución del menor (incluso con su asentimiento, ya que no puede hablarse de efectivo consentimiento válido) del art. 188, sino también una variada y numerosa cantidad de conductas castigadas en el art. 189, referidas a la pornografía infantil y a espectáculos exhibicionistas o pornográficos, que integran por tanto actividades de explotación sexual y que no siempre exigen ánimo de lucro.

Entonces, si no es el ánimo de lucro, ¿qué es lo que diferencia la intención de cometer una agresión sexual contra un menor de la finalidad de explotarlo sexualmente? Creo que, partiendo del significado del verbo “explotación”, y teniendo en cuenta el ataque a la dignidad que supone la trata, habrá que exigir para que se dé este delito una conducta que implique intención de usar en provecho propio o ajeno, repetidamente, a una persona, cosificándola. Desde este punto de vista, cumpliría el tipo subjetivo del delito de trata la finalidad de tener a una persona a su disposición sexual¹²⁴. Por ejemplo, cometería trata quien paga para que se le transfiera el control

¹¹⁹ Circular FGE 5/2011, apartado II.4.2.

¹²⁰ Haya llegado o no a la edad del consentimiento sexual, actualmente 16 años.

¹²¹ Excluyo intencionadamente la conducta referida al “intercambio o transferencia de control” sobre la persona porque me parece incompatible con una aceptación voluntaria por parte de la víctima.

¹²² Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, 2012, p. 245.

¹²³ Así, entre otros, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 91; GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, pp. 91-92; y la STS 1 marzo 2023 (ECLI:ES:TS:2023:656), FD Cuarto.

¹²⁴ Al respecto, véase la STS 13 mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2070), que distingue entre los casos en

sobre una víctima a la que piensa mantener en su casa para que satisfaga exclusivamente sus impulsos sexuales o que con igual fin la capta¹²⁵; o quien celebra un matrimonio inválido con un menor (por ejemplo, por el rito gitano) para tenerlo a su disposición sexual¹²⁶. Lo que no requiere el tipo es que la finalidad se refiera a una futura explotación coactiva, especialmente cuando se trata de menores, pues la explotación sexual de un menor que la tolera, incluso de buen grado, sigue siendo a efectos penales explotación, dada la incapacidad de los menores para consentir estas conductas¹²⁷.

En resumen, la finalidad de explotación sexual infantil es finalidad de usar a un menor, abusando de él¹²⁸, para obtener placer, excitación o gratificación, usándolo físicamente o facilitando contactos físicos sexuales con el menor, o de otra forma, como empleándolos en espectáculos exhibicionistas o para la elaboración de pornografía infantil¹²⁹.

III. Problemas de *bis in idem* que plantea el tipo cualificado del art. 177 bis.4.b) en caso de víctima menor

Son varios los tipos cualificados que prevé el delito de trata. Sin embargo, no voy a ocuparme aquí de las cualificaciones contenidas en los apartados 5 (prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público) y 6 (pertenencia a organización o asociación criminal) porque su aplicación no plantea especialidad ninguna para el caso de que la víctima sea menor.

Más interés presenta a los efectos de esta investigación la cualificación del primer párrafo del apartado 4 del art. 177 bis, según el cual se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad; o c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por

que se produce (o se pretende) una agresión sexual como acto aislado, que no pueden dar lugar a trata, y aquellos en los que se persigue esclavizar a la víctima anulando su capacidad de determinación sexual explotándola en provecho propio, que sí pueden constituir trata. Indica la sentencia, a estos efectos, que pertenece al "...concepto de explotación el carácter abusivo, reiterado, del aprovechamiento que el tratante aspira a obtener de la víctima" (FD 5.B.3).

¹²⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, pp. 91-92.

¹²⁶ Para GARCÍA SEDANO (2020, p. 90), también integra esta modalidad la servidumbre sexual, por ejemplo, el supuesto de captación de esclavas sexuales en conflictos armados.

¹²⁷ Así la STS 19 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2863): "La explotación no comporta necesariamente coacción" (FD Primero. La sentencia castiga por trata a quien traslada a una menor para dedicarla a la prostitución, animándola a ejercerla pero sin obligarla a hacerlo).

¹²⁸ Lo que deja fuera las actividades sexuales consentidas realizadas con menores con edad para consentir sexualmente (RODRÍGUEZ MESA, 2012, pp. 200-208).

¹²⁹ RODRÍGUEZ MESA, 2012, pp. 200-208.

el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria¹³⁰. En el segundo párrafo de este apartado 4 se añade que, si concurriera más de una de estas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior.

Los mayores problemas interpretativos de este apartado provienen del tipo cualificado por especial vulnerabilidad de la letra b).

Esta cualificación, que encuentra su fundamento en la disminución de las posibilidades de defensa de los sujetos pasivos por sus especiales características¹³¹, se refiere, no a que la víctima *se encuentre* en situación de vulnerabilidad, sino a que *sea* especialmente vulnerable, lo que reduce su ámbito de aplicación. A esta reducción se une la que se deriva de que el precepto se refiera a la situación *personal*¹³², por lo que parece deducirse que la vulnerabilidad de la víctima derivada de la situación familiar, social o económica no integraría esta cualificación¹³³, aunque sí podría tenerse en cuenta como medio comisivo del apartado 1.

Pero, a efectos del objeto de este trabajo, la cuestión más relevante que plantea esta cualificación es la interpretación de la mención expresa que se realiza en la letra b) al supuesto en que la víctima sea menor de edad, en la medida en que pueden darse problemas de *bis in idem*, problemas que, además, se incrementaron con la reforma de 2015, que refundió en una las hasta entonces cualificaciones independientes de minoría de edad y víctima especialmente vulnerable¹³⁴. Y a ello hay que añadir la previsión ya vista en el apartado 2 del art. 177 bis respecto de la innecesariedad del uso de uno de los medios comisivos de la trata cuando la víctima es menor.

Creo que, para solucionar los problemas a que puede conducir todo ello, es preciso distinguir varios supuestos, diferentes entre sí.

a) Casos en que la única circunstancia del apartado 4 que se da es la minoría de edad. Aquí hay que distinguir, a su vez, según se dé o no alguno de los medios comisivos de la trata.

En el supuesto de que no se dé ninguno de los medios comisivos, y en la medida en que en ese caso es la minoría de edad lo que permite construir el tipo básico del

¹³⁰ La letra c) ha sido añadida recientemente por la LO 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, y está vinculada, como indica la propia Exposición de Motivos de la ley de reforma, a la situación provocada por la invasión del territorio de Ucrania por tropas de la Federación de Rusia.

¹³¹ PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1106.

¹³² En la redacción original del art. 177 bis.4, esta cualificación se refería a los casos en que la víctima fuera especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad “o situación”. El añadido “personal” tuvo su origen en la reforma operada por la LO 1/2015.

¹³³ Críticamente con esta restricción, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 410.

¹³⁴ En efecto, la redacción original del art. 177 bis.4 recogía como cualificaciones los casos en que: “a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad; o c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación”.

delito de trata, no cabrá cualificar la conducta por el apartado 4.b) por ser la víctima menor de edad sin incurrir en *bis in idem*¹³⁵.

Por el contrario, si se usa alguno de los medios comisivos propios de la trata, la solución correcta será aplicar la cualificación de minoría de edad del apartado 4.b), solución que no provoca *bis in idem*, ya que aquí el tipo básico se fundamenta en el medio comisivo y la cualificación, en la menor edad¹³⁶.

La solución a estos supuestos parece, pues, evidente. Sin embargo, en la práctica no es difícil encontrar casos de trata en que, a pesar de ser la víctima menor y haberse acreditado el uso de uno de los medios comisivos, la sentencia aplica el tipo básico y no el cualificado del apartado 4¹³⁷. Y a la inversa, hay sentencias en que se aplica el tipo cualificado de trata de menores del apartado 4.b) sin indicar cuál es el medio comisivo que se ha usado¹³⁸.

b) Casos en los que, del apartado 4, se dan las circunstancias de minoría de edad y de puesta en peligro de la vida o integridad.

En coherencia con lo anterior, en estos supuestos se aplicará la cualificación simple del apartado 4, párrafo primero, en base al peligro cuando, por no darse ninguno de los medios comisivos, el tipo básico del delito de trata se basa en la minoría de edad. Pero si, por el contrario, se usa alguno de los medios comisivos mencionados en el apartado 1, se aplicará la doble cualificación del segundo párrafo del apartado 4 en base a la existencia de peligro (4.a) y minoría de edad (4.b).

¹³⁵ Así también, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 212; VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 411; LLORIA GARCÍA, 2019, p. 387; DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, pp. 496-497; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 121; PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1105; o MUÑOZ CONDE, 2022, p. 202. En este sentido se manifiesta también, por ejemplo, la STS 19 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2863), FD Segundo.

¹³⁶ Así también, entre otros, LLORIA GARCÍA, 2019, p. 387; o PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1105. Para DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE (2020, pp. 497-498), por el contrario, la posibilidad de aplicar el tipo cualificado del apartado 4.b) en caso de trata de menores solo sería admisible si se usan determinados medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, o entrega o recepción de pagos o beneficios), pero no cuando el menor es engañado, caso en que los citados autores entienden que no se da un mayor desvalor de acción o de resultado, en la medida en que en su opinión el engaño “es una circunstancia que emerge automáticamente frente a sujetos menores de edad” (DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 498), por lo que habría que aplicar el tipo básico. No puedo compartir esa opinión, pues no encuentro ningún fundamento legal para distinguir entre unos medios comisivos y otros. Ni la comparte la jurisprudencia, que aplica el tipo cualificado del apartado 4.b) a los supuestos de trata de menores cuando se usa (sin distinción) cualquiera de los medios comisivos de la trata. Véanse al respecto, por ejemplo, la STS 20 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1011), de captación de menor con engaño para su explotación sexual; la STS 12 febrero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:473), de trata de menores abusando de su precaria situación económica e intimidándolas con vudú; la STS 24 julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572), de captación de menor con engaño para explotación sexual; o la STS 22 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1739), que fundamenta la trata en el engaño y la coacción a la menor y el tipo cualificado en la minoría de edad.

¹³⁷ Véanse, por ejemplo, la STS 27 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3061), en la que se apreció engaño y coacción a la menor; la STS 20 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:595), en la que se dio por probada la intimidación con vudú a la menor; la STS 9 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380), en la que se apreció engaño a la menor -caso de *lover boy*-; o la STS 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4542), también con uso de engaño.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, la STS 5 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1553), en un caso en que una madre vende a sus hijas en un momento anterior a la reforma que introdujo como medio comisivo la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control sobre la víctima.

c) Casos en que, del apartado 4, se dan las circunstancias de minoría de edad y especial vulnerabilidad.

Me refiero aquí al caso en que el menor es especialmente vulnerable por alguna razón que no sea su edad, pues, obviamente, si la única razón para fundamentar la especial vulnerabilidad del menor es la edad, la vulnerabilidad no podrá tenerse en cuenta de nuevo ni como tipo cualificado del apartado 4, ni como agravante genérica. Y lo mismo ocurrirá en el caso de víctimas adultas especialmente vulnerables si el abuso de vulnerabilidad es el único medio comisivo utilizado¹³⁹.

Si la víctima es un menor especialmente vulnerable (por ejemplo, por una grave discapacidad) y no se ha usado ninguno de los medios comisivos de la trata, creo que habrá que aplicar el tipo cualificado del apartado 4.b). En efecto, aunque ambas circunstancias (minoría de edad y víctima especialmente vulnerable) se incluyan como alternativas en la letra b) del apartado 4, no creo que haya *bis in idem* si se fundamenta, como en este caso, el tipo básico en la minoría de edad (que no requiere vulnerabilidad, sino una concreta y objetiva edad cronológica) y el tipo cualificado, en la especial vulnerabilidad. Algunos autores han sostenido que cabe también aplicar el tipo cualificado del apartado 4 cuando se trate de un menor de muy corta edad, por entender que en este caso sí hay un mayor injusto que justifica la cualificación¹⁴⁰.

Y a la misma solución habrá que llegar también en el caso (sin embargo, más grave) en que la víctima es un menor especialmente vulnerable y además se ha usado alguno de los medios comisivos propios de la trata (por ejemplo, la intimidación). Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, el tipo básico se basaría en el uso de medios comisivos específicos, pero no cabría aplicar la doble cualificación del segundo párrafo del apartado 4 por encontrarse la especial vulnerabilidad y la minoría de edad en la misma letra b). Habría entonces que aplicar la cualificación simple en base a una de las dos circunstancias (por ejemplo, la minoría de edad) y reconducir la otra a una agravante genérica (teniendo en cuenta en este caso el abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima como agravante de abuso de superioridad) o aplicar un concurso entre trata y otro delito independiente (por ejemplo, amenazas si se usó intimidación).

d) Casos en que, del apartado 4, se dan las circunstancias de minoría de edad y de

¹³⁹ Así también TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 212; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 117; PÉREZ MACHÍO, 2021, p. 1106; o MUÑOZ CONDE, 2022, p. 202. Véase, sin embargo, la STS 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2818), que considera que cabe aplicar trata por abuso de vulnerabilidad y además cualificar por especial vulnerabilidad sin provocar *bis in idem* porque atienden a fundamentos diferentes. Así, para la sentencia citada el medio comisivo de abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima se fundamenta en encontrarse esta "...en una realidad socioeconómica personal, familiar o relacional, que condiciona al sujeto a soportar una situación que nunca hubiera aceptado sin unos condicionantes de exclusión social que son directamente instrumentalizados por el autor...", equiparándose entonces a otras formas de anular o de restringir el comportamiento libre y voluntario de la víctima, como son también el uso de la violencia o de la intimidación; por el contrario, para el Tribunal Supremo la cualificación del apartado 4.b) se refiere a una vulnerabilidad personal en un plano de "fragilidad subjetiva" (FD Octavo).

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 411; o DE LA MATA/ PÉREZ/ BERASALUCE, 2020, p. 497.

persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

En realidad, en este grupo de casos el problema no proviene tanto de la compatibilidad entre ambas circunstancias entre sí, perfectamente posible, sino de lo complejo de determinar la relación entre esta nueva cualificación y la de especial vulnerabilidad por la situación personal que se recogía ya en la letra b) del apartado 4 junto a la de menor edad.

La solución es relativamente fácil si se ha usado uno de los medios comisivos de la trata, pues entonces se aplicaría la doble cualificación del segundo párrafo del apartado 4 en base a la concurrencia de dos de las cualificaciones de dicho apartado: minoría de edad (b) y la nueva cualificación (c).

Pero si no se ha usado ningún medio comisivo de la trata y la minoría de edad ha de usarse para configurar el tipo básico de la trata, ¿cabría entonces en algún caso aplicar la doble cualificación del párrafo segundo del apartado 4 por especial vulnerabilidad (b) y vulnerabilidad originada/agravada por conflicto armado o catástrofe humanitaria (c), o ello conllevaría *bis in idem*? En mi opinión, hay que distinguir dos situaciones. En primer lugar, el caso en que la víctima *es* especialmente vulnerable por alguna razón que no sea su menor edad (por ejemplo, por tener una grave discapacidad psíquica) y su *situación* de vulnerabilidad se ve *agravada* por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, en cuyo caso no habría problema, si la víctima es menor, en fundamentar el tipo básico en la minoría de edad, cualificar por víctima vulnerable en base al párrafo primero letra b) del apartado 4 y cualificar de nuevo por la letra c) en base al segundo párrafo del apartado 4. Sin embargo, si la víctima *no es* vulnerable, sino que su situación de vulnerabilidad proviene exclusivamente del desplazamiento provocado por el conflicto bélico o la catástrofe humanitaria, a pesar de la dicción legal (que se refiere no solo a los casos en que dicho desplazamiento agrava la situación de vulnerabilidad, sino también a los casos en que la causa), no veo cómo cabría aplicar la doble cualificación sin dar lugar a *bis in idem*.

IV. Cuestiones concursales

Según el apartado 9 del art. 177 bis, “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Sin embargo, esta declaración no puede entenderse como una anulación de los principios básicos regulatorios de las relaciones concursales, por lo que sigue siendo necesario analizar los supuestos caso a caso para evitar infracciones del *ne bis in idem*¹⁴¹.

¹⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 415.

En lo que sigue intentaré dar solución a los más frecuentes, prestando especial atención a aquellos que pueden plantear alguna especialidad cuando se trate de víctimas menores de edad y la finalidad perseguida sea la de explotación sexual.

1. *Pluralidad de víctimas*

La primera cuestión que se plantea en este ámbito es la relativa a la calificación que procede cuando son varias las personas objeto de trata de seres humanos. Al respecto, y aunque inicialmente un sector de la doctrina entendió que seguía habiendo en ese supuesto un solo delito de trata¹⁴², se fue imponiendo la convicción de que, al configurarse la trata de seres humanos como un delito contra un bien jurídico individual (dignidad humana), ello permitía castigar por tantos delitos como víctimas de trata hubiera¹⁴³, interpretación que sería confirmada tras la reforma de 2015 por el Tribunal Supremo en un acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016¹⁴⁴.

Ningún problema plantea, en mi opinión, afirmar que, si se traslada a varios menores para su explotación sexual (o a menores y a adultos), habrá un concurso de delitos entre tantos delitos de trata (básicos o cualificados) como personas sean tratadas. Con lo que no estoy de acuerdo es con la conclusión a la que llega el Acuerdo del Tribunal Supremo de que ese concurso sea siempre un concurso de delitos *real*¹⁴⁵. Por el contrario, creo que lo correcto sería aplicar el concurso de delitos que proceda en función de que se realice una acción (traslado simultáneo en coche de tres menores para su explotación sexual en otra ciudad) o de varias (se traslada a un menor para su explotación sexual un día y a otro menor otro día distinto)¹⁴⁶.

2. *Trata y delitos a los que dan lugar los medios comisivos*

Si el uso de violencia determina la causación de lesiones a la víctima, salvo que

¹⁴² Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, 2010, p. 208; MAYORDOMO RODRIGO, 2011, pp. 373-374; o MARTOS NÚÑEZ, 2012, p. 103.

¹⁴³ En efecto, mientras fue un tipo cualificado del delito contenido en el art. 318 bis, considerándose que había un bien jurídico de naturaleza colectiva, se entendió que la existencia de varios sujetos pasivos no determinaba una pluralidad de delitos en concurso; pero, una vez que se reconoce que el bien jurídico es individual, hay que admitir que hay tantos delitos de trata como personas afectadas por ella (así también, por ejemplo, SANTANA VEGA, 2011b, p. 86; Circular FGE 5/2011, apartado II.1; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, p. 89; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 32; o TORRES ROSELL, 2022, p. 475).

¹⁴⁴ Curiosamente, en las sentencias que aprecian varios delitos de trata en aplicación de este acuerdo se usa reiteradamente un argumento relacionado con los menores. Así, por ejemplo, dice la STS 17 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2776) en el FD Sexto: “Por lo demás, la consideración exclusivamente personal de la dignidad como bien jurídico protegido por la norma, no toleraría fácilmente sancionar como un solo delito conductas tan reprochables como, por ejemplo, un transporte de un alto número de menores con finalidad de ser dedicadas a la trata de seres humanos”.

¹⁴⁵ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016: “El delito de trata de seres humanos definido en el art. 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”.

¹⁴⁶ En contra, indicando que lo correcto es aplicar concurso real aunque todas las víctimas hayan sido tratadas en una acción conjunta, por ejemplo, GARCÍA SEDANO, 2020, pp. 31-32.

se trate de lesiones leves del art. 147.2 o 3 (que pueden considerarse inherentes al uso de violencia), habrá concurso de delitos con el correspondiente delito contra la integridad corporal y la salud física o psíquica (que puede ser, en su caso, el de lesiones cualificadas por víctima menor de 14 años del art. 148.3º). La misma solución habrá de darse si la violencia usada provoca la muerte de la víctima o un aborto, aplicando un concurso de delitos entre trata y el delito contra la vida (dependiente o independiente) cometido, teniendo en cuenta que si hay dolo (siquiera eventual) y quien muere es un menor de 16 años, puede resultar aplicable el correspondiente tipo cualificado de los arts. 138.2 o 140.1.a).

Por el contrario, habrá en general concurso de leyes entre amenazas o coacciones y delito de trata en los casos en que el medio comisivo sea intimidación o violencia¹⁴⁷.

También habrá concurso de leyes entre trata y detención ilegal cuando esta sea breve y tenga la duración necesaria para dar lugar a aquella (por ejemplo, cuando la trata se comete trasladando al menor en contra de su voluntad de una localidad a otra), quedando entonces el delito de detención ilegal absorbido por el de trata. Pero si la detención ilegal es de larga duración y/o se prolonga más allá de lo necesario, habrá concurso de delitos, teniendo en cuenta entonces que cabrá aplicar el tipo cualificado del art. 165 (víctima menor de edad).

Y por supuesto también habrá concurso de leyes entre el delito de trata y el delito de atentados genéricos contra la integridad moral¹⁴⁸.

3. Trata y criminalidad organizada

Por otro lado, a menudo la trata de seres humanos está vinculada a la criminalidad organizada, lo que conduce a la existencia de problemas concursales entre el delito de trata cualificado por pertenencia a organización “o asociación” criminal del apartado 6 del art. 177 bis y los delitos de los arts. 570 bis (relativo a organizaciones criminales) y 570 ter Cp (relativo a grupos criminales). La cuestión se complica aún más en la medida en que los delitos de los arts. 570 bis y 570 ter contienen a su vez una cualificación aplicable cuando su finalidad es la de cometer, entre otros delitos, el de trata de seres humanos¹⁴⁹.

Al respecto, y dejando al margen la crítica que puede merecer la existencia en sí de estas figuras delictivas, su inclusión entre los delitos contra el orden público o el hecho de que se cualifiquen cuando se cometen con la finalidad de cometer ciertos

¹⁴⁷ Así, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 410; MONGE FERNÁNDEZ, 2019, p. 142; o VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, p. 95.

¹⁴⁸ Así, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 410; o RAMÓN RIBAS, 2022, p. 435.

¹⁴⁹ O delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad o la libertad e indemnidad (sic) sexuales, art. 570 bis.3 y 570 ter.1.a).

delitos para los que, a su vez, se prevén cualificaciones por pertenencia a organización criminal, lo que está claro es que sería imposible aplicar conjuntamente el delito de pertenencia a grupo u organización criminal cualificado por existir finalidad de trata y el delito de trata cualificado por pertenencia a organización o asociación criminal¹⁵⁰.

Una solución podría ser entender que los delitos de los arts. 570 bis y ter, en general, deben aplicarse cuando únicamente ha tenido lugar la pertenencia o dirección de la organización o grupo criminal con la finalidad de cometer delitos, pero estos no se han llevado a cabo aún, aplicándose de lo contrario el delito cometido con el subtipo cualificado por criminalidad organizada. Sin embargo, esta opción no es posible en los casos en que, como en el delito de trata, se castigan también los actos preparatorios. Creo, por ello, que la solución debe ser, como indica el propio art. 570 quáter.2, acudir al criterio de la alternatividad, aplicando el delito de trata (consumado, intentado o en fase de actos preparatorios punibles), tipo cualificado por el apartado 6 del art. 177 bis, salvo que resulte mayor pena aplicando el delito del art. 570 bis o ter, tipo cualificado por existencia de finalidad de comisión de trata de seres humanos¹⁵¹.

4. *Trata y delito de tráfico ilegal*

Más compleja resulta la relación concursal con el delito del art. 318 bis. En efecto, aunque trata de personas y tráfico ilegal son delitos diferentes, el problema es que a menudo se presentan juntos¹⁵². Así, con frecuencia la trata implica tráfico ilegal cuando las víctimas son captadas en su país y trasladadas con violencia, intimidación, engaño o abuso al país de destino para ser explotadas allí, encargándose entonces el tratante de introducirlas ilegalmente¹⁵³; otras veces el tráfico ilegal acaba en trata, por ejemplo cuando el hecho empieza con una voluntad libre del emigrante de llegar

¹⁵⁰ Véase al respecto, por ejemplo, el caso juzgado en la STS 3 marzo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1275), en el que un complejo entramado de personas se dedica a la captación, traslado e introducción en España de mujeres nigerianas para su posterior explotación sexual y en el que, entre otros, se castiga por los delitos de pertenencia a organización criminal, trata de seres humanos e inmigración ilegal, sin aplicar en estos dos últimos delitos la cualificación de pertenencia para evitar el *bis in idem*.

¹⁵¹ Más extensamente sobre los problemas concursales existentes entre el delito de trata y los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales, véase VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, pp. 106-125.

¹⁵² Se calcula incluso que en los países desarrollados el 75% de las personas objeto de explotación son personas con las que se ha traficado ilegalmente (STORINI, 2007, pp. 326-327). Sobre la relación entre inmigración clandestina y trata, y las consecuencias que ha tenido la globalización en estos fenómenos, véase PÉREZ CEPEDA, 2004, pp. 1-60.

¹⁵³ Un ejemplo arquetípico de esta clase de casos era el de la servidumbre por deudas que describía ya en 2011 la Fiscalía General del Estado: unos inmigrantes son desplazados de su residencia habitual mediante falsas promesas de trabajo en España, se les facilita toda la cobertura económica necesaria para el transporte y son recibidos y alojados en pisos o lugares previamente dispuestos. Es entonces cuando se les comunica que han contraído una descomunal deuda que solo pueden solventar realizando trabajos en condiciones extraordinariamente abusivas e indignas (jornadas agotadoras, obligación de reembolso de los gastos exagerados de manutención, remuneraciones prácticamente inexistentes, alojamiento en condiciones infrahumanas, imposición de multas, etc. Circular FGE 5/2011, apartado II.4.1.C).

al país de destino, pero al no poder hacerlo de forma legal contrata los servicios de un traficante que se aprovecha de su vulnerabilidad o necesidad para comerciar con él; o cuando el sujeto cae víctima de la trata después de haber entrado ilegalmente precisamente por la situación de indefensión en la que se encuentra por su permanencia irregular en el país¹⁵⁴. Sin embargo, es preciso distinguir ambos fenómenos, pues a veces puede darse tráfico sin trata (por ejemplo, cuando las organizaciones encargadas de la entrada clandestina de emigrantes agotan su actividad en el transporte y su beneficio en el cobro de lo pactado¹⁵⁵), o trata sin tráfico ilegal (por ejemplo, porque la víctima de trata ha entrado legalmente en el país, o incluso es nacional o comunitaria).

Para los supuestos en que se acumulan delitos de tráfico y trata, el art. 177 bis prevé expresamente en su apartado 9 la solución del concurso de delitos¹⁵⁶, solución que la jurisprudencia fundamenta en la existencia de bienes jurídicos diferentes en ambos delitos¹⁵⁷. Es evidente, sin embargo, que ello puede conducir a penas muy elevadas¹⁵⁸, por lo que resulta fundamental realizar la interpretación más restrictiva posible del delito de inmigración ilegal¹⁵⁹.

Más complicado resulta resolver la cuestión de si la dicción legal del apartado 9 obliga a aplicar en este caso un concurso de delitos *real*. En mi opinión, la expresión “sin perjuicio de” ha de interpretarse en el sentido de reconocer aquí un concurso de delitos y no de leyes, pero no necesariamente en el sentido de que ambas penas hayan de aplicarse enteras (concurso de delitos real) y no, en su caso, con las reglas del

¹⁵⁴ DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 29.

¹⁵⁵ STORINI, 2007, p. 327.

¹⁵⁶ “En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código...”.

¹⁵⁷ La propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010, que introdujo la diferenciación trata/tráfico ilegal, indicaba que el bien jurídico protegido en el segundo delito era “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”, y no los derechos de los ciudadanos extranjeros, como dice la rúbrica del Título XV bis, donde se ubica el art. 318 bis. Sobre la relación concursal entre trata e inmigración ilegal véase, por ejemplo, ampliamente el FD Octavo de la STS 23 julio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2636).

¹⁵⁸ Críticamente, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 415: “En estas condiciones, afirmar la concurrencia de todo supuesto de trata que implique cruce ilegal de fronteras con el tipo contemplado en el artículo 318 bis CP, cuando el tipo del delito de trata tiene una pena suficientemente grave sin necesidad de que se le añada el efecto cualificante propio de la determinación de pena tras el concurso, se hace todavía más complejo e incomprensible”. Entendiendo que la solución más correcta en caso de concurrir ambos delitos debería ser la de apreciar solamente trata por considerarlo ley especial y en principio más grave y que el hecho de que la cláusula concursal del art. 177 bis.9 obligue a aplicar concurso de delitos puede llevar en la práctica a penas desproporcionadas, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, 2022, p. 200.

¹⁵⁹ En mi opinión, la regulación actualmente contenida en el art. 318 bis supone la protección penal de un interés que no lo merece, usándose el Derecho penal como mero refuerzo de la normativa administrativa. Por ello, creo que lo que procede es abrir un debate y reflexionar seriamente sobre cuáles son los casos que realmente merecen la intervención penal en esta materia, reformar en consecuencia (de nuevo) este delito hasta conseguir una redacción más acorde con el principio de *ultima ratio* y, mientras tanto, realizar la interpretación más restrictiva posible de este precepto. Sobre este tema véase, más ampliamente, LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, pp. 104-107.

concurso ideal¹⁶⁰. En consecuencia, creo que habrá que aplicar las reglas generales y aplicar concurso de delitos ideal cuando se trate de una única acción (por ejemplo, el traslado del menor para su explotación sexual incluye un traspaso ilegal de fronteras típico del art. 318 bis), concurso real cuando se trate de varias acciones (por ejemplo primero se capta al menor para su explotación y después se le traslada ilegalmente) o incluso concurso ideal-medial (por ejemplo se colabora en un traspaso ilegal de fronteras para poder acoger al menor para su explotación sexual)¹⁶¹.

5. Trata y delito fin. Especial referencia a los casos de efectiva explotación sexual del menor

Está ya consolidada, por otra parte, la opinión sobre la relación concursal existente entre el delito de trata y los delitos a que puede dar lugar la explotación efectiva de la víctima (adulta o menor): en la medida en que la finalidad de explotación es un elemento subjetivo del injusto en el delito de trata, y por tanto no es preciso que tenga lugar la explotación efectiva para su consumación, habrá concurso de delitos si esta se produce¹⁶², por lo general, ideal-medial¹⁶³. Por si quedara alguna duda al respecto, el propio art. 177 bis indica en su apartado 9, desde la introducción de este delito en 2010, que las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por los demás delitos efectivamente cometidos, “incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”.

Ello abre la puerta, por ejemplo, al concurso de delitos entre el delito de trata para la explotación laboral y alguno de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 o 312 Cp¹⁶⁴; entre trata para la extracción de órganos corporales, el delito de lesiones dolosas graves o muy graves de los arts. 150 o 149 Cp que constituya la extracción efectiva del órgano y/o el de tráfico de órganos del art. 156 bis Cp¹⁶⁵; entre trata para matrimonio forzado y el delito de matrimonio forzado del art.

¹⁶⁰ Interpretando, por el contrario, que el apartado 9 se refiere a la necesidad de apreciar concurso de delitos real, por ejemplo, VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, p. 100; o GARCÍA SEDANO, 2020, p. 151. Y también expresamente la STS 23 julio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2636), FD Octavo.

¹⁶¹ En contra de la argumentación sostenida en el texto cabría aducir que el apartado 9 no estaría entonces aportando nada, en la medida en que se estaría limitando a decir algo evidente: que hay concurso de delitos por haber bienes jurídicos diferentes. Frente a ello cabe en mi opinión contraargumentar que el apartado 9 del art. 177 bis tenía todo el sentido en 2010, pues hasta entonces trata y tráfico ilegal se regulaban conjuntamente, por lo que al independizarse el delito de trata era importante en ese momento dejar claro que se trataba ya de dos delitos distintos, con bienes jurídicos diferenciados, que podían entrar en concurso de delitos.

¹⁶² Así, por ejemplo, MAYORDOMO RODRIGO, 2011, p. 373; MONGE FERNÁNDEZ, 2017, p. 130; VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, p. 102; MUÑOZ CONDE, 2022, p. 202; o RAMÓN RIBAS, 2022, p. 427.

¹⁶³ Así, por ejemplo, MONGE FERNÁNDEZ, 2019, p. 147; VÁZQUEZ/ LUACES, 2019, pp. 96 y 103-104; o TERRADILLOS BASOCO, 2021, p. 51.

¹⁶⁴ Así también, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, pp. 407-408; GARCÍA SEDANO, 2020, p. 164; o TERRADILLOS BASOCO, 2021, pp. 49-50.

¹⁶⁵ En este sentido, también el apartado 9 del art. 156 bis Cp indica que “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos”.

172 bis.1 Cp, tipo cualificado cuando la víctima sea menor de edad (art. 172 bis.3 Cp)¹⁶⁶; entre trata para realizar actividades delictivas y autoría mediata o inducción al hurto o robo, o a cualquier otro delito que se haga cometer a la víctima de trata¹⁶⁷; entre trata para la imposición de prácticas similares a la mendicidad y delito de utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la mendicidad del art. 232.1 Cp¹⁶⁸; o entre trata y cualquier otro delito a que pueda dar lugar la explotación efectiva¹⁶⁹.

Cuestión distinta es la crítica que pueda merecer el hecho de que a veces la trata tenga mayor pena que la explotación efectiva (por ejemplo, en la prostitución coercitiva de adultos)¹⁷⁰. E igualmente criticable resulta que en ocasiones la realización efectiva de una de las finalidades que da lugar a la trata no se corresponda con un delito específico¹⁷¹: no existe, por ejemplo, un delito de servidumbre o de esclavitud¹⁷², ni es posible tampoco castigar por matrimonio forzado si lo que se impone es una relación análoga al matrimonio o un matrimonio que no cumple los requisitos legales¹⁷³.

¹⁶⁶ En efecto, ningún problema de *bis in idem* existe si se aplica concurso de delitos entre trata y el delito contenido en el primer apartado del art. 172 bis, que castiga a quien “con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio”, ya que la efectiva celebración del matrimonio forzado no es inherente al delito de trata (así también CANO PAÑOS, 2015, p. 427; DE LA CUESTA AGUADO, 2015, p. 372; VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 407; LLORIA GARCÍA, 2019, p. 385; o MUÑOZ CONDE, 2022, p. 169). Pero en el segundo apartado del art. 172 bis se castiga a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior (imponer un matrimonio forzado), utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. Y aquí ya el concurso parece más de leyes que de delitos, al menos en la primera modalidad, porque coincide la conducta delictiva, siendo de aplicación preferente el delito de trata (así, por ejemplo, DE LA CUESTA AGUADO, 2015, pp. 377-378; VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, pp. 407-408; LLORIA GARCÍA, 2019, p. 385; o TORRES ROSELL, 2022, pp. 469-470), tanto si se entiende que hay alternatividad, como si se sostiene que hay subsidiariedad (VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, p. 408; MUÑOZ CONDE, 2022, p. 169) o especialidad (LLORIA GARCÍA, 2019, p. 385).

¹⁶⁷ Aunque en casos de trata de personas para la comisión de delitos lo más frecuente será que haya autoría mediata del hombre de atrás en el delito-fin, creo que no cabe descartar la posibilidad de la inducción. Piénsese por ejemplo en que la víctima tratada es un menor de 14 o 15 años de edad que, sin saberlo, ha sido vendido por su padre al tratante y que participa de buena gana en pequeños hurtos organizados por este.

¹⁶⁸ Así también, por ejemplo, GARCÍA SEDANO, 2020, p. 87. Sin embargo, si se trata de tráfico de menores para la mendicidad del apartado 2 del art. 232 Cp, la Fiscalía General del Estado considera que hay concurso de leyes, a resolver por alternatividad a favor de la trata (Circular FGE 5/2011, apartado II.4.1).

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, en cuanto a la realización efectiva de la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, podría darse un concurso de delitos entre trata y, entre otros, coacciones, amenazas o detenciones ilegales (aquí ya posteriores a la trata y por tanto ya no medios comisivos de la misma, sino medios para realizar la explotación subsiguiente), o, en su caso, un delito contra los derechos de los trabajadores.

¹⁷⁰ Así también, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 407; o GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 73.

¹⁷¹ En este sentido crítico también, entre otros, LLORIA GARCÍA, 2019, p. 368; o GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, pp. 72-73.

¹⁷² Críticamente con que no exista un delito de esclavitud, PÉREZ ALONSO, 2012, p. 379; VILLACAMPA ESTIARTE, 2015b, pp. 415-417, o 2020, pp. 9-10; GONZÁLEZ TASCÓN, 2020, p. 73; TERRADILLOS BASOCO, 2021, p. 48; VALLE MARISCAL DE GANTE, 2021, p. 151; o LAFONT NICUESA, 2022, p. 54. Una propuesta de regulación penal de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso ofrece PÉREZ ALONSO, 2022, pp. 1-50.

¹⁷³ Según la Fiscalía General del Estado, en ninguno de los casos que se detectaron en 2021 de trata de

En lo relativo, en concreto, a la trata de menores para su explotación sexual, es en consecuencia perfectamente posible también el concurso con el delito relativo a la prostitución de menores del art. 188 (caso por lo demás muy frecuente en la práctica)¹⁷⁴ o con el delito del art. 189 si se explota a menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o se usa al menor para elaborar pornografía infantil. Y ello aunque la víctima estuviera de acuerdo con ejercer la prostitución, participar en el espectáculo exhibicionista o elaborar el material pornográfico, ya que en principio el legislador no acepta en esta materia la posibilidad de que el menor consienta su intervención en esta clase de conductas¹⁷⁵. Si, por el contrario, el menor no está de acuerdo y se usa violencia o intimidación tanto en la trata como en la explotación, no habrá problema alguno en apreciar el concurso de delitos entre el correspondiente delito cualificado de trata (art. 177 bis.4.b) y el delito cualificado de los arts. 188.2 o 189.3, en la medida en que se tratará de actos diferentes (por ejemplo, el inicial uso de violencia para el traslado del menor con fines de explotación sexual y el posterior uso de violencia para conseguir que ejerza la prostitución).

Por lo demás, también cabrá el concurso de delitos entre la trata y las eventuales agresiones sexuales a que haya podido dar lugar la explotación sexual efectiva del menor. Y no solamente en supuestos de prostitución del menor (coactiva o no), sino también, por ejemplo, en los casos de explotación sexual de la novia o esposa forzada para la satisfacción sexual individual de un sujeto.

menores con fines matrimoniales o análogos cabía aplicar delito de matrimonio forzado: las cinco víctimas detectadas, todas ellas menores de edad, de nacionalidad rumana y etnia gitana, habían sido tratadas para celebrar matrimonio por el rito gitano, que no es reconocido como tal en el Derecho español, por lo que los hechos fueron calificados (solo) como trata con la finalidad citada y, subsidiariamente, como trata para la servidumbre (FGE, Memoria 2021, p. 711). Efectivamente, creo que aquí hay que distinguir dos cuestiones. De un lado, si cabe o no aplicar delito de trata cuando la finalidad es la de celebrar un matrimonio que no cumple los requisitos legales (por ejemplo, porque implica a un menor de 16 años o porque tendrá lugar por un rito no reconocido legalmente) o incluso con la finalidad de establecer una relación análoga a la matrimonial (pareja de hecho). Y efectivamente, creo que en este caso a menudo cabrá subsumir el hecho en el delito de trata porque habrá también finalidad de explotación sexual y/o de sometimiento a prácticas similares a la servidumbre (servidumbre doméstica). De otro lado, cuestión distinta es si cabe o no aplicar en esos casos además delito de matrimonio forzado, cuestión que, aunque no es pacífica, creo que habrá que resolver negativamente (en el sentido en que lo hace la Fiscalía), por entender que el art. 172 bis.1 se está refiriendo a la celebración (forzosa) de un matrimonio que, por lo demás, reúne los requisitos legales (considera por el contrario que a efectos de este delito la unión matrimonial no tiene por qué "...acomodarse a la legislación española o tener validez legal en nuestro país", CHAVES CAROU, 2022, p. 133).

¹⁷⁴ Aprecian concurso de delitos ideal-medial entre trata y delito relativo a la prostitución de menores, entre otras, la STS 4 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:487); la STS 9 abril 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1502); la STS 19 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2863); la STS 28 septiembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4059); la STS 15 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5546); la STS 23 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5807); la STS 5 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1553); la STS 20 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1011); la STS 12 febrero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:473); la STS 24 julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572); la STS 9 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380); la STS 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4542); o la STS 22 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1739).

¹⁷⁵ Sobre la posibilidad excepcional de aplicar analógicamente la cláusula del art. 183 bis a los delitos del Capítulo V en el caso de elaboración de pornografía respecto de un menor cercano al autor en edad y madurez, véase LÓPEZ PEREGRÍN, 2021, *passim*.

V. Recapitulación y conclusiones

a) Desde su introducción como delito autónomo en 2010, el delito de trata de seres humanos se configura como un delito contra la dignidad con tres requisitos esenciales en su tipo básico referidos a: a) una conducta de captación, traslado, acogimiento o transferencia de la víctima; b) el uso de unos medios comisivos que anulen o vicien el consentimiento de la persona afectada; y c) una finalidad de explotación. Sin embargo, cuando la víctima de trata es menor de edad, se plantean específicas cuestiones que exigen un análisis detallado.

Así, en primer lugar, respecto al primer requisito, habrá trata de menores (si se dan el resto de elementos típicos) cuando la acción de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de la persona, incluyendo el intercambio o transferencia de control sobre ella, se realice sobre un menor de edad (por ejemplo, la captación), aunque la víctima alcance la mayor edad en alguna de las fases posteriores de la trata.

En segundo lugar, en cuanto al requisito referido al medio comisivo es de gran relevancia en el tema objeto de este estudio la cláusula del apartado 2 del art. 177 bis, según la cual en caso de víctima menor no es necesario que se use ninguno de los medios comisivos especificados en el art. 177 bis.1: violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, o entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control sobre la víctima. Ello no significa que no puedan usarse los medios comisivos de la trata con víctimas menores (de hecho, su uso es muy frecuente, especialmente el del engaño), sino que no es necesario que se utilicen dichos medios comisivos para cumplir el tipo objetivo del delito de trata, tipo básico. Esta precisión tiene el sentido de afirmar la total ausencia de validez del consentimiento de menores de 18 años en el ámbito de la trata de seres humanos: si el consentimiento de un menor carece, de por sí, de validez, la presencia de violencia, intimidación, engaño o abuso ya no se requiere para el tipo básico del delito, aunque puede tener consecuencias en la aplicación del tipo cualificado del apartado 4.

En cualquier caso, cuando el apartado 2 del art. 177 bis indica que respecto de menores hay delito de trata aun cuando no concurra ninguno de los medios comisivos del apartado 1 siempre que existan “fines de explotación”, hay que interpretar (para evitar resultados absurdos) que se refiere a cualquiera de las finalidades del apartado 1, y no solamente de aquellas que usan expresamente el término “explotación”.

En tercer lugar, en cuanto al elemento subjetivo del injusto en este delito, la finalidad que más se da en la práctica, o al menos la que está presente en la mayoría de los supuestos de trata de menores detectados (especialmente en el caso de niñas) es la de explotación sexual. Al respecto, para la interpretación de lo que ha de entenderse por finalidad de explotación sexual infantil es de gran utilidad tanto la normativa internacional y comunitaria, como la interpretación jurisprudencial en la materia, o el propio contenido del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal,

que contiene los delitos relativos a la explotación sexual de menores. Ello conduce a concluir que la explotación sexual es un concepto amplio que abarca no solo el ejercicio de la prostitución en sentido estricto, sino también otras actividades como el alterne, los masajes eróticos, la participación en espectáculos exhibicionistas, la elaboración de pornografía o cualquier otra que pueda reportar algún tipo de beneficio, incluso personal, al explotador, aunque no sea necesariamente económico. Por lo demás, hay que tener en cuenta que, si la víctima es menor de edad, dado que en general no se reconoce a los menores la capacidad de consentir las conductas que el legislador define en los arts. 188 y 189 como explotación sexual, se dará el requisito de la finalidad de explotación sexual aunque el menor haya alcanzado la edad del consentimiento sexual (actualmente 16 años) y esté de acuerdo con ser captado, trasladado, alojado o acogido para posteriormente dedicarse voluntariamente a dichas actividades, por ejemplo al ejercicio de la prostitución.

b) Entre los tipos cualificados, el que plantea más cuestiones problemáticas es el contenido en la letra b) del apartado 4 del art. 177 bis, referido al caso en que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. La aplicación de las cualificaciones (simple o doble) contenidas en el apartado 4 habrá de hacerse siempre con escrupuloso respeto a la prohibición de *bis in idem*. Así, por ejemplo, si no se ha usado ninguno de los medios comisivos de la trata y la aplicación del tipo básico se basa en la menor edad de la víctima (apartado 2), no será posible aplicar el tipo cualificado del apartado 4.b) salvo que el menor se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad por alguna razón que no sea su edad.

c) En general, el delito de trata puede aplicarse en concurso de delitos con otros, como por ejemplo homicidio, asesinato, lesiones del tipo básico, graves o muy graves, aborto, detención ilegal (cuando esta es de larga duración), inmigración ilícita o cualquier delito al que dé lugar la explotación efectiva de la víctima, si esta tiene lugar. Especialmente frecuente en los casos abordados por la jurisprudencia es la combinación de trata en concurso ideal medial con un delito relativo a la prostitución y en concurso real con un delito de inmigración ilegal.

Las especialidades en esta materia cuando la víctima es menor pueden provenir bien de la aplicabilidad, junto al delito de trata tipo básico o cualificado, de tipos cualificados específicos de delitos comunes aplicables cuando la víctima es un menor de una determinada edad (arts. 138.2.a, 140.1.a, 148.3º, 165, 172 bis.3, etc.) o de la existencia de delitos completamente distintos, como el de utilización de menores para la mendicidad del art. 232.1 o los delitos sexuales sobre menores. Entre estos últimos hay que incluir el delito relativo a la prostitución de menores del art. 188 y el relativo a la explotación sexual y corrupción de menores del art. 189, pero también cualquiera de los delitos de agresión sexual de los arts. 181 y ss. a que haya podido dar lugar la explotación sexual efectiva del menor.

Por el contrario, y a pesar de la dicción legal del apartado 9 del art. 177 bis, habrá concurso de leyes cuando la aplicación conjunta del delito de trata y de otro delito que se haya podido cometer daría lugar a *bis in idem*. Esto ocurrirá, por ejemplo, en relación a las lesiones leves y las coacciones cuando el medio comisivo usado sea la violencia; con las amenazas cuando el medio comisivo usado sea la intimidación; o con los delitos de pertenencia a grupo u organización criminal cuando se aplique trata cualificada por el apartado 6 porque esta cualificación dé lugar a una pena mayor (alternatividad).

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M. (2007), “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, n. 19, pp. 3-20.
- BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L. (2022), “Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 24-31, pp. 1-28.
- CANO PAÑOS, M.Á. (2015), “Capítulo decimotercero. Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos”, en Morillas Cueva (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, pp. 413-432.
- CHAVES CAROU, M. (2022), “Comparación analítico-dogmática de los delitos de matrimonio forzado y de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados”, *Revista Sistema Penal Crítico*, n. 03, pp. 129-144.
- CUGAT MAURI, M. (2010), “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares (dir.): *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona, pp. 157-164.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2010), “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, pp. 1-44.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2013), *El delito de trata de seres humanos*, Valencia.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2017), “La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual”, en Zúñiga Rodríguez (dir.): *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Valencia, pp. 445-476.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M. (2015), “El delito de matrimonio forzado”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra), pp. 365-378.
- DE LA MATA BARRANCO, N.; PÉREZ MACHÍO, A.I.; BERASALUZE GUERRICAGOITIA, L. (2020), “La trata de seres humanos desde la perspectiva de la víctima menor de edad”, en Pérez Machío; De la Mata Barranco (dir.): *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Cizur Menor (Navarra), pp. 479-506.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J. (2003), *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2011), “Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas”, en Muñoz Conde y otros (dir.): *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, pp. 403-418.

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011), Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2022), Memoria de 2021, Madrid, disponible en www.fiscal.es.
- GARCÍA SEDANO, T. (2020), El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal, Madrid.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. (2019), “La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características”, en De los Santos Martín Ostos (dir.): La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional, Barcelona, pp. 27-60.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J. (2019), “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una aproximación desde la perspectiva de género”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n. 23, pp. 70-91.
- GÓMEZ LÓPEZ, M.I.; MUÑOZ SÁNCHEZ, E. (2017), “Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español”, Cuadernos de Política Criminal, n. 123, pp. 213-246.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (2020), “A propósito de la trata de seres humanos: análisis de la modalidad básica del delito de trata de seres humanos”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, n. 59, pp. 59-98.
- GUARDIOLA LAGO, M.J. (2007), El tráfico de personas en el Derecho penal español, Pamplona.
- IGLESIAS SKULJ, A. (2015), “De la trata de seres humanos: art. 177 bis Cp” y “Artículo 318 bis: Delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en González Cussac (dir.): Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Valencia, pp. 564-572 y 936-942.
- LAFONT NICUESA, L. (2022), “Aspectos represivos, procesales y de protección que una futura ley integral de trata debiera abordar”, en Villacampa Estiarte (dir.): La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?, Valencia, pp. 51-82.
- LLORIA GARCÍA, P. (2019), “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, Estudios Penales y Criminológicos, n. 39, pp. 353-402.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2018), “La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos”, en Del Carpio Delgado; García Álvarez (coords.): Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos, Valencia, pp. 63-124.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2021), “Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil”, en De Vicente Martínez y otros (edit.): Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: Un Derecho penal humanista, vol. II, Madrid, pp. 1469-1488.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2000), “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, Jueces para la Democracia, n. 38, pp. 23-29.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2002), Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas”, en Lorenzo Copello (coord.): Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate, Valencia, pp. 255-271.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, Estudios Penales y Criminológicos, n. 32, pp. 97-130.
- MAYORDOMO RODRIGO, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, Estudios Penales y Criminológicos, n. 31, pp. 325-390.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (2021), Trata y explotación de seres humanos en España. Balance estadístico 2017-2021, disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/index.html>, visitado por última vez el 02/05/2023.

- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2017), “Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015”, Cuadernos de Política Criminal, n. 121, pp. 101-146.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2019), “Aspectos concursales del delito de trata de seres humanos”, en De los Santos Martín Ostos (dir.): La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional, Barcelona, pp. 131-152.
- MOYA GUILLEM, C. (2016), “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015”, en Pérez Álvarez (dir.): Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías, Salamanca, pp. 285-299.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010), Derecho penal. Parte especial, 18ª edición, revisada y puesta al día, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2022), Derecho penal. Parte especial, 24ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 10/2022 y 11/2022, Valencia.
- PADILLA ALBA, H.R. (2005), “El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n. 14, pp. 5-23.
- PÉREZ ALONSO, E. (2007), “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en Zugaldía Espinar (dir.): El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración, Valencia, pp. 31-63.
- PÉREZ ALONSO, E. (2012), “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en Lara Aguado (dir.): Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar, Cizur Menor (Navarra), pp. 357-385.
- PÉREZ ALONSO, E. (2019), “La prueba del dolo (eventual) y del error de tipo sobre la edad de la víctima en la jurisprudencia”, Cuadernos de Política Criminal, n. 127, pp. 5-56.
- PÉREZ ALONSO, E. (2021), “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en Marín de Espinosa Ceballos (dir.): El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar, Valencia, pp. 521-546.
- PÉREZ ALONSO, E. (2022), “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 24-07, pp. 1-50.
- PÉREZ CEPEDA, A.I. (2004), Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros, Granada.
- PÉREZ MACHÍO, A.I. (2021), “La regulación penal del delito de trata de seres humanos. Hacia un enfoque basado en los Derechos Humanos”, en Abel Souto y otros (coord.): Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia, pp. 1087-1108.
- PÉREZ MACHÍO, A.I.; BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L. (2021), “A vueltas con la ‘dignidad humana’ como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos: razones para su cuestionamiento”, en De Vicente Martínez y otros (edit.): Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista, vol. II, Madrid, pp. 1693-1706.
- POMARES CINTAS, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 13-15, pp. 1-31.
- RAMÓN RIBAS, E. (2022), “La explotación laboral como finalidad propia del delito de trata de personas”, en Villacampa Estiarte (dir.): La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?, Valencia, pp. 423-458.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. (2016), “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n. 42, pp. 151-169.

- RODRÍGUEZ MESA, M.J. (2012), “El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 32, pp. 197-246.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2014), “Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica”, *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 109, pp. 5-19.
- SALAT PAISAL, M. (2022), “¿Qué casos de trata de seres humanos conocen las audiencias provinciales? Análisis cuantitativo de sentencias”, en Villacampa Estiarte (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 255-285.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2003), “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”, en Diego Díaz-Santos; Fabián Caparrós (coords.): *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid, pp. 113-137.
- SANTANA VEGA, D. (2011a), “La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, n. 64, pp. 211-226.
- SANTANA VEGA, D. (2011b), “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 104, pp. 79-108.
- STORINI, C. (2007), “La trata de personas como problema de violación de los derechos humanos. Una visión desde el Derecho comparado”, en Serra Cristóbal (coord.): *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia, pp. 325-350.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2010), “Trata de seres humanos”, en Álvarez García; González Cussac (dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, pp. 207-218.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2021), “Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XLI, pp. 1-57.
- TORRES ROSELL, N. (2022), “La trata de seres humanos con fines de matrimonio forzado: análisis jurídico-penal”, en Villacampa Estiarte (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 459-496.
- TORRES ROSELL, N.; VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2022), “El matrimonio forzado como modalidad de la trata de seres humanos: un estudio fenomenológico”, en Villacampa Estiarte (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 219-253.
- UNODC -Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito- (2020), *Global Report on Trafficking in Persons*, New York, disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/glotip.html>, visitado por última vez el 14/05/2023.
- UNODC -Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito- (2022), *Global Report on Trafficking in Persons*, New York, disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/glotip.html>, visitado por última vez el 14/05/2023.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (2021), “El delito de trata de seres humanos: evolución y perspectivas de futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 14, pp. 131-156.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; LUACES GUTIÉRREZ, A.I. (2019), “La trata de seres humanos vinculada a la delincuencia organizada. Principales problemas interpretativos y concursales de la legislación penal española”, en De los Santos Martín Ostos (dir.): *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Barcelona, pp. 91-129.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2007), “Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), pp. 1111-1136.

- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011a), El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional, Cizur Menor (Navarra).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011b), “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 13-14, pp. 1-52.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012), “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal Español”, en Lara Aguado (dir.): *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Cizur Menor (Navarra), pp. 387-414.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015a), “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, pp. 1157-1164.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015b), “El delito de trata de seres humanos”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra), pp. 399-419.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2019), “Trata de seres humanos para explotación criminal en España: valoración de los resultados de dos investigaciones empíricas”, en De los Santos Martín Ostos (dir.): *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Barcelona, pp. 61-90.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2020), “¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, pp. 1-57.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2022a), “Introducción: Acerca de la conveniencia de una ley integral para afrontar la trata y la explotación severa de seres humanos”, en Villacampa Estiarte (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 29-50.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2022b), “Trata de seres humanos para explotación criminal o criminalidad forzada y ausencia de responsabilidad de sus víctimas”, en Villacampa Estiarte (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 497-541.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M.J.; TORRES FERRER, C.; MIRANDA RUCHE, X. (2022), “Dimensión de la trata de seres humanos en España”, en Villacampa Estiarte (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 182-218.