

LA TRATA DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE MÉXICO Y CENTRO AMÉRICA

TRAFFICKING IN PERSONS IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF MEXICO AND CENTRAL AMERICA

Martín Alexander Martínez Osorio¹

RESUMEN: El presente artículo realiza un estudio comparativo de las regulaciones penales de México y Centro América que regulan el delito de trata de personas. Al efecto, se hace una aproximación a sus tres elementos esenciales: conductas, medios comisivos y finalidades perseguidas. De igual forma, se tocan otros tópicos importantes, como la aplicación de la comisión por omisión, la irrelevancia del consentimiento de las víctimas; y la no responsabilidad penal de ellas; siempre y cuando se encuentren ante una situación de inexigibilidad de comportarse conforme a derecho

ABSTRACT: This essay carries out a comparative study of criminal law regulations of México and Central America regarding the felony of human trafficking being. In this respect, an approximation of its three elements is made: behaviors, commissive media and the purposes pursued. Other important topics are also addressed, as the commission through omission as a means of committing the crime, the irrelevance of the victim's consent and the absence of criminal liability when persons find themselves in an unenforceable situation that prevents them from adapting their conduct to what law requires.

PALABRAS CLAVE: Trata de personas, Derecho penal, Derecho comparado

KEYWORDS: Trafficking in human being, criminal law, comparative law.

SUMARIO: Introducción; I. El bien jurídico-penalmente protegido; II. Las conductas típicas, 2.1 Conductas típicas básicas, 2.2 Conductas típicas periféricas, 2.3 ¿Es posible la comisión por omisión en el delito de trata de personas?; III. Los medios comisivos, 3.1 Violencia física -vis phisica-, 3.2 Violencia psicológica o intimidación -vis compulsiva-, 3.3 El engaño y fraude, 3.4 El abuso de superioridad, 3.5 La vulnerabilidad de la víctima; IV. La finalidad de explotación, 4.1 Explotación mediante la prestación de servicios de contenido sexual, 4.2 Explotación mediante la prestación de servicios laborales, 4.3

¹ Profesor de Derecho penal de la Universidad de El Salvador y de la Universidad Tecnológica de El Salvador. Consultor externo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) en materia de trata de personas, tráfico ilegal de migrantes y extinción de dominio. Docente de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador en Centro América. Dirección electrónica: martinmartinez32@gmail.com.

Explotación fisionómica de las víctimas; V. La irrelevancia del consentimiento como causa excluyente de responsabilidad penal; VI. La no punibilidad de la víctima; Conclusiones, Bibliografía.

INTRODUCCIÓN²

“Trata” deriva de las palabras latinas “traho”, “traxi”, “tractum” que pueden ser traducidas como “arrastrar hacia sí”, “llevar con la fuerza o por la fuerza” a algo o a alguien. Y de ahí que el término utilizado en 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 – en adelante “el Protocolo”– sea muy preciso al identificar el comercio de seres humanos con la finalidad de su ulterior explotación³.

En el ámbito anglosajón, fue Kevin Bales, quien identificó a esta execrable práctica como una forma de esclavitud moderna, y cuya característica relevante es la creación de una relación mediante la cual una persona es controlada por otra mediante el empleo de violencia física, amenazas o intimidación o engaño; lo que correlativamente implica para la otra, la pérdida de su capacidad de autodeterminación y de movimiento. Bales identificó tres formas de la misma que perduran hasta nuestros días: (a) la *esclavitud prendaria*: una persona es esclavizada durante su vida o vendida como esclava; (b) la *servidumbre por endeudamiento*: mediante la cual se entrega a una persona en garantía de un préstamo, aunque sin limitación temporal o el tipo de servicio que deberá prestarse; (c) la *servidumbre contractual*: que es la forma en expansión y se oculta bajo diversas formas de contratación laboral⁴.

En este punto, García Arán sostiene que a diferencia de la antigua esclavitud –en la que se reconocía formalmente un derecho a la propiedad– ahora lo que existe son situaciones de hecho, consistentes en un aprovechamiento de una situación de

² Para la realización del presente estudio, se han tomado en cuenta las siguientes legislaciones: Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos de México (2012) –ley general mexicana–; Ley Especial contra la Trata de Personas de El Salvador (2014) –ley especial salvadoreña–; Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas de Guatemala (2009) –ley especial guatemalteca–; Ley contra la Trata de Personas de Honduras (2012) –ley especial hondureña –; Ley contra la Trata de Personas de Nicaragua (2015) –ley especial nicaragüense–; y Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico ilícito de Migrantes y la Trata de Personas de Costa Rica (2012 y reformada en el 2018) –ley especial costarricense–.

³ Flores/Romero, *Trata de personas*, Edit. Lerner, Córdoba, 2000, Pág. 67.

⁴ Bales, *Disposable people: new slavery in the global economy*, University of California press, Berkeley, 1999, Págs. 19-24. Véase la interesante distinción que realiza el autor norteamericano entre la “old slavery” y la “new slavery” (Pág. 15).

necesidad del “nuevo esclavo”, lo que le convierte en objeto de disposición de terceros sean estos tratantes o los posteriores empleadores⁵.

Retomando las ideas del jurista español Pérez Alonso, los rasgos característicos de la trata de personas son los siguientes: (a) ostenta en la mayor parte de casos un carácter transnacional, pues es una actividad económica internacional que puede implicar el traslado de personas entre dos o más países, sin perjuicio de la existencia de la trata interna, es decir, dentro de las regiones de un mismo país; (b) la desigualdad y pobreza constituyen condiciones propicias para el enlistamiento y captación de las víctimas; (c) esta nueva forma de esclavitud se caracteriza por ser un vínculo meramente fáctico, debido a su clara prohibición legal. Sin embargo, esto vuelve más rentable a la trata, pues se sigue teniendo su disposición material; (d) la persona explotada está sometida a un dominio o control absoluto por parte del tratante o el explotador; y (e) ello es consecuencia de los medios empleados para doblegar a la víctima –fuerza física, amenazas, intimidación, engaño, fraude, privación de libertad, etc.–; (f) lo cual lleva implícito un trato degradante y contrario a su dignidad humana como valor constitucionalmente reconocido; (g) adicionalmente, puede implicar una pérdida de libertad ambulatoria, de seguridad personal y sobretodo de la autodeterminación personal; (h) en suma, nos encontramos ante una práctica que desconoce los más elementales derechos humanos de los afectados; (i) la finalidad principal de esta práctica es la explotación económica de quienes lo sufren, esto puede ocurrir en contextos diversos tales como el sexual, laboral o cualquier otro; (j) es un negocio que tiene como nuevos “negreros” a grupos y organizaciones criminales de carácter mafioso, que pueden dedicarse de forma diversificada a otros rubros delictivos, como el tráfico de drogas, personas o armas. Su carácter suele ser transnacional y persiguen una finalidad eminentemente lucrativa en el delito de la trata; y (k) las víctimas –reales y potenciales– de este tipo de organizaciones y redes delincuenciales son los sectores más pobres y discriminados de espacios geográficos mundiales donde existen problemas de miseria, conflictos armados, desastres naturales y pronunciadas desigualdades económicas entre los diversos sectores sociales⁶.

En un sentido técnico-jurídico, la trata de personas se caracteriza por constituirse en un proceso delictivo en el que concurren diversos eslabones que culminan con la

⁵ García Arán, “Introducción”, en: Autores Varios., *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, Pág. 10.

⁶ Pérez Alonso, “La trata de seres humanos en el Derecho penal español”, en: Villacampa Estiarte, *La delincuencia organizada: un reto de política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2013, Pág. 93.

explotación de la víctima. De ahí que, se distinga entre la explotación y el proceso para llegar a ello, como dos dimensiones de un mismo fenómeno. Suele ocurrir entonces que, con mayor o menor acierto, las diferentes regulaciones normativas de México y Centro América describan cada una de las acciones que comprende el proceso, más no a la explotación como tal (a excepción que se regule como un tipo penal independiente). Ésta subyace como una finalidad a tenerse en cuenta dentro del juicio de tipicidad pero que no necesariamente el agente delictivo debe lograr. Por ello, es que se habla de un concepto “normativo” de trata, que suele entenderse de forma diversa al de la esclavitud como tal; y comprende toda una suerte de fases y medios encaminados a esclavizar personas. Ahora bien, de forma independiente que de *lege ferenda* sea preciso tener dentro de la legislación penal un tipo de trata de personas y otro de esclavitud, lo cierto es que la explotación se considera como un elemento esencial de la figura típica juntamente con la captación y el transporte⁷.

En lo relativo al delito de trata de personas, suele reconocerse que su estructura típica está compuesta de tres elementos esenciales: las *conductas típicas*, los *medios comisivos* y las *diversas modalidades de explotación*. Los primeros elementos hacen referencia a la tipicidad objetiva y el último a la tipicidad subjetiva como un elemento de tendencia interna trascendente que no necesariamente debe conseguirse para calificar judicialmente el delito en análisis.

Por ende, atendiendo a la redacción del art. 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, las conductas típicas *nucleares* son la *entrega*, la *captación*, el *transporte* o *traslado*, la *recepción* o el *acogimiento*. En algunos países se adicionan como conductas punibles periféricas –aunque sancionadas con la misma magnitud penológica– de *facilitación*, *promoción* o *favorecimiento* de cualquiera de las *supra* detalladas.

Al contrario –y de forma distinta tanto al Protocolo anexo a la Convención de Palermo– en algunas legislaciones del istmo, los medios comisivos no se encuentran estipulados dentro del tipo básico, sino que aparecen enunciados como circunstancias agravantes –o como un tipo derivado como acontece en la legislación penal general

⁷ Interesante es en este sentido la regulación efectuada en la ley general mexicana que distingue entre los actos encaminados a la explotación de una persona (art. 10) y los actos de explotación en sí. Estos últimos regulados de manera específica en los art. 11 a 31 de su ordenamiento contra la trata de personas

mexicana⁸. Esto de alguna manera puede generar diversos problemas interpretativos, ya que estos elementos dotan un importante contenido de desvaloración antijurídica, y únicamente resultan irrelevantes cuando los afectados son menores de edad o nos encontramos en presencia de personas que carecen de normalidad en sus facultades psíquicas o volitivas.

Respecto a las diversas finalidades que se persiguen con la trata de personas y que resultan enumeradas en la letra a) del art. 3 del Protocolo internacional –v. gr. 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 órganos⁹– ellas constituyen un elemento subjetivo del injusto y se refieren al móvil perseguido por el autor del delito. Sin embargo, a efectos de la consumación formal del tipo, no se requiere que dicha finalidad sea lograda¹⁰. Por ello, está demás decir que nos encontramos ante un delito de consumación anticipada, donde el legislador castiga de forma autónoma cada acto expresamente establecido en la norma penal que vaya encaminado a la consecución de cualquiera de esas metas¹¹.

I. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

Los bienes jurídicos penalmente protegidos son todas aquellas condiciones existenciales que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas, y cuyo menoscabo anula o limita las posibilidades del desarrollo personal dentro del marco social contemplado en la Constitución. Este elemento tiene importantes repercusiones tanto en el ámbito de la elaboración legislativa de los tipos penales y en la labor jurisdiccional de interpretación de la norma penal. De ahí que: (a) constituye un referente acerca de lo que es admisible castigar dentro del marco de un Estado

⁸ Arts. 13 y 16 párrafo segundo de la ley general mexicana. De igual manera: la letra f) del art. 55 de la ley especial salvadoreña. Tampoco los contienen dentro del tipo básico: el art. 202 ter de la ley guatemalteca; el art 52 de la ley especial hondureña y art. 182 de la ley especial nicaragüense. Una excepción sin duda, y digna de resaltarse, es la redacción que efectúa el art 5 de la ley especial de Costa Rica. Esta última sí contempla las modalidades comisivas dentro de la redacción del tipo básico de trata.

⁹ Estas finalidades establecidas internacionalmente, deben entenderse como un estándar mínimo que exige el Derecho internacional. De ahí que, puedan comprenderse más finalidades dentro de la legislación interna de los países. Para el caso, el art. 10 de la ley federal mexicana establece como explotación: la esclavitud, la servidumbre, la explotación sexual (comprendiendo dentro de la misma la prostitución), la explotación laboral, el trabajo o los servicios forzados, la mendicidad forzosa, el uso de menores de dieciocho años en actividades delictivas, la adopción ilegal, el matrimonio forzoso o servil, el tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos y la experimentación biomédica ilícita. El catálogo es similar en los ordenamientos centroamericanos.

¹⁰ Hernández Plascencia, “El delito de tráfico de personas para su explotación sexual”, en: Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración y Derecho penal, bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 242.

¹¹ Pese a ser de consumación anticipada, el ordenamiento general mexicano castiga la tentativa de estas figuras en su art. 39. Más allá llega la legislación especial nicaragüense que castiga los actos de provocación, conspiración proposición (art. 182 ter).

democrático y constitucional de Derecho; (b) nos permite ubicar y sistematizar las diferentes figuras de un capítulo o sección del Código penal conforme al interés penalmente protegido; y (c) permite interpretar adecuadamente qué conductas quedan comprendidas dentro del marco de la prohibición penal –tipicidad– y cuales no –atipicidad–¹².

En suma, la noción del bien jurídico se constituye en un factor que dota de legitimidad a la intervención penal, el cual debe ser precisado adecuadamente en cada uno de los delitos establecidos en el ordenamiento jurídico interno, y en nuestro caso, corresponde hacerlo el delito de trata de personas. Es aquí donde podemos encontrar diversos entendimientos acerca de lo que se protege en esta figura típica.

Para más de algún sector doctrinario, el bien jurídico se fundamenta en el control de los flujos migratorios por parte del Estado –al igual que el tráfico ilegal de migrantes–. Así, al no distinguirse en su momento las diferencias sustanciales entre el tráfico ilegal de migrantes y la trata de personas, se consideraba la necesidad de proteger a los Estados respecto a la inmigración ilegal; ya que su incremento descontrolado sobrepasa la capacidad de control y asistencia que podría brindarse por parte de las instituciones gubernamentales del país que los recibe.

En la misma línea, se encuentran aquellas propuestas –sobre todo en la trata de personas con finalidad de explotación laboral– que definen al bien jurídico protegido como la protección del orden socio-económico. En particular, los derechos laborales que poseen los trabajadores ilegales; cuya situación de clandestinidad, los vuelve vulnerables a soportar condiciones inaceptables desde la óptica de las leyes laborales nacionales y convenios internacionales.

Dentro de este mismo planteamiento, destacan también aquellas propuestas que relacionan el interés penalmente tutelado, con el derecho del emigrante de alcanzar una plena integración social en la nación en la que decide residir –perspectiva individual– o la protección de un colectivo vulnerable que puede constituirse en víctimas de abusos por terceros en su peligrosa travesía a su destino –perspectiva social–.

Pese a que las anteriores explicaciones detallan dimensiones parciales de una compleja problemática –y que resultan más adecuadas con relación al *smuggling of*

¹² Roxin, Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos, Edit. Civitas, Madrid, 1997, Pág. 70 y ss.

migrants–, deben considerarse insuficientes; pues deben comprender una explicación de por qué se castiga a la trata interna y a las diferentes modalidades que van más allá de la explotación laboral o sexual. Más aún, en el caso de la trata de personas, resulta harto discutible establecer que el bien jurídico radique en un simple interés estatal de regular de manera ordenada la inmigración, pues ello nos llevaría a castigar en primer lugar al propio migrante como infractor de la norma. No obstante, esto, es claro que son intereses individuales como la vida, la integridad personal, su libertad ambulatoria –en suma, su dignidad humana– los que aparecen como verdaderos intereses dignos de tutela penal.

Una línea interpretativa en este último sentido, se advierte en la jurisprudencia argentina con relación a la definición legal establecida en los arts. 2 y 3 Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas –Ley 26.364–, que entiende a la trata de personas como una forma coactiva o fraudulenta de restringir la libertad ambulatoria de la víctima y que se encuentra orientada a algunas de las específicas intenciones del autor –v. gr. prostitución, trabajos forzados, servidumbre o extracción de órganos–¹³.

En tal sentido apunta Luciani, que el bien jurídico que se pretende tutelar como mayor énfasis es la libertad individual: entendida no solo como la libertad de movimiento y desplazamiento o de determinarse a sí mismo y proceder con arreglo a tales determinaciones; sino también, a la preservación de la tranquilidad psíquica y la intimidad personal. Desde esta perspectiva, la libertad personal resulta vulnerada desde una doble óptica: (a) en su manifestación de libre actividad para decidir lo que quiere hacer y para hacer lo que ha decidido; (b) como también su derecho a la intimidad, en la que el individuo tiene derecho a excluir toda intervención de terceros¹⁴.

No obstante, las indudables ventajas probatorias que esta explicación brinda para la persecución del delito, no debemos perder de vista que la trata de personas incide gravemente en los derechos más valiosos de un ser humano¹⁵. Y por tanto, nos

¹³ Hairabedián, Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el Derecho penal argentino e internacional, Edit. Ad hoc, 2° edición, Buenos Aires, 2003, Pág. 21.

¹⁴ Luciani, Criminalidad organizada y trata de personas, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2011, Pág. 128.

¹⁵ Coincido con Daunis Rodríguez que en la trata de personas se violenta algo más que la libertad ambulatoria. Dice este autor: “...los actos de trata de seres humanos suponen algo más que un mero ataque a la libertad, conllevan una lesividad del injusto diversa que justifica su criminalización a través de una prohibición autónoma y diferente. En efecto, cuando se afecta a la dignidad humana se produce una instrumentalización de la víctima, cosificándola o reduciéndola a la condición de objeto, cosa o mercancía”. Véase su libro: *El delito de trata de seres humanos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Pág. 77.

encontramos ante conductas totalmente intolerables desde la óptica de los Derechos humanos, en particular, del valor constitucional de la dignidad humana. De ahí que, se afecte este valor con relación a las víctimas concretas –dimensión individual del delito– y se ponga en entredicho (adicionalmente) un axioma estructural que preside la actuación tanto del Estado como de los particulares –dimensión colectiva o supra-individual de la dignidad humana–. Por ello tiene razón la caracterización que efectúa Eloisa Castro de la trata de personas, como una afectación a la dignidad humana en la medida que se convierte a las personas en simples mercancías; no poseyendo ni la más mínima posibilidad de elegir algo diferente a su situación, y mucho menos, a la auto-determinación¹⁶. En consonancia con este punto de vista, Daunis Rodríguez enfatiza que: "cuando se lesiona la dignidad humana se impide al individuo *auto-determinarse* conscientemente, desarrollar libremente su personalidad, desplegando su propia capacidad jurídica y obrando de forma autónoma e independiente"¹⁷.

En el mismo sentido, se expresaron los primeros comentaristas de la reforma legislativa efectuada en el año 2010 en España, con referencia a su introducción en el Código Penal de 1995 –art. 177 bis– cuando identificaron que este tipo de preceptos buscan proteger bienes jurídicos de carácter personal. Para ello, se adelantan las barreras de protección penal a conductas encaminadas a su lesión mediante la explotación¹⁸. De ahí que se ubique después de los delitos contra la integridad moral en la normativa ibérica.

Esta línea doctrinaria, se encuentra en consonancia con lo expresado en nuestros estatutos constitucionales, de acuerdo con esto, los derechos fundamentales no son más que plasmaciones de la dignidad humana como premisa fundamental a la cual se sujeta la actuación de los poderes públicos. Desde esta óptica, se entiende que la actividad estatal va encaminada al "pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo" y que trasciende más allá del aspecto individual para convertirse en un fundamento estructural de todo el ordenamiento jurídico.

Bajo dicha lectura, el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas es la capacidad de auto-determinación de una persona, la facultad de poder obrar y decidir libremente sin más límite que el de su conciencia. De ahí que, las conductas de

¹⁶ Eloisa Castro, *Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, Págs. 119-120.

¹⁷ Daunis Rodríguez, *El delito de trata de seres humanos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Pág. 76.

¹⁸ Terradillos/Portilla/Pomares/Guardiola, en: *Autores Varios, Comentarios a la reforma penal de 2010*, 1° Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, Pág. 196.

trata, lo que hacen es anular esta capacidad, con el correlativo efecto de disponer de ella como si se tratara de un artículo de uso o consumo por parte de otros. En síntesis, la dignidad humana se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización. Así, cualquier negociación o instrumentalización abusiva que tenga por objeto al ser humano –a la “persona” como categoría genérica– debe considerarse ilegal por suponer un atentado contra la dignidad del afectado, pero también, una grave afectación a un valor supremo que inspira la función del Estado y del ordenamiento jurídico en general.

En otras palabras, nos encontramos con un bien jurídico de corte supra-individual pero que tiene un referente individual identificado en las víctimas concretas del delito. Por ello, es que en algunos ordenamientos, inicialmente, se introdujo esta figura en los delitos contra la humanidad como aconteció en su momento en la legislación penal salvadoreña (art. 367-B).

II. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

La redacción internacional comprendida en el Protocolo menciona varias conductas que se encuentran relacionadas en forma secuencial. De ahí que, al ser incorporadas en los ordenamientos internos tengan la estructura de un tipo penal mixto-alternativo, en el cual, la consumación acaece con la realización de cualquiera de ellas. Por otra parte, la concurrencia de dos o más de ellas en un caso, devendrá en una mayor cuantificación del injusto, lo que eventualmente repercutirá en la individualización judicial de la pena¹⁹. E igualmente, la realización de todas las conductas de manera conjunta –mediante la existencia de un acuerdo previo y la distribución de roles dentro de su ejecución– determinará la existencia de una coautoría conforme el principio de imputación recíproca²⁰.

Analizando las conductas reguladas en el Protocolo, pueden advertirse como conductas esenciales: el *entregar, captar, transportar, trasladar, recibir o acoger*. En la legislación especial mexicana se agregan tres conductas más *enganchar, retener y transferir* (art. 10)²¹. Por otra parte, en algunos ordenamientos del área, se regulan

¹⁹ Como señala Eloisa Castro, la realización de dos conductas distintas (trasladar y acoger) serán pasibles de una mayor sanción penal y ello podrá influir al momento de la determinación de la pena. Véase su libro: “Trata de niñas, niños y jóvenes”, citado, Pág. 138.

²⁰ Hairabedian, Tráfico de personas, citado, Pág. 29.

²¹ En los ordenamientos centroamericanos, se utiliza la misma técnica legislativa de enumerar las conductas típicas correspondientes al proceso de la trata de personas: art. 54 de la ley especial salvadoreña; art. 202 ter de la ley especial

como conductas periféricas las de *facilitar, promover o favorecer*²². Estas últimas se constituyen en formas de cooperación que pudieran haber quedado comprendidas dentro de los ámbitos de la complicidad. Sin embargo, existe una decisión legislativa de aplicarles la misma respuesta penológica que merecen las primeras conductas *supra* mencionadas. Esto puede deberse a la gravedad que reportan los diversos comportamientos encaminados a la explotación de personas, sea porque se realizan mediante una organización criminal, sea porque se maximiza el fin disuasivo que se pretende obtener mediante la utilización del Derecho penal. En particular, el advertir a los ciudadanos a no contribuir –siquiera de forma indirecta– con la trata de personas. Tal decisión político-criminal no inobserva el principio de proporcionalidad de las sanciones penales, pues aún y cuando las conductas periféricas puedan merecer abstractamente un reproche menor, esta rebaja puede ser considerada dentro del ámbito de la individualización judicial de la pena en comparación al papel protagónico de quienes realizan las conductas centrales.

Por otra parte, algunos ordenamientos penales recientes, agregan la conducta de *ofrecer* como parte del elenco de conductas punibles; es decir, aquellas actividades encaminadas a conseguir personas para iniciar de forma posterior el proceso de la trata de personas. Un ejemplo práctico de ello es tomarle fotos a la víctima y luego enviárselas a quienes se muestran interesados en su captación mediante reclutamiento o raptó. Tales casos, pueden quedar comprendidos dentro de la conducta de *promover* regulada en el art. 41 de la ley especial mexicana y 54 de la ley especial salvadoreña. En tales situaciones, por el discutible adelantamiento de las barreras de protección que dispensa el Derecho penal, debe exigirse que, en tales comportamientos, resulten lo suficientemente idóneos para poner en serio riesgo el bien jurídico protegido.

2.1 Conductas típicas básicas

A. Entrega

guatemalteca; art. 52 de la ley especial hondureña; art. 182 de la ley especial nicaragüense; y art. 172 de la ley especial costarricense.

²² Al respecto, dice el art. 41 de la ley general mexicana: “[l]as penas previstas en los delitos de este Título se aplicarán también a quien los prepare, promueva, incite, facilite o colabore”. En igual sentido, la legislación especial tica castiga con la misma pena de las conductas principales a quien promueva, favorezca o facilite la trata de personas (172 tercer párrafo). También, la legislación especial de El Salvador (art 54). Lo mismo se advierte en la legislación especial nicaragüense (art. 182).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, entregar es “dar algo a alguien”. Lo cual implica una transferencia del dominio o posesión de una persona a otra respecto de una cosa, o –en el delito en examen– de una víctima del delito de trata. Si bien, tanto el Protocolo como los instrumentos europeos –Convenio de Varsovia o la Directiva 2011/36/UE– no hacen una explícita referencia a este verbo típico, sí regulan como una modalidad comisiva la concesión o recepción de pagos para lograr el consentimiento de quien tenga el control sobre la víctima y ella decida cederlo.

Es en este contexto interpretativo que debe estudiarse el referido término, como la entrega en venta, permuta o alquiler de una víctima en contraprestación al pago de un precio u otro beneficio. De igual forma, en este verbo típico podría quedar comprendido el castigo de quienes realizaron intercambios o entregas de seres humanos a otros que los reciben bajo la cobertura de una organización o grupo criminal, pero siempre y cuando, esta conducta no se castigue bajo una interpretación amplia del término *traslado* como veremos más adelante. El término “transferencia” que utiliza la legislación general mexicana podría comprenderse en este sentido.

B. Captación

De acuerdo con Hairabedian captar es “ganar la voluntad” de quien será la víctima del delito, reunirlos. En otros términos, atraerlos, entusiasmarlos o reclutarlos. Aquí el medio resulta ser irrelevante ya que puede ser por internet, publicidad, contacto telefónico o de forma personal entre otras formas²³. Dentro de este ámbito caben formas tan brutales como el rapto y la privación de libertad –*captación forzosa*– hasta modalidades más sofisticadas como los “loverboys” (caballeros jóvenes que le prometen a señoritas sumamente atractivas una vida de ensueño en un país desarrollado costeándoles tanto el boleto aéreo como todos aquellos gastos de los trámites migratorios) –*captación engañosa o fraudulenta*–. Sin olvidarnos de la *captación abusiva* que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima de la cual se aprovecha el sujeto activo²⁴.

²³ Hairabedián, Tráfico de personas, ob. cit., Pág. 24. De igual manera lo ha entendido la jurisprudencia argentina. Así, el Tribunal Criminal Federal de Córdoba, sostuvo en su decisión emitida el 27-IV-2010: “...la acción tipificada por la norma y atribuida al imputado consiste en la captación, entendida como la primera acción desplegada por una persona con respecto a otro a los fines de atraerla, conquistarla, ganarse su confianza, su voluntad, siempre con la intención de que, por cualquier medio, la someta a aceptar la posterior incorporación al tráfico ilegal, ya sea laboral o sexual”. Caso “P.H.R. s/ Trata de personas menores de edad para su explotación”, Causa p-9/09, Exp. 14.416 & 2008 del Juzgado Federal de 1° Instancia núm. 2° de Córdoba.

²⁴ Pérez Alonso, La trata de seres humanos en el Derecho penal español, art. cit., Pág. 103.

Villacampa Estiarte afirma que este verbo típico, exige algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas; pues se requiere alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al perjudicado con la realización de algún tipo de actividad, aunque no sea necesario que el mismo tenga efectividad jurídica. En otras palabras, la captación requiere algo más que la mera oferta abstracta de posibilidades de trabajo; exige que la víctima, por iniciativa del autor, adopte algún tipo de compromiso explícito o implícito en virtud del cual se sienta obligada bien a prestar servicios a favor de éste o de un tercero²⁵.

Puede suceder que no se logre tal anuencia de la víctima pese a que se hayan desplegado una variedad de maniobras encaminadas a su reclutamiento. Esto suscita la interrogante de si cabe la tentativa del delito de trata de personas cuando la captación haya fracasado por circunstancias ajenas a la voluntad del tratante. En el ámbito de la doctrina y jurisprudencia comparada se admite tal posibilidad: una Cámara Nacional de Casación Penal argentina consideró que esta conducta típica entra en el ámbito de la tentativa cuando el imputado intenta captar a las víctimas mediante falsas promesas de una vida mejor, pero no lo logró por razones ajenas a su voluntad²⁶. En igual sentido, Hairabedián manifiesta que existe tentativa cuando se despliega todo un discurso para atraer a otro y no se logra tal cometido²⁷. Esto no ocasionaría problemas en la legislación especial mexicana que expresamente castiga la tentativa de este delito en su art. 39²⁸. Sin embargo, en algunos ordenamientos centroamericanos, podrían generarse un concurso aparente de normas con el verbo típico *promover* que se encuentra expresamente tipificado.

C. Transporte y traslado

Coincidimos con Villacampa –y con un amplio sector doctrinario– que ambos verbos típicos se refieren a lo mismo: *el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro*²⁹.

²⁵ Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit., Págs. 416-417.

²⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, Resolución de 13-XI-2012, “Palacio Hugo Ramón s/recurso de casación” (Voto del Dr. Borinsky).

²⁷ Hairabedián, Tráfico de personas, ob. cit, Pág. 26. Lo sigue Luciani quien afirma: “...podrá constituir un caso de tentativa la realización de actos materiales tendientes a la captación de la víctima (por ejemplo: aquellos destinados a atraer su atención) sin lograr concretarla; o el comienzo de ejecución del transporte, por ejemplo: la persona que es subida a un vehículo y detectada en ese preciso momento). Véase su libro: Criminalidad organizada y trata de personas, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2011, Págs. 159-160.

²⁸ Art. 39 de la ley general mexicana establece: “[l]a tentativa para los delitos objeto de esta Ley tendrá el carácter de punible, y deberá sancionarse en los términos de los párrafos primero y segundo del artículo 12 del Código Penal, respectivamente”.

²⁹ Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit., Pág. 418: “... [e]n cuanto al traslado, puede ser considerado un sinónimo de transporte, en el sentido del desplazamiento de un lugar a otro, lo que ciertamente puede resultar tautológico”. En igual sentido Hairabedián –Tráfico de personas, ob, cit., Pág. 26 – quien manifiesta: “[s]egún la

Siguiendo a la distinguida profesora española, el término transporte hace referencia al traslado de una persona o personas, fuera o dentro de las fronteras de un país, con cualquier medio, e incluye tanto el hecho de llevar a un sitio como el de cambio de lugar.

Sin embargo, para realizar el verbo típico, se requiere algo más que procurar a las víctimas documentos de viaje o de identidad. Es necesario que se intervenga en el cambio de ubicación de la misma, como forma de mantener un control sobre ella, siendo probable que se pueda articular un control indirecto a través de un tercero que lo ejerza materialmente³⁰. Por ende, este verbo típico no necesita efectuarse con carácter internacional, ya que puede ser interno. De ahí que la legalidad o ilegalidad del movimiento geográfico no añade ni quita nada al delito.

El traslado en la mayor parte de casos implica un desarraigo de la víctima de su ámbito de protección familiar y comunitaria, esto puede implicar dos fases: (a) el traslado de una zona rural a una urbana; y (b) una segunda, consistente en un cruce fronteras. En ambos casos pueden utilizarse diversos medios de transporte para traslado –v. gr. compra del boleto aéreo, obtención del pasaporte, etc.– o realizarse de forma clandestina –v. gr. escondida en la mercadería de un vehículo de carga–.

D. Recibir o acoger

Siguiendo la interpretación establecida en el Diccionario de la Real Academia Española, *recibir* conlleva la acción y efecto de receptar lo que otro da o envía (la persona considerada mercancía); mientras que *acoger* es más amplio y significa dar hospedaje, alojar, admitir en su ámbito, esconder o brindar al afectado protección física en contra del descubrimiento de su condición de explotado. Esto implica diferencias consumativas importantes: la conducta de quien recepciona es instantánea y se agota con el simple recibimiento; mientras que la del que acoge es

Real Academia Española, la acción de trasladar tiene en nuestra lengua el mismo significado que el de transportar, por lo cual consideramos una redundancia legal su conminación conjunta en la ley 26.364 -2008 - (la reforma de la ley 26.842 -B.O. 27/12/2012- sólo dejó subsistente el traslado)". Distinto piensa Luciani –Criminalidad organizada y trata de personas, ob. cit., Pág 131- quien afirma, que si bien los términos traslado y transporte se consideran sinónimos, pueda que el legislador argentino advirtió diferencias. Así, en palabras de este autor: "...[p]artiendo de la base que la acción de "transportar o trasladar" implica llevar al sujeto pasivo de un lugar a otro, parecería ser, dada la técnica legislativa empleada, que en este caso el primer acto es más amplio y se produciría inmediatamente después de lograrse la captación y la extirpación del sujeto pasivo de su lugar de origen, a través de la utilización de algún medio de transporte (auto, colectivo, tren, barco, avión, etc.); mientras que el traslado es más acotado, y tendría lugar con la simple movilización de la víctima de un punto geográfico a otro –por ejemplo: de un prostíbulo a otro–, sin necesidad de servirse de aquellos medios de locomoción o de recorrer grandes distancias".

³⁰ *Ibid.*

permanente, pues el agente delictivo prolonga su control en el tiempo y mantiene a la persona en la condición penalmente prohibida³¹.

2.2 Conductas típicas periféricas

Algunos ordenamientos penales hacen referencia a las conductas de *facilitación*, *promoción* o *favorecimiento* con relación a cualquiera de las conductas típicas básicas de la trata de personas; lo que implica una decisión legislativa de equiparar al grado de autoría conductas que regularmente suelen ser cooperación, y que podían haber quedado comprendidas dentro de las reglas generales de la complicidad. Sin embargo, el legislador pudo haber justificado esta decisión porque se tratan de apoyos relevantes sea tomando la iniciativa (promover) o ayudando de cualquier manera (favorecer o facilitar) a una infracción penal que considerada socialmente gravemente. Sin embargo, los problemas interpretativos que suscitan tales términos pueden llevarnos a una expansión desmesurada del castigo penal a conductas de escasa significancia o lesividad, por lo que se requiere su idoneidad y necesidad para lesionar el interés penalmente protegido³².

En específico, *promover* de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, puede ser definido como “toda actividad dirigida a iniciar o adelantar una cosa procurando su logro” o “tomar la iniciativa para realización de algo”. Es el “hacer nacer” en la persona la idea de emigrar o enlistarse en una actividad laboral aparentemente legal; pero que, de forma indefectible, concluirá en un proceso de trata de personas. Caben pues, dentro del verbo típico, actos como incitar mediante información aparentemente veraz de que existen empleos fuera de algún país de Centro América; *casting* para trabajos de modelaje o comunicación, anuncios de colocación laboral mediante páginas en internet, etc.³³.

Los términos *favorecer* o *facilitar* pueden considerarse sinónimos y hacen relación a conductas que “hacen posible la ejecución de un acto” o que se realicen en “apoyo un intento, empresa u opinión” en acepción semántica más simple. Aquí quedan comprendidos comportamientos como los que despliegan los parientes, compatriotas o personas próximas a la víctima que realizan actividades de búsqueda de víctimas o

³¹ Luciani, Criminalidad organizada y trata de personas, ob. cit., Pág. 133.

³² En similar sentido: Pérez Cepeda, Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal, ob. cit., Págs. 196-197.

³³ Existe un precedente interesante en la jurisprudencia comparada sobre este punto emitido por la Cámara Nacional de Casación Penal argentina que estableció: “...el verbo típico ‘promover’ no sólo comprende la conducta dirigida a iniciar al sujeto pasivo en la prostitución, sino también toda aquella dirigida al impulso de esta situación”. Véase la decisión por la Sala I el 21-XII-2011. “Peña, Julio Cesar y otros s/recurso de casación”.

de quienes brindan la alimentación en las casas de acogimiento o recepción de las víctimas.

En suma, lo que se castiga penalmente es que se intervenga, bien tomando la iniciativa (promover), o bien ayudando de forma relevante (favorecer o facilitar) en el delito de trata de personas.

2.3 ¿Es posible la comisión por omisión en el delito de trata de personas?

La comisión por omisión es aplicable en la trata de personas. Ello deriva del expreso reconocimiento que realiza el art. 10 de la legislación general mexicana (“toda acción u omisión”), como también en los ordenamientos que no sean tan específicos como la legislación especial salvadoreña (“para ejecutar o permitir que otros realicen cualquier actividad de explotación humana”)³⁴. Por tanto, caben dentro de su aplicación, las conductas efectuadas por quienes se constituyan garantes –padres, tutores, cuidadores, agentes de seguridad pública, etc.– que puedan ser entendidas como un favorecimiento del delito, verbo típico establecido expresamente en el precepto en estudio³⁵.

Conviene tener presente que la aplicación de la comisión por omisión, requiere inexorablemente el cumplimiento de los presupuestos que suelen ser establecidos en la parte general de los códigos penales, esto es, que el sujeto activo ostente la posición de garantía y que la omisión pueda considerarse normativamente equivalente a la conducta activa; lo cual al menos –según la doctrina dominante– requiere determinar qué tanto su contribución al hecho delictivo pudo haber evitado la producción del resultado –en este caso, la producción de un eventual peligro para la integridad de la víctima–³⁶.

Respecto al primer requisito, muchos ordenamientos jurídicos relacionan la existencia de un “especial deber jurídico de obrar” que se relaciona con el cumplimiento de obligaciones legales –y aún contractuales– de cuidado, vigilancia o protección de bienes jurídicos–. En el caso que nos ocupa, es claro que existen determinados supuestos que cumplen a cabalidad estos requisitos –servidor público,

³⁴ Tampoco creo que existan problemas con los ordenamientos especiales de Nicaragua, Honduras y Costa Rica que contemplan la conducta de “facilitar” los actos de trata de personas. Y ello puede ser, también, mediante la dejación de los deberes de aseguramiento o protección, por ejemplo, de un menor de edad.

³⁵ Maqueda Abreu, El tráfico sexual de personas, ob. cit., Págs. 51-52.

³⁶ Berdugo Gómez de la Torre y otros, Lecciones de Derecho penal, parte general, 2° Edición, Edit. La Ley, 1999, Págs. 180-184.

agentes de autoridad, ascendiente, descendiente, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente, tutores, guardadores, etc.–. Por otra parte, desde el ámbito de la teoría de las funciones, cabe también agregar a quienes hayan asumido voluntariamente la protección de determinadas personas –menores de edad, incapaces y ancianos– y con los cuales la víctima tenga una clara relación de dependencia material³⁷.

Y en lo relativo al segundo requisito consistente en la “necesaria equivalencia de la conducta omisiva con relación a la activa”, supone una cierta indeterminación de la ley penal que deberá ser colmada conforme el análisis de cada caso en particular; a fin de determinar si la realización de la conducta exigida al garante pudo haber evitado la producción de la situación de peligro para la víctima, por ejemplo, de no cederla a los tratantes para su ulterior explotación.

En este punto, no se advierte problema alguno con relación a aquellas posturas doctrinarias que establecen el presente delito como de medios comisivos determinados; pues aún y cuando, desde esa óptica, pudiera resultar difícil la equivalencia normativa entre ciertas conductas pasivas con el “captar”, “transportar” o “trasladar”, siempre podrán considerarse las conductas permisivas de los garantes como actos de favorecimiento.

III. LOS MEDIOS COMISIVOS

Por regla general, el texto mexicano como algunos ordenamientos centroamericanos – de forma distinta a lo planteado en el Protocolo y a ciertos instrumentos internacionales– no enumeraron los medios comisivos tradicionales en la trata de personas en su tipo básico. Más bien, se decidió que la comprobación de alguno de ellos, diera lugar a la aplicación de tipos agravados o tipos de naturaleza autónoma³⁸.

Esta es una omisión relevante que, debe ser colmada con una interpretación sistemática y finalística con los términos establecidos en la letra a) del art. 3 del Protocolo adicional a la Convención de Palermo, por dos razones: (a) es el empleo de tales medios comisivos lo que permite afirmar que nos encontramos en presencia de la

³⁷ Gil Gil/Lacruz López/Melendo Pardos/Nuñez Fernández, Sistema de responsabilidad penal, Edit. Dykinson, Madrid, 2017, Pág. 228.

³⁸ Arts. 10 y 42 de la legislación penal mexicana; arts. 54 y 55 de la legislación especial salvadoreña; arts. 202 ter y 204 de la legislación especial guatemalteca; art. 52 de la legislación penal hondureña; arts. 182 y 182 bis de la legislación especial nicaragüense. Se exceptúa la legislación penal tica, que contempla los medios comisivos dentro de la figura delictiva básica, aunque también, presenta un elenco de agravantes.

“cosificación” de una persona; y por tanto, ante una afectación a su dignidad personal. Esto es lo que da sentido a la irrelevancia del consentimiento tanto para los actos encaminados a la trata como también para la explotación.

Tomando el supuesto que propone Hernández Plascencia, si se engaña a una persona para que trabaje en nuestro país como empleada de hogar y, una vez facilitada su entrada al territorio nacional, se le propone ejercer la prostitución y lo decide libremente: habrá atipicidad de la conducta, pues el medio típico –en engaño– no se ha utilizado para lesionar el bien jurídico protegido³⁹. Y (b) desde un plano estrictamente criminológico, las diversas conductas que componen el proceso de la trata de personas, se encuentran indisolublemente unidas al ejercicio de los diversos medios comisivos; tan así es, que es difícil entender este delito sin tener en cuenta los diversos mecanismos que utilizan los tratantes desde el inicio del proceso delictivo hasta su finalización –piénsese en el caso del ejercicio de la *vis phisica* durante el traslado o en el momento de la acogida–. Por ello es que la doctrina jurídica especializada, distingue entre la *trata forzada* –que implica el empleo de violencia física o intimidación–; la *trata fraudulenta* –en la que concurre engaño o mecanismos capaces de inducir a error– y la *trata abusiva* –que vendría a ser caracterizada por una situación de superioridad del autor del delito o de vulnerabilidad en la víctima–⁴⁰.

Por tanto, en aquellos casos que la regulación interna no relacione los medios comisivos en la trata, ella debe ser complementada con una interpretación que dote de un mayor contenido de disvalor al comportamiento descrito en su texto; y que por otra parte, justifique sobradamente la grave respuesta penológica que posee. Sin embargo, conviene aclarar que estas consideraciones no son aplicables a las víctimas menores de dieciocho años, pues tal como señala la letra b) del art. 3 del Protocolo internacional, no es necesaria la concurrencia de un medio comisivo para que la conducta pueda ser castigada como trata de personas.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina comparada, los medios comisivos más tradicionales en el delito en examen son: (a) la violencia física; (b) la intimidación

³⁹ Hernández Plascencia, El delito de trata de personas, art. cit., Pág. 245. En el mismo sentido puede retomarse lo expuesto por la Sala I de la Cámara Nacional Federal Correccional argentina en su decisión de 27-XI-2008: “de ello se desprende que, para que se configure el delito de trata de personas mayores de 18 años, el autor debe realizar alguna de las acciones típicas exigidas mediante uno de los medios comisivos señalados. Distinto en el caso de la trata de personas menores de edad, en el que la utilización de estos medios resulta ajena a los requisitos del tipo”. (Caso Delgadillo Fuentes, Vitaliano y otros s/Proc. con prisión preventiva”, c. 42.454., reg. 1436.

⁴⁰ Pérez Alonso, La trata de seres humanos en el Derecho penal español, art. cit., Pág. 103. Lo sigue: Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit., Pág. 422 y ss.

o violencia psíquica; (c) el engaño o el uso de medios fraudulentos; (d) el abuso de una situación de autoridad y (e) la situación de vulnerabilidad de la víctima⁴¹. Y resulta indiscutible que tales medios pueden emplearse desde el momento de la captación o del enlistamiento. Pero también son utilizables en las demás fases de la trata de personas; en particular, tanto en el traslado como en el acogimiento –y ya no se diga, también en el proceso de explotación si se comprende como parte del delito en su acepción jurídico-normativa–. Así por ejemplo, la restricción de la libertad ambulatoria de las víctimas puede ser necesaria para su traslado de un país a otro y el ejercicio de violencia física resulta idóneo durante el trayecto para lograr el “ablande” de la voluntad de los afectados. Veamos en específico los medios comisivos *supra* enumerados:

3.1 Violencia física –vis phisica–.

Doctrinariamente, la violencia se identifica sin más con el uso de la fuerza física que se utiliza para doblegar la voluntad de la víctima sin que sea necesario que sea absoluta–*vis phisica*–. En palabras de Orts Berenguer: (a) violencia equivale a fuerza física, a medios de acción material; (b) que se proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima; (c) sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido; se mide, por tanto, por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad; y (d) debe ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, tanto las concernientes a los sujetos –edades del autor y del sujeto pasivo, fortaleza física de uno y de otro, etc.– como las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc.⁴²

A tales efectos, Maqueda Abreu sostiene que para establecer la entidad de la violencia deben tenerse en cuenta aspectos cuantitativos y cualitativos, es decir, no cualquier violencia tiene la suficiente entidad para afectar la autonomía de voluntad del afectado, pero sí con relación a otra persona. Por ende, debe verse el grado y la clase de violencia ejercida. Por otra parte, no tiene que llegar a ser irresistible, ni se requiere que acompañe todo el proceso ejecutivo de las conductas típicas, y ni mucho menos que deje secuelas físicas. Lo que sí se requiere es que ejerza directamente sobre la víctima, pues si se ejerce sobre otra persona –por ejemplo: los hijos de quien se intenta captar– será intimidación. Por otra parte, se requiere que

⁴¹ Por todos: Maqueda Abreu, *El tráfico sexual de personas*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Págs. 52-58.

⁴² Orts Berenguer, en: VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, parte especial*, 2ª Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Pág. 203.

exista entre el acto de violencia y la anulación de la voluntad del sujeto pasivo una relación de causa-efecto dotada de cierta inmediatez temporal entre ambas⁴³.

3.2 Violencia psicológica o intimidación –vis compulsiva–

La intimidación equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega. Debe revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser –al igual que la fuerza física– absoluta o irresistible, pues se mide por su eficacia y no por su cantidad. En suma, los denominados casos de “fuerza moral”, “violencia sin fuerza” o “violencia contra terceros para doblegar la voluntad de la víctima” –v. gr. causar daño a la familia o al conviviente– quedarían comprendidos en esta modalidad⁴⁴.

Algunos ordenamientos se refieren explícitamente a las amenazas, lo que implica proferir un mal que cause algún tipo de efecto perturbador en el proceso motivacional de la víctima. Por ende deberá requerirse que el anuncio se trate de un mal que sea serio, real, de carácter futuro, injusto, determinado, posible y dependiente de la voluntad del sujeto activo, capaz de originar una natural intimidación sobre la persona que recibe el anuncio⁴⁵. En suma, la gravedad de la intimidación, la inminencia y la concreción del mal con que se amenazan son las características que dan consistencia a este elemento típico⁴⁶. Pero también, la referida circunstancia agravante relaciona también cualquier otra “forma de coacción” lo cual amplía su ámbito de aplicación a cualquier medio que se muestre idóneo para limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima. En tales casos, se ejemplifica que ello acontece cuando, se les hace saber a las víctimas que tienen la complicidad de las autoridades policiales por lo que no contarán con ayuda alguna en su cautiverio; o se les hará saber a sus familiares que ellas –las víctimas– se dedican a la prostitución. Caben también, los “descuentos” o “penalizaciones” por mal servicio a los clientes en el caso de la explotación sexual comercial, entre otros casos.

⁴³ Maqueda Abreu, El tráfico sexual de personas, ob. cit., Págs. 52-58.

⁴⁴ Orts Berenguer, ob. cit., Págs. 205-206. Sostiene Hairabedián, que el temor al daño de los familiares suele ser una efectiva y cruel herramienta de violencia psíquica “mucho más cuando la víctima está lejos de su lugar de origen”. Véase su libro: Tráfico de personas, ob. cit., Pág. 39 nota 64.

⁴⁵ Maqueda Abreu, ob. cit., Pág. 56.

⁴⁶ Hernández Plascencia, El delito de tráfico de personas, art. cit., Pág. 247.

3.3 El engaño y el fraude

Nos referimos a la denominada trata fraudulenta que implica maquinar un ardid para que la víctima acceda a ser enlistada bajo el convencimiento de que es para una actividad diferente a la que tiene planificada el tratante. Y aquí es donde el engaño, como medio comisivo, puede dar lugar a que la víctima inicie –como apunta Villacampa Estiarte– el denominado “periplo migratorio”. Sostiene esta autora, que el mismo debe ser examinado conforme criterios objetivos, mediante una valoración *ex ante* de los medios utilizados para generar el engaño; así como criterios de carácter subjetivo que atiendan a las circunstancias de la víctima en cada caso concreto. De ahí que el engaño, entre otros casos, pueda referirse: (a) al desplazamiento, tratándose de supuestos de trata internacional; o (b) al tipo de actividad que la persona desarrollará a su llegada al lugar de destino⁴⁷. En suma, dentro de este supuesto cabe el engaño sobre el tipo de actividad a realizar o sobre las condiciones en que se va a desarrollar en su labor.

3.4 El abuso de superioridad

Son aquellos casos en los que existe una relación de desigualdad entre la víctima y el autor del delito, por la que éste último prevalece o se aprovecha, en aras de conseguir sus propósitos. Y comprende situaciones que se originan por motivos diversos: relaciones laborales, docentes, amistades, diferencias de edades, relaciones familiares, temor reverencial, etc. Desde un punto de vista doctrinario se requerirá para su aplicación: (a) que el sujeto activo ocupe una posición de superioridad respecto al sujeto o sujetos pasivos; y (b) se prevalezca de ella para relacionarse –e imponerse– a los últimamente citados⁴⁸.

3.5 La vulnerabilidad de la víctima

Tanto el Protocolo (2000), como la Convención de Varsovia (2005), establecen la “situación de vulnerabilidad de la víctima” como una de las modalidades comisivas de la trata de personas, aunque no la definen expresamente. Esto sí lo realiza la Directiva Europea 2011/36/UE de 5-IV-2011 cuando reza en su art. 5.2: “[e]xiste situación de

⁴⁷ Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit., Pág. 426.

⁴⁸ Orts Berenguer, ob. cit., pág. 220.

vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso". En términos más genéricos, conviene hacer referencia a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de la Personas en Condición de Vulnerabilidad adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia de 4 a 6 de marzo de 2008, en la que se definió este elemento de la siguiente manera –art. 5–: "Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta⁴⁹".

De acuerdo con cierto sector doctrinal, este elemento tiene una importante función "represiva" pues permite por su amplitud atrapar muchas conductas vinculadas a la trata de personas que frecuentemente se observan en la práctica, y que en muchos casos, se no llegan una manifiesta "intimidación" (por ejemplo: la pobreza extrema, la falta de cultura, de educación, etc.)⁵⁰. Más allá de esto, debemos considerar que la vulnerabilidad es un elemento indisoluble de la trata de personas. Por ende, se constituye en un criterio normativo con un claro contenido victimológico, que se muestra importante al efectuar una obligada interpretación de la figura delictiva en estudio. Y de ahí que parezca sumamente oportuna la regulación que se efectúa en el romano XVII de la ley general mexicana así como en la ley especial nicaragüense (núm. 16 del art. 5 de su ley especial)^{51 52}.

⁴⁹ Esta definición es relevante para los efectos que a continuación el mismo párrafo detalla: "(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria). Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito".

⁵⁰ Haraibedian, *Tráfico de personas*, Pág. 43.

⁵¹ Establece el romano XVII de la legislación federal mexicana: "[s]ituación de vulnerabilidad: Condición particular de la víctima derivada de uno o más de las siguientes circunstancias que puedan derivar en que el sujeto pasivo realice la actividad, servicio o labor que se le pida o exija por el sujeto activo del delito: a) Su origen, edad, sexo, condición económica precaria; b) Nivel educativo, falta de oportunidades, embarazo, violencia o discriminación sufridas previas a la trata y delitos relacionados; c) Situación migratoria, trastorno físico o mental o discapacidad; d) Pertener o ser originario de un pueblo o comunidad indígena; e) Ser una persona mayor de sesenta años; f) Cualquier tipo de adicción; g) Una capacidad reducida para formar

Este concepto, que se desarrolló originariamente en los delitos sexuales, se ha extendido a su aplicación a otras figuras delictivas, así permite considerar la *vulnerabilidad ontológica* de las víctimas –niños, niñas y adolescentes, ancianos, personas con trastornos mentales– o la de aquellos que devienen en vulnerables a partir de una determinada interacción con el victimario –*vulnerabilidad relacional sobrevenida*–. En tales casos, se estima que la acción delictiva es mucho más lesiva, y por ello, merece una mayor penalidad. De forma conjunta, se establecen un mayor número de recaudos dentro del proceso penal a fin de evitar en lo posible una nueva re-victimización. En suma, se parte de la ley penal como norma de protección y con una especial significación respecto a las víctimas especialmente vulnerables⁵³.

Así, en clave victimológica, puede distinguirse en una *vulnerabilidad personal* –de naturaleza eminentemente ontológica– y que deriva de factores como la edad, enfermedad o discapacidad–. También se habla de una *vulnerabilidad relacional*, que se desarrolla en alguien que, por sus condiciones personales no lo es, pero es sometida desde una posición asimétrica por otra hasta convertirla en una víctima vulnerable. En otros términos, el sujeto activo se ha valido o servido de una cualidad que le confiere una posición de preeminencia sobre la víctima, convirtiendo a ésta última en especialmente vulnerable.

Por último, conviene hacer referencia a la *vulnerabilidad contextual* que acontece cuando existe un desvalimiento de la víctima a partir de factores situacionales que permiten obtener una mayor facilidad en la ejecución del delito. Dentro de estos elementos se encuentran el lugar, el tiempo, el hábitat familiar o el comunitario. En otras palabras, el contexto ambiental puede provocar una disminución de las capacidades defensivas de las víctimas y, en el caso que nos ocupa, puede facilitar de gran manera, todos los actos que comprende la trata de personas⁵⁴.

juicios por ser una persona menor de edad, o h) Cualquier otra característica que sea aprovechada por el sujeto activo del delito".

⁵² Prescribe como circunstancia agravante en el núm. 16 de la ley especial nicaragüense: “[s]ituación de vulnerabilidad: Es la circunstancia particular de una persona, que determinada por su condición económica, género, edad, sexo, discapacidad, cultura, educación, geográfica, social, humana, violencia, discriminación, situación migratoria, pertenencia a un pueblo originario, credo u otros factores, es susceptible de que un tercero se aproveche con la finalidad de explotarla”.

⁵³ Subijana Zunzunegui, “Las víctimas especialmente vulnerables”, en: Autores varios, El Estatuto de la víctima, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016, Tema 5, Págs. 10 y 11. Sostiene este autor, que desde su introducción en el ámbito de los delitos sexuales, la vulnerabilidad de las víctimas ha generado un debate en dos ámbitos: la delimitación de cuándo una víctima es especialmente vulnerable y merece, por lo tanto, una protección reforzada, y la fijación de pautas axiológicas que eviten el *ne bis in idem* y la consiguiente sobreprotección penal que conlleva la doble valoración de la especial vulnerabilidad.

⁵⁴ Se retoma la clasificación efectuada por Herrera Moreno, quien distingue entre *vulnerabilidad personal, relacional y contextual*, y una cuarta en pleno desarrollo dentro de victimología: la *vulnerabilidad social*. De acuerdo con ella, la *vulnerabilidad personal* se identifica por rasgos psico-biológicos (básicamente, edad, género y enfermedad). La *relacional*

IV. LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN

Desde una perspectiva técnico-jurídica, el delito de trata de personas en su tipicidad subjetiva no comprende solamente el dolo –esto es la conciencia y voluntad de realizar cualquiera de las acciones típicas contempladas en el tipo básico–; sino también, la consecución de una finalidad que trasciende a los comportamientos descritos en la norma y es la explotación de seres humanos. Por ello, se sostiene que nos encontramos ante un “delito mutilado en dos actos”, donde las distintas fases del proceso se encuentran condicionadas a la consecución de un fin que puede ser – conforme lo estipula el protocolo– la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; pero sin que llegue a la efectiva realización de tal fin a efectos de la consumación delictiva.

Como se advierte en dicho instrumento internacional, se trata de un mínimo de posibilidades, que conforme la libertad de configuración legislativa de cada país puede extenderse. Y eso es lo que ha sucedido en la mayor parte de ordenamientos latinoamericanos, en los que las finalidades pueden llegar a constituirse en doce: (a) servidumbre; (b) explotación sexual; (c) explotación sexual comercial en el sector turismo; (d) trabajo forzado; (e) esclavitud; (f) mendicidad forzada; (g) embarazo forzado; (h) matrimonio o unión forzada; (i) adopción fraudulenta; (j) tráfico ilegal de órganos, tejidos, fluidos, células o embriones humanos; (k) experimentación clínica o farmacológica; y (l) comercio de material pornográfico⁵⁵. Empero esta opción de *numerus clausus*, resulta posible efectuar consideraciones generales a todas ellas conforme el interés jurídico preponderante que se pretende proteger, y conforme a esto efectuar un somero comentario.

A. Explotación mediante la prestación de servicios de contenido sexual (la explotación sexual comercial).

hace referencia a un agudo desequilibrio entre víctima y ofensor, marcado por la dinámica morbosa y desintegradora en la que genera la interacción. La *contextual* –que se encuentra en pleno desarrollo científico– pone en evidencia la existencia de figuras de víctimas cuya indefendibilidad específica viene determinada por las especiales características de un concreto hábitat social –barrio, lugar de trabajo, escuela, espacio virtual, etc.–. Y por último, la *vulnerabilidad social* –derivada de la victimología crítica– que plantea la fragilidad de determinados individuos frente a las estructuras socio-económicas. Al respecto: Herrera Moreno “Victimización. Aspectos generales”. En: Baca y otros, Manual de Victimología, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Pág. 82.

⁵⁵ Así, art 10 párrafo segundo de la ley general mexicana; art. 3 de la ley especial salvadoreña; art. 202 ter párrafo último de la legislación especial guatemalteca; art 52 de la ley especial hondureña; art 182 de la ley especial nicaragüense y art 172 de la legislación especial tica.

Son todas aquellas acciones tendientes a inducir u obligar a una persona a realizar actos de tipo sexual o erótico con la finalidad de obtener un beneficio económico o de otro tipo para sí o para tercero. Quedarían aquí comprendidas la prostitución, la pornografía, el turismo sexual, y el comercio de material pornográfico –aunque en este caso se relaciona más el producto de la trata y no respecto de los actos encaminados a su producción–. Ahora bien, por prostitución –como señala MAQUEDA ABREU– cabe comprender en su acepción más genérica, cualquier trato sexual mediante precio. Sin embargo, la norma penal trasciende ese entendimiento, y castiga actos relacionados con la pornografía, en el sentido de captar personas para que participen en su producción; como también, en espectáculos de tal naturaleza, y otras conductas que pudieran relacionarse directamente con la satisfacción del instinto sexual⁵⁶.

En el caso de los menores de edad, no tenemos problema alguno en considerar como trata de personas aquellos supuestos de reclutamiento o captación para la finalidad de explotación sexual, ya que se encuentran en una situación de vulnerabilidad ontológica en razón que no han completado de forma plena su desarrollo físico y mental que conlleva la adultez. Sin embargo, las cuestiones problemáticas se suscitan con el ejercicio voluntario de la prostitución por personas mayores de edad. Esto es cuando existen mujeres nacionales o extranjeras que deciden venir al país a ofrecer servicios sexuales a cambio de una retribución económica como se ha sostenido en páginas anteriores. Repetimos, si en tales casos, no es perceptible ninguna de las modalidades comisivas de captación –coacción, violencia, ardid o encaño, prevalimiento, etc.– el poder punitivo del Estado no podrá aplicarse, so pena de desconocer el ámbito de libre autonomía que la Constitución concede a los ciudadanos.

Siguiendo en este punto a Pereda/Tamarit, debe tenerse un gran cuidado de no confundir la trata de personas con la prostitución, pues ello conlleva un reduccionismo de un fenómeno complejo. Más aún, tratándose de casos en los que las mujeres emigran de otros países conociendo que vienen a ejercer dicho oficio y lo aceptan⁵⁷. Empero, también puede acontecer que las personas consientan en movilizarse a un país a prostituirse; pero fueron engañadas respecto a las condiciones en las que lo harían y más aún, si fue utilizada violencia física o intimidación para lograr tal fin –

⁵⁶ Maqueda Abreu, El tráfico sexual de personas, ob. cit., Pág. 47.

⁵⁷ Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, Victimología teórica y aplicada, Edit. Huygens, Barcelona, 2013, pág. 241.

supuesto de trata de personas-. En última instancia, serán las particularidades del caso las que determinen su solución.

B. Explotación mediante la prestación de servicios laborales (esclavitud, servidumbre, trabajo forzado, matrimonios forzados, mendicidad y adopciones ilegales)

Conforme lo establece el art. 1 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, esta práctica consiste en “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”. De igual, la referida disposición caracteriza a la trata con la finalidad de esclavitud como “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle, todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos. Esta definición resulta extendida conforme con lo establecido en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, en la que se establece la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba y toda aquella práctica: (a) en que a una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, sea prometida o dada en matrimonio o cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, o su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; (b) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; (c) la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; y (d) implique la entrega de un niño o un joven menor de dieciocho años por sus padres, uno de ellos, por su tutor o por otra persona, mediante la recepción de un remuneración o sin ella, con el propósito de que sea explotada laboralmente. Por último, es procedente retomar la definición de trabajo forzado u obligatorio establecida en el art. 2.1 del Convenio 29 de la OIT que la identifica como trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

En un sentido penal, estas instituciones del Derecho internacional suelen equipararse. Pues en la servidumbre se crea una situación de hecho cuya esencia es idéntica a la misma esclavitud, esto es, la reducción de una persona a otra que es sometida a su dominio. De igual forma, la esclavitud –en su significado moderno– se

equipara al trabajo forzado conforme lo establecido en el art. 3 del Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas del trabajo infantil cuando contiene dentro de ellas: "todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados"⁵⁸

Si bien el ejemplo actual de las situaciones de servidumbre, es la que se genera a partir de deudas abusivas que los tratantes imponen a las víctimas por su traslado a otro país y por las que deben prestarles trabajo por un tiempo determinado; también quedan comprendidos los supuestos de aprovechamiento de la fuerza laboral bajo condiciones de trabajo deplorables e inaceptables desde cualquier óptica legal y constitucional, lo que puede implicar situaciones como la restricción de su libertad ambulatoria, extensas y agobiantes jornadas de trabajo, falta de los implementos mínimos de higiene y protección, insalubridad de las instalaciones, así como una disponibilidad absoluta a quienes manifiestan ser sus jefes o patronos sin que puedan tener opción alguna para evadirse de tal situación⁵⁹. Estos supuestos han llevado – conforme lo señala Iglesias Skulj– a distinguir entre dos categorías dentro de este ámbito: (a) el trabajo por obligación o servidumbre donde las víctimas se ven obligadas a trabajar para pagar una deuda o préstamo sobre el cual no hay claridad en las condiciones de cumplimiento; y (b) el trabajo forzoso que ocurre cuando una víctima se ve forzada a trabajar contra su voluntad, en particular bajo condiciones de coacción⁶⁰.

De acuerdo con esta autora suramericana, siguiendo los criterios de un grupo de expertos de la OIT, se han establecido como indicadores para identificar el trabajo forzoso los siguientes: (a) amenazas o daño físico; (b) restricción de movimiento y/o privación de libertad; (c) el trabajo por deudas adquiridas con el trabajador; (d) salarios reducidos excesivamente, respecto de lo pactado previamente; (e) retención de documentación o pasaportes, de manera que el trabajador no se pueda escapar o probar su identidad; y (f) amenaza de denuncia de la irregularidad frente a las autoridades de inmigración⁶¹. Sin embargo, recuerda que la modalidad de trata de

⁵⁸ En este sentido: Hairabedián, Tráfico de personas, ob. cit., Pág. 76.

⁵⁹ *Ibid.*, ob. cit, Págs. 60-61.

⁶⁰ Iglesias Skulj, La trata de mujeres con fines de explotación sexual, Edit. Didot, Buenos Aires, 2013, Págs. 124-125.

⁶¹ Estos indicadores son muy similares a los utilizados en la legislación norteamericana y a los que hace referencia Hairabedián: (a) utilizar la fuerza, amenaza de la fuerza, privación de libertad o su amenaza, sea la víctima u otra persona; (b) lesiones graves o su amenaza a la víctima u otra persona; (c) por el abuso o la amenaza de abuso del derecho; y (d) o por el ardor de

personas con finalidad de explotación laboral, no es más que una sub-especie de la categoría genérica “trabajo forzado”, la cual únicamente va a ser aplicada en aquellos casos en los que las personas han sido reclutadas y transportadas mediante coacción o amenaza, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad o bajo la recepción de pagos para la consecución de tal finalidad⁶².

Variantes singulares tanto del ámbito de la servidumbre como de los trabajos forzados lo constituyen los matrimonios o uniones de hecho forzadas, las adopciones ilegales o fraudulentas y la práctica de la mendicidad. Respecto a los matrimonios o uniones de hecho, se ha afirmado por el grupo de expertos de las Naciones Unidas que estas prácticas constituyen una nueva forma de esclavitud, y aunque si bien no todos los casos constituyen un delito de trata, se trata de una costumbre que sigue culturalmente enraizada en varios países⁶³. Por otra parte, respecto a las adopciones ilegales o fraudulentas, no todas ellas quedarán comprendidas dentro de la trata, pues desde los trabajos preparatorios a la Convención de Palermo, quedarían comprendidas dentro de esta fenomenología delictiva únicamente aquellas adopciones ilegales que implican algún tipo de práctica similar a la esclavitud; es decir, la que implican el empleo de la coacción, el fraude o la coerción e incluso el abuso de una situación de vulnerabilidad. De ahí que, siguiendo a Villacampa Estiarte, quedarían comprendidas restrictivamente aquellas adopciones producidas con la finalidad de explotar a los menores, bien que se dediquen a la práctica de la mendicidad o para que se dediquen a determinadas actividades criminales –v. gr. el tráfico de drogas–, e incluso para obligarlos a prestar otro tipo de actividades laborales o servicios sexuales⁶⁴.

hacerle creer a la persona que si no presta tal trabajo o servicio, ésta u otra, podría sufrir serias lesiones o privación de libertad. ob. cit, Págs. 60-61.

⁶² Iglesias Skulj, ob. cit, Págs. 60-61.

⁶³ Iglesias Skulj, La trata de mujeres con fines de explotación sexual, ob. cit., Pág. 119. Sin embargo, como apunta Pérez Cepeda, es posible encontrar un *modus operandi* criminal que trascienda los factores etnológicos o culturales. Así, es conocida la práctica por parte de los tratantes de confeccionar catálogos de mujeres, en las que se incluyen candidatas por voluntad propia, o bien por parte de los propios familiares, para que sujetos que viven en países del primer mundo elijan a una de ellas para casarse. El traficante actúa como intermediario entre las partes, pagando o prometiendo una cantidad de dinero a su familia cuando se celebre el matrimonio forzado. Una vez en el país de destino, a las mujeres se les somete a explotación, a intimidación y aislamiento. De hecho, sostiene esta autora, una vez casadas son obligadas a trabajar sin remuneración, a procrear, sufriendo todo tipo de maltrato psíquico y moral para satisfacer a su marido. Véase su obra: Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal, ob. cit., Pág. 40.

⁶⁴ Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit. Págs. 80-81. Sostiene con mucho acierto esta distinguida jurista que las adopciones ilegales no son propiamente una forma de trata a singularizar porque persigan una finalidad de explotación. Constituyen así, más que una forma de trata, un mecanismo de adquisición de menores a los que explotar, ya haciéndoles realizar actividades laborales o asimiladas, ya forzándolos a la prestación de servicios de carácter sexual, y ello pese al interés doctrinal que este tipo de práctica haya podido despertar.

Y en cuanto a la práctica de la mendicidad, nos encontramos ante una variante del trabajo forzado, siempre y cuando se recurra al desplazamiento de menores de edad, personas incapaces o de la tercera edad que se les obliga a mendigar bajo un ejercicio directo de violencia física, intimidación o engaño. De ahí que se aluda en este supuesto a la práctica forzada de la mendicidad como lo verdaderamente punible.

C. Explotación fisiológica de las víctimas (tráfico ilegal de órganos, tejidos, fluidos, células o embriones humanos y utilización de seres humanos en la experimentación clínica y farmacológica).

El supuesto de extracción de órganos aparece claramente establecido en el art. 3 del Protocolo, así como en el art. 4. a) de la Convención de Varsovia (2005) y en el art. 2. 3. de la Directiva 2011/36/UE, no así el de experimentación clínica o farmacológica que es una modalidad adicionada en diversas legislaciones. La primera consistiría en "obtener, extraer, implantar, transportar, comerciar, poseer o tener de manera ilícita órganos, tejidos, fluidos, células germinativas o embriones". Y la segunda en "la realización a cualquier persona, sin su consentimiento, de pruebas médicas o experimentación con ella de fármacos o medicamentos, en beneficio del tratante o de un tercero".

Se trata de supuestos sumamente novedosos y quizás con contados casos conocidos a nivel internacional. Sin embargo, resulta adecuado que los legisladores de nuestros países se adelanten a su regulación, teniendo en cuenta los incesantes avances que existen en las prácticas médicas en la actualidad. Y en particular, de que nos encontramos ante un mercado de tráfico de órganos, que requiere de personas que bajo fuerza física, intimidación o engaño suelen convertirse en donantes "voluntarios". A ello hace referencia la Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplante que exhorta a los países a prohibir y criminalizar tanto el tráfico de órganos como la trata de personas encaminada a la extracción de órganos (principio tercero).

Debe ser descartado dentro de este supuesto la cesión de órganos con fines altruistas y cuya finalidad sea mejorar la salud del receptor del mismo, como también los actos considerados estrictamente de tráfico de órganos, quedando únicamente comprendidos dentro del tipo penal, las actividades que realizan ciertos grupos

criminales encaminadas a la captación o reclutamiento de personas dispuestas a vender sus órganos o cualquier otro elemento comprendido dentro de la enumeración efectuada por la disposición legal. Así, este tipo de organizaciones pueden utilizar el rapto o la privación de libertad de víctimas para lograr de forma posterior la extracción; pero también, cabe la entrega de dinero u otro beneficio para convencerla de que se le practique una intervención quirúrgica que consiga tal elemento, y posteriormente, no reciba el donante gratificación alguna por ello⁶⁵.

V. LA IRRELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

El art. 40 de la ley general mexicana establece: "...[e]l consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de los delitos previstos en esta Ley no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal"⁶⁶. Como puede verse, este precepto, van más allá de lo que establece el Protocolo de la materia, el cual efectúa dos distinciones: (a) la irrelevancia del consentimiento cuando se haya hecho uso de cualquiera de los medios comisivos establecidos en la letra a) del art. 3; y (b) es irrelevante la anuencia de los menores de edad aun y cuando no se hubieran utilizado.

Dejando el caso de los menores de edad –cuya justificación deviene en el progresivo desarrollo de sus capacidades de discernimiento y comprensión– la situación problemática radica en las víctimas adultas de quienes pueda discutirse judicialmente su libertad de elección o la vulneración de libre autonomía de voluntad. Desde esta óptica, el precepto establecido en la ley especial se queda corto, y –se

⁶⁵ Al respecto: Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit., Pág. 80. Por otra parte, conviene tener que la Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplante (actualizada en el año 2018) define a la *trata de personas con fines de extracción de órganos* –en consonancia con el Protocolo anexo a la Convención de Palermo– como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con el objetivo de la extracción de órganos. Dicha figura se distingue del *tráfico de órganos* que comprende: (a) la extracción de órganos de donantes vivos o fallecidos sin consentimiento válido o autorización o a cambio de una beneficio económico o ventaja comparable para el donante y/o a una tercera parte; (b) el transporte, la manipulación, el trasplante o cualquier otro uso de dichos órganos; (c) el ofrecimiento de una ventaja indebida o so solicitud por parte de un profesional sanitario, funcionario público o empleado del sector privado para facilitar o realizar dicha extracción o uso; (d) la propuesta o captación de donantes o receptores, cuando se efectúa para obtener un beneficio económico o ventaja comparable; o (e) la tentativa de cometer, o la ayuda o la inducción a la comisión de cualquiera de estos actos.

⁶⁶ Del mismo modo, el art. 57 del estatuto especial salvadoreño preceptúa que "[e]l consentimiento dado por la víctima, independientemente de su edad, no podrá ser valorado en ningún caso ni instancia, sea esta administrativa o judicial, como causa excluyente o atenuante de la responsabilidad penal". En igual sentido, el párrafo 2° del art. 202 ter de Guatemala, el párrafo último del art. 52 de la ley especial de Honduras y el art. 182 de Nicaragua.

repite nuevamente– requerirá una interpretación sistemática con los medios comisivos establecidos *supra* relacionados.

Es preciso señalar entonces, que si bien no se reconoce un derecho fundamental “a ser explotado” –mucho más tratándose de un bien jurídico que contiene además de connotaciones personales otras de carácter supra-individual– sí se exige del órgano persecutor, demostrar probatoriamente que ese consentimiento es inexistente o se encuentra viciado por la aplicación de cualquiera de los medios comisivos anteriormente señalados. De no ser así, faltaría un extremo esencial que requiere la imputación de esta figura típica. Como apuntan ciertas posiciones doctrinarias: *es el empleo de los referidos medios los que convierten en inválido el consentimiento*⁶⁷.

Esclarecedor es el ejemplo que presenta Pérez Cepeda: si el inmigrante consiente o desea dedicarse en el país de destino a la prestación de servicios sexuales, en principio no va a existir explotación sexual. Para que exista explotación sexual, es necesario que la víctima sea constreñida o determinada mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima. Es entonces, el empleo de estos medios lo que hace que el consentimiento sea ineficaz⁶⁸. Por ello, hubiera resultado adecuado utilizar una fórmula normativa como la inserta en el art. 153.4 del Código penal peruano que reza: “[e]l consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1” –v. *gr.* violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad–.

VI. LA NO PUNIBILIDAD DE LA VÍCTIMA

Tanto el art. 37 de la ley general mexicana, como el art. 58 de la ley especial salvadoreña, contienen un precepto altamente discutido, y es el relativo a la no punibilidad de los hechos delictivos o infracciones administrativas cometidos por las víctimas directas de la trata de persona, siempre y cuando estos sean consecuencia o resultado de su proceso de victimización⁶⁹. Disposición de esta naturaleza no se

⁶⁷ Villacampa Estiarte, El delito de trata de seres humanos, ob. cit., Pág. 40. En similar sentido, Hernández Plascencia, El delito de tráfico de personas para su explotación sexual, art. cit., Pág. 245.

⁶⁸ Pérez Cepeda, Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal, citado, Pág. 205.

⁶⁹ La redacción del ordenamiento salvadoreño, es muy similar a la que establecen los arts. 47 de la ley especial hondureña y el art 70 de la ley especial tica. Este último prescribe: “[l]as víctimas del delito de trata de personas no son punibles penal o administrativamente por la comisión de faltas o delitos, cuando estos se hayan cometido durante la ejecución del delito de trata de personas y a consecuencia de esta, sin perjuicio de las acciones legales que el agraviado pueda ejercer contra el autor o los autores del hecho”.

encuentra en el Protocolo de la materia; pero si en el art. 26 del Convenio de Varsovia, que establece la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello –pero siempre y cuando sea acorde con los principios fundamentales de su sistema jurídico–. Y también, en el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE que estipula la adopción de las medidas necesarias por los Estados miembros a fin de que sus autoridades: “puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en su art. 2”.

En el Derecho comparado, es factible encontrar preceptos similares, tales como el art. 5 de la Ley 26.364 argentina –que modificó la Ley 26.842 la normativa especial– que establece: “... [[l]as víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

Su naturaleza dogmática resulta discutible pues, aunque pudiera entenderse como una excusa absolutoria de carácter netamente personal, se trata de una regulación que tiene como base una situación de inexigibilidad; y por ende, de inculpabilidad. De ahí que su ámbito de aplicación sea respecto a personas que puedan encontrarse en la doble condición de víctimas y delincuentes conforme la presión que pueda ser ejercida sobre ellos por miembros de un grupo criminal –v. gr. son víctimas que obligadas al reclutamiento de otras víctimas de su grupo familiar o vecinal o al cometimiento de ciertos delitos como la posesión o tenencia de documentación de identidad falsificados– y que en caso que no realicen las acciones mandatadas, sufrirán represalias contra su integridad personal o a terceros. En este sentido, me parece acertada la regulación que efectúa la ley general mexicana cuando estipula en su artículo 37, que no “se procederá en contra de la víctima de los delitos previstos en esta Ley por delitos que hubiesen cometido mientras estuvieran sujetas al control o

amenaza de sus victimarios, cuando no les sea exigible otra conducta". En suma, estamos en presencia de una situación de inculpabilidad⁷⁰.

En todo caso, y tomando en cuenta la advertencia que realiza Hairabedián, resultará nocivo al interés de una persecución efectiva de este horrendo crimen, que pueda serle aplicada tal exención a personas que cometen graves hechos punibles y, posteriormente, quieran buscar su impunidad haciéndose pasar por víctimas. Más aún, cuando de forma posterior se incorporen como miembros, dirigentes o líderes de un grupo u organización criminal que se dedique a la trata. En tales casos, se impone efectuar una necesaria ponderación entre la gravedad de las conductas cometidas por la víctima y que tanta instrumentalización pudo haber sufrido por parte de los autores del delito, lo que puede concluir en la no aplicación de una exención plena sino de una simple atenuación de la pena aplicable⁷¹.

Por estos problemas, me parece más adecuada la regulación española contemplada en el actual art. 177 bis número 11 de su Código Penal, que establece: "[s]in perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, siempre que su situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado".

⁷⁰ En igual sentido: Tamarit Sumalla, "Las víctimas de delincuencia organizada", en: Villacampa Estiarte (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2013, Pág. 176.

⁷¹ Hairabedián, *Tráfico de personas*, ob. cit., Pág. 92.

BIBLIOGRAFÍA

- Autores varios, *Manual de Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Autores varios, *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006.
- Autores varios, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 1º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Berdugo Gómez de la Torre y otros, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2º Edición, Edit. La Ley, 1999.
- Daunis Rodríguez, *El delito de trata de seres humanos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Eloísa Castro, *Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2013.
- Flores Romero, *Trata de personas*, Edit. Lerner, Córdoba, 2000.
- Gil Gil y otros, *Sistema de responsabilidad penal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2017.
- Hairabedian, *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el Derecho penal argentino e internacional*, Edit. Ad hoc, 2º edición, Buenos Aires, 2003.
- Hernández Plascencia, "El delito de tráfico de personas para su explotación sexual", en: Lorenzo Copello (Coord.), *Inmigración y Derecho penal, bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Herrera Moreno, "Victimación. Aspectos generales". En: BACA y otros, *Manual de Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Iglesias Skulj, *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Edit. Didot, Buenos Aires, 2013.
- Kohen/Ariza Navarrete (Coords.) *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, 2013.
- Laurenzo Copello (Coord.) *Inmigración y Derecho penal, bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Luciani, *Criminalidad organizada y trata de personas*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2011.
- Martínez Osorio, *El delito de trata de personas. Aspectos criminológicos y legales*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2008.
- Maqueda Abreu, *El tráfico sexual de personas*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, *Víctimología teórica y aplicada*, Edit. Huygens, Barcelona, 2013.

Pérez Alonso, "La trata de seres humanos en el Derecho penal español", en: Villacampa Estiarte, *La delincuencia organizada: un reto de política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2013.

Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2004.

Roxin, *Derecho penal, parte general*, tomo I, Fundamentos, Edit. Civitas, Madrid, 1997.

Sainz Cantero Caparrós, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, Barcelona, 2002.

Storini, "La trata de personas como problema de violación de los Derechos humanos una visión desde el Derecho comparado", en: A.A.V.V., *Prostitución y trata, marco jurídico y régimen de derechos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Subijana Zunzunegui, "Las víctimas especialmente vulnerables", en: A.A.V.V., *El Estatuto de la víctima*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016.

Tamarit Sumalla "Las víctimas de delincuencia organizada", en: Villacampa Estiarte (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2013.

Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Edit. Ibañez, Bogotá, 2006.

UNDOC/UN.GIFT, *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, módulo 1, Nueva York, 2010.

Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001.

Villacampa Estiarte, "Víctimas de la trata de seres humanos. Su tutela a la luz de las últimas reformas penales, sustantivas y procesales proyectadas", *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, Barcelona, 2014.

Vives Antón y otros, *Derecho penal, parte especial*, 2º Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.