

El medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas. Especial referencia al derecho español

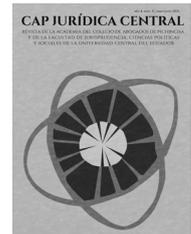
*The media comisive «abuse of a situation of vulnerability» in the crime of human trafficking.
Special reference to criminal law in Spain*

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Universidad de Deusto (España)

demelsa.benito@deusto.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8836-5930>



Recibido:
13/11/2020

Aceptado:
20/12/2020

Resumen

Este artículo analiza uno de los medios comisivos que definen el delito de trata de personas en la normativa supranacional: el abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima. Esta expresión, no exenta de polémica, se incluyó inicialmente en la definición del Protocolo de Palermo contra la trata de personas para facilitar la ratificación de dicho instrumento por parte de países con posiciones jurídicas muy diversas en torno al ejercicio de la prostitución. Una interpretación amplia de dicha expresión supondría una notable extensión del ámbito de lo punible, por lo que aquí se propone una interpretación restrictiva que equipare este medio comisivo con los medios violentos o fraudulentos en los que no se duda de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima.

Palabras clave

Abuso de situación de vulnerabilidad, código penal español, consentimiento, trata abusiva, trata de personas.

Abstract

This paper analyses one of the means to carry out the conduct of human trafficking as provided by the international legal documents: the abuse of a position of vulnerability of the victim. This controversial expression was initially included in the definition of the crime of the Palermo Protocol against human trafficking to facilitate the ratification of the Protocol by countries with very different legal positions regarding the exercise of prostitution. A broad interpretation of this expression would entail a notable extension of punishable conducts. This is why this paper proposes a restrictive interpretation that equates this means

with violent or fraudulent means in which there is no doubt about the absence of consent of the victim.

Keywords

Abuse of a position of vulnerability, Spanish criminal code, consent, abusive human trafficking, trafficking in persons

Introducción

Este artículo analiza uno de los medios comisivos que definen el delito de trata de seres humanos en los instrumentos supranacionales en la materia y en el Código Penal español,¹ a saber, el «abuso de una situación de vulnerabilidad» en la que se encuentra la víctima. Este medio comisivo se equipara a otros como la violencia, la intimidación o el engaño, pero ha despertado mayor polémica que los anteriores, en los que no cabe duda de que la víctima no da su consentimiento a ser tratada, esto es, captada, trasladada, intercambiada, etc. La expresión aquí objeto de estudio es difícil de interpretar, razón por la cual los instrumentos legales de referencia en esta materia han intentado definirla, aunque sin mucho éxito. Tanto la Guía legislativa del Protocolo de Palermo, como el Informe explicativo del Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE optan por definiciones redundantes que no arrojan mucha luz al respecto. Ésta es la razón por la cual se han elaborado otros documentos, no legalmente vinculantes, que tratan de apoyar a los Estados en la labor de interpretación de la referida expresión por parte de sus jueces y tribunales.

El documento de Naciones Unidas del año 2013 titulado *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, es el que representa el mayor avance en lo que a

la definición del medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» respecta. También quienes han estudiado la materia se han pronunciado sobre la interpretación de la referida expresión. Aun así, sigue siendo complejo su entendimiento, como lo prueba, para el caso español, el hecho de que la jurisprudencia apenas se refiera a este medio comisivo en sus sentencias sobre el delito de trata de personas.

Este trabajo se estructura del siguiente modo. En el epígrafe 2 se aborda el concepto de trata de personas a la luz de la normativa supranacional de referencia, y en el epígrafe 3 se analiza la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» de la víctima de acuerdo con la referida normativa. El epígrafe 4 se dedica al estudio de esta expresión en el derecho español, fundamentalmente a través de un análisis jurisprudencial. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones con una propuesta de interpretación de la expresión aquí objeto de análisis.

El concepto de *trata de personas* en la normativa supranacional y su traslación al Código Penal español

El concepto de trata de seres humanos ha ido evolucionando a lo largo de la historia. En su origen, este fenómeno se vinculó con la esclavitud y la trata de esclavos. Tras la abolición oficial de estas prácticas, el concepto de trata comenzó a relacionarse con la

1 Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021 (Referencia RTI2018-095155-A-C22), así como del proyecto de investigación «Alternativas de justicia social ante el derecho penal de exclusión», financiado por Aristos Campus Mundus para los años 2019-2020 (Resolución ACM/R/2019, de 29 de marzo de 2019).

trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Ya en el nuevo milenio, con la adopción del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*,² que complementa a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo), emerge el significado contemporáneo de la trata, entendiéndose como un fenómeno multidisciplinar que puede afectar tanto a mujeres como a hombres, mayores y menores de edad, y que puede tener como finalidad cualquier forma de explotación de las personas, no únicamente la explotación sexual.

En el ámbito internacional, el artículo 3 del Protocolo de Palermo define la trata de personas como:

[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

El mismo precepto matiza que la explotación incluirá, como mínimo, «la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos». Asimismo, se realizan otras dos precisiones más. Por un lado, el precepto determina que el consentimiento dado por la

víctima de la trata no se tendrá en consideración cuando se haya recurrido a alguno de los medios comisivos. Por otro lado, señala que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de una persona menor de dieciocho años con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se emplee alguno de los medios referidos, en tanto que se entiende que los menores de edad son *per se* vulnerables.³

El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, adoptado bajo los auspicios del Consejo de Europa en 2005⁴ (en adelante, Convenio de Varsovia), define la trata de seres humanos en su artículo 4 de manera muy similar al instrumento de Naciones Unidas:

[E]l reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación y la explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos.

En la Unión Europea, el primer instrumento vinculante en la materia fue la Decisión Marco 2002/629/JAI,⁵ hoy reemplazada por la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos

2 Naciones Unidas, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

3 López Rodríguez, J. y Benito Sánchez, D., «El fenómeno de la trata de menores de edad en los instrumentos jurídicos internacionales: avances y retos pendientes», en *iQual: revista de género e igualdad*, n.º 2, 2019, *passim*; Mier Hernández, A. y Rodríguez-Argüelles, S., «La trata de niños y niñas: estado de la situación actual», en *Nova et Vetera*, vol. 20, n.º 64, 2011, *passim*.

4 Consejo de Europa, Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005. Entró en vigor el 1 de febrero de 2008.

5 Unión Europea, Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, DOUE L 203, de 1 de agosto de 2002 (derogada).

y a la protección de las víctimas,⁶ en cuyo artículo 2 se ofrece también una definición similar a las anteriores:

[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

Asimismo, a los efectos de la Directiva, «la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos» (artículo 2.3). A este respecto, resulta oportuno señalar que en la exposición de motivos se mencionan otras formas de explotación como la adopción ilegal y los matrimonios forzados (considerando II).

Tomando como referencia estas definiciones, se puede colegir que la trata de seres humanos se compone de tres elementos principales, a saber: la conducta realizada, los medios empleados y la finalidad perseguida, como se puede observar en la tabla. A modo de excepción, la trata de menores de

edad, según lo indicado, solamente se define por dos de estos elementos: la conducta y la finalidad (ver Tabla 1).

En primer lugar, la conducta comprende las actividades de captación, transporte, traslado, recogida y recepción de la víctima, así como la transferencia de control sobre la misma. En esencia, la conducta describe la trata de personas como un proceso en el que la víctima siempre está controlada por el tratante.⁷

En segundo lugar, la trata de personas mayores de edad requiere el empleo de determinados medios comisivos, y así se puede distinguir entre modalidades de trata violenta (violencia, intimidación, coerción), fraudulentas (engaño) o abusivas (abuso de una situación de poder o de vulnerabilidad). Lo que tienen en común estos medios comisivos es que anulan la voluntad de la víctima, de modo que incluso un posible consentimiento estaría viciado y no sería válido.⁸ El consentimiento se configura así como eje central del delito de trata de personas y permite distinguirlo de otras modalidades delictivas como el tráfico de migrantes.⁹

En tercer lugar, para calificar una conducta como trata de personas, se necesita que en el autor esté presente un determinado propósito o finalidad, a saber, la explotación de la víctima. Las modalidades de explotación son varias, y de acuerdo con la normativa supranacional de referencia, el término explotación debe interpretarse en sentido amplio.¹⁰ Pre-

6 Unión Europea, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOUE L 101, de 15 de abril de 2011.

7 Lloria García, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 377; Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 1253.

8 Moya Guillem, C., «Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales», en *Política criminal*, vol. 11, N.º 22, 2016, p. 536; Sánchez Domingo, M. B. «Trata de seres humanos y trabajos forzados», en *Revista Penal*, N.º 45, 2020, pp. 185-186.

9 Lloria García, P., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 386.

10 Benito Sánchez, D., López Belloso, M. y López Rodríguez, J., «El delito de trata de seres humanos en los tribunales de justicia de la Comunidad Autónoma Vasca», en *IgualdadES*, N.º 2, 2020, p. 71.

Tabla I. Elementos de la definición de trata de seres humanos en la legislación supranacional

	PROTOCOLO DE PALERMO	CONVENIO DE VARSOVIA	DIRECTIVA UE
	ART. 3	ART. 4	ART. 2
Conductas	Captación, transporte, traslado, acogida, recepción de personas	=	= intercambio o la transferencia de control sobre estas personas.
Medios	Amenaza, uso de fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.	=	=
Finalidades	Como mínimo, explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.	=	= mendicidad, explotación para realizar actividades delictivas .

cisamente, los textos citados recurren a listas abiertas en las que enumeran solo las formas más graves de explotación, pudiendo los Estados incorporar otras a sus ordenamientos jurídicos.¹¹ En la legislación española, por el contrario, el artículo 177 bis del Código Penal, que tipifica el delito de trata de personas, incluye una lista cerrada de modalidades de explotación. Los documentos supranacionales se refieren, por ejemplo, a la explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas, los trabajos forzados, la mendicidad, la extracción de órganos, la explotación en la realización de actividades delictivas o el matrimonio forzado. La finalidad siempre debe estar presente en el dolo del autor, aunque no llegue realmente a materializarse.¹² Si efectivamente tiene lugar la

explotación de la víctima, procederá el castigo por el correspondiente concurso entre el delito de trata de personas y el delito que constituya la propia explotación (ej. delito de ejercicio coactivo de la prostitución o delito de matrimonio forzado).¹³

En el Código Penal español, el delito de trata de personas no se incorporó de manera autónoma hasta el año 2010. Fue la Ley Orgánica 5/2010¹⁴ la encargada de tipificar este delito de manera similar a como lo indica la normativa supranacional de referencia. Con anterioridad, el texto punitivo español albergaba algunas conductas de trata de personas, pero exclusivamente vinculadas al tráfico ilícito de migrantes y a la explotación sexual. El precepto que se incorporó en el año 2010

11 Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2007, p. xii.

12 Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud...», *op. cit.*, p. 1253; Monge Fernández, A., «Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121, 2017, pp. 112 y 122; Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 185; Vázquez Iruzubietta, C., *Comentarios al Código Penal (actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 437.

13 Benito Sánchez, D., López Belloso, M. y López Rodríguez, J., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 85; Caño Panos, M. A., «Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado, y los de trata de seres humanos», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, p. 426; Guisasaola Lerma, C., «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 197.

14 España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

fue modificado poco tiempo después. La Ley Orgánica 1/2015¹⁵ dio así cumplimiento a la Directiva 2011/36/UE e introdujo mejoras técnicas en la redacción del precepto,¹⁶ el artículo 177 bis, cuya redacción actual es la siguiente:

Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acoger, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

La expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en los instrumentos supranacionales contra la trata de personas

Los tres instrumentos supranacionales contra la trata de personas mencionan el abuso de una situación de vulnerabilidad como uno de los medios comisivos del delito, dando lugar a lo que se denomina la *trata abusiva*. Bien

en el articulado de cada instrumento, bien en sus documentos interpretativos, se ofrece una definición de la referida expresión. La sola existencia de este tipo de aclaraciones respecto de la expresión objeto de estudio es una clara muestra de la complejidad existente en torno a la misma. El Protocolo de Palermo no contiene en su articulado una interpretación auténtica de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad», aunque sí se abordó el tema en los *travaux préparatoires* y en las notas interpretativas, y así lo recogió posteriormente la Guía legislativa del Protocolo. Según dicha Guía, por tal se ha de entender «toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata». ¹⁷ Como se observa, es una definición redundante y que aporta poca luz sobre el significado de la expresión. Además, la definición no se refiere propiamente al medio comisivo, el *abuso*, sino que se limita a la situación de vulnerabilidad.

En el ámbito de la Unión Europea, la ya mencionada Decisión Marco 2002/629/JAI, antecedente de la Directiva 2011/36/UE, ofrecía una definición similar en su art. 1.c), que es la que toma el art. 2.2 de la Directiva 2011/36/UE: «Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso». Como se puede observar, la definición es casi idéntica a la de Naciones Unidas, aunque hay una notable diferencia: la conjunción utilizada en la ex-

15 España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo 2015.

16 Caño Panos, M. A., «Los delitos de violencia doméstica...», *op. cit.*, p. 423; Gómez López, M. A. y Muñoz Sánchez, E., «Algunas cuestiones...», *op. cit.*, p. 227; Guisasaola Lerma, C., «Formas contemporáneas...», *op. cit.*, p. 189; Lloria García, P., «El delito de trata ...», *op. cit.*, p. 363; Monge Fernández, A., «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, p. 103; Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 177; Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español tras la reforma de 2015», en Pérez Alonso, E. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 451.

17 Naciones Unidas, *Guía legislativa para la aplicación del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, Nueva York, UNODC, 2004, p. 271.

presión «alternativa real o aceptable», que indica que bastaría con que se diera uno de los elementos, mientras que en la definición de la Guía legislativa del Protocolo de Palermo, la conjunción empleada («ni») indica que deben satisfacerse los dos elementos.¹⁸ La definición de la Directiva tampoco es particularmente aclaratoria, y adolece del mismo defecto que la contenida en la Guía legislativa del Protocolo de Palermo: ignora que lo determinante para la constatación de un delito de trata de seres humanos no es la situación de vulnerabilidad en la que se encuentre una persona, sino el abuso o aprovechamiento de dicha situación por parte del autor. Por otro lado, en los considerandos de la Directiva se mencionan factores que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar la vulnerabilidad, como el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad, y en todo caso, la minoría de edad, debiendo entenderse que los menores son siempre «personas especialmente vulnerables» (considerando N.º 12). Los considerandos de la Directiva no hacen referencia explícita, sin embargo, a la necesidad económica en la que puede encontrarse una persona.

El Convenio del Consejo de Europa no ofrece una definición de la expresión objeto de estudio en su articulado, pero sí lo hace su *Explanatory report*, según el cual hay abuso de una situación de vulnerabilidad cuando la persona implicada no tiene alternativa real y aceptable que someter a abuso.¹⁹ Precisamente, el Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa es el único documento

supranacional que entra un poco más en la definición de la expresión aquí objeto de análisis. El mismo concreta que la vulnerabilidad puede ser de cualquier clase, a saber, «física, psicológica, emocional, relacionada con la familia, social o económica». Se incluye, a modo de ejemplo, «la inseguridad o legalidad del estatus administrativo de la víctima, la dependencia económica y la salud débil»,²⁰ es decir, «cualquier estado de adversidad en el que un ser humano es obligado a aceptar su explotación».²¹ Seguidamente se menciona, como medio comisivo del delito de trata de personas, «el abuso de la inseguridad económica o pobreza de un adulto que espera mejorar su suerte y la de su familia».²² En todo caso, como puede apreciarse, también este instrumento olvida que lo relevante del medio comisivo es el *abuso* de la situación y no la situación en sí misma.

En definitiva, las definiciones que aporta la normativa supranacional distan de ser clarificadoras. De hecho, no son más que una simple redundancia. No es por eso de extrañar que se haya seguido indagando sobre la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad». En concreto, Naciones Unidas, tiempo después de la adopción del Protocolo de Palermo, elaboró toda una serie de documentos que pretenden ayudar a precisar el significado de la expresión.²³ Los primeros documentos se centraron únicamente en el análisis del concepto de «vulnerabilidad» pero no en la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad», como medio comisivo del delito de trata de personas. Es decir,

18 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2013, p. 18.

19 Consejo de Europa. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Being*, Varsovia, 2005, párr. 83.

20 Consejo de Europa, *Explanatory report...*, *op. cit.*, párr. 83.

21 *Ibid.*, párr. 83.

22 *Ibid.*, párr. 84.

23 Entre ellos, Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC; Naciones Unidas, *An Introduction to human trafficking: Vulnerability, impact and action*, Nueva York, UNODC, 2008; Naciones Unidas, *Manual sobre*

prestaron atención a la vulnerabilidad como susceptibilidad a la trata, olvidándose de que para que se determine la existencia de este delito no solo es necesario que exista una persona en una situación de vulnerabilidad, sino que, además, el autor debe conocerlo y aprovecharse de ello para proceder a su captación, transporte, traslado, etc.²⁴

El concepto de vulnerabilidad es ciertamente complejo. Se usa con habitualidad en multitud de contextos, cada día más,²⁵ pero su significado no está claro. Lo paradójico del término radica en que es universal y particular a la vez.²⁶ Todas las personas somos vulnerables ante determinadas circunstancias adversas, pero evidentemente unas personas son más vulnerables que otras.²⁷ En su faceta universal, la centralidad del término en la mayoría de las definiciones gira en torno al daño y al sufrimiento, y en su faceta individual, dependiendo de las relaciones económicas e institucionales de cada individuo, cada uno experimenta

una vulnerabilidad única.²⁸ Tradicionalmente, se han entendido que la vulnerabilidad tiene dos dimensiones: una externa, referente a la exposición al riesgo, y una interna, referente a la capacidad para hacer frente a dicho riesgo.²⁹ Es precisamente en torno a la capacidad de respuesta al riesgo o de gestión que gira la concepción clásica de la vulnerabilidad y que seguro ha influido en la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en los documentos internacionales en materia de trata de personas.

En este ámbito concreto, la vulnerabilidad aparece definida en el documento de Naciones Unidas *An introduction to human trafficking: Vulnerability, impact and action* (2008) como esa «condición que resulta de la forma en que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades».³⁰

la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, Nueva York, UNODC, 2010; Naciones Unidas, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2010; Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2013.

24 Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2014, p. 151.

25 Morondo Taramundi pone de manifiesto el uso creciente de este término, al igual que el de «grupos vulnerables», por ejemplo, en las políticas de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Morondo Taramundi, D., «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad como condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, p. 206.

26 Peroni, L. y Timmer, A., «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», en *International journal of constitutional law*, vol. 11, N.º 4, 2013, p. 1058.

27 Naciones Unidas, *Informe sobre desarrollo humano 2014, Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, PNUD, 2014, p. 21.

28 Peroni, L. y Timmer, A., «Vulnerable groups...», *op. cit.*, p. 1059.

29 Churruca Muguruza, C., «Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria», en Barranco Avilés, M. C. y Churruca Muguruza, C. (ed.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 47. En esta concepción se ha puesto el foco en los «grupos vulnerables», entendiendo la vulnerabilidad como una característica de esos grupos, lo que ha traído consigo estereotipos y estigmas (Morondo Taramundi, D., «¿Un nuevo paradigma...?», *op. cit.*, p. 210; Peroni, L. «Violence against migrant women: The Istanbul convention through a postcolonial feminist lens», en *Feminist legal studies*, N.º 24, 2016, p. 54). En contraposición, han aparecido otras teorías que tratan de contrarrestar esos efectos, como la liderada por Fineman, quien considera la vulnerabilidad como una característica universal, duradera e inherente a la condición humana (Fineman, M. A., «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, N.º 20-1, 2008, p. 8). Desde esta perspectiva, se pretende conceptualizar la vulnerabilidad de manera positiva, eliminando la estigmatización referida (La Spina, E., «Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, p. 183).

30 Naciones Unidas, *An introduction to human trafficking...*, *op. cit.*, p. 24.

La vulnerabilidad, por lo tanto, se refiere a la condición de una persona en un contexto determinado, por lo que no es un concepto estático, sino dinámico, dependiente del contexto y de la capacidad de respuesta del individuo en cuestión.³¹

Los factores que determinan la vulnerabilidad de una persona pueden ser varios y de índole diversa. Las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*³² ofrecen un listado abierto de causas de la vulnerabilidad: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.³³ En el ámbito concreto de la trata de seres humanos, el *Manual para la lucha contra la trata de personas de Naciones Unidas* (2007) menciona como causas de la misma las dificultades económicas, los conflictos, la delincuencia, la violencia social y los desastres naturales, entre otros, a la vez que señala otros factores que pueden favorecer la trata como las fronteras permeables, los funcionarios públicos corruptos, la participación de redes de delincuencia organizada transnacional o la limitada capacidad o voluntad de los órganos de inmigración en la aplicación de la ley para controlar fronteras.³⁴ El ya mencionado documento *An introduction to human trafficking: Vulnerability, impact and action* enumera los siguientes factores de vulnerabilidad a la trata, muy similares a los de las Reglas de Brasilia: la minoría de edad, el género, la pobreza, la exclusión social y cultural, el acceso limitado a la educación, la inestabilidad política así como

la guerra y otros conflictos, el contexto social, cultural y legal (se incluyen aquí las prácticas de discriminación laboral, estructuras sociales patriarcales, el rol de la mujer en la familia, el matrimonio forzado y los antecedentes de prácticas de servidumbre), el movimiento (se refiere a refugiados, desplazados internos y solicitantes de asilo) y la demanda de trabajos a bajo precio, que suele acontecer más en el mundo industrializado que en los países en desarrollo, pues los primeros demandan mano de obra barata en la construcción, agricultura o servicio doméstico.³⁵

Los factores de la vulnerabilidad parecen estar claros, por lo que ahora corresponde entrar al análisis de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad». En el año 2010, Naciones Unidas aprobó una *Ley modelo contra la trata de personas*³⁶ con el objetivo de ayudar a los Estados parte en el Protocolo de Palermo a implementarlo en sus legislaciones nacionales. La Ley modelo ofrece dos opciones para la definición de «abuso de una situación de vulnerabilidad». La primera es muy similar a la que aparece en la Guía legislativa del Protocolo de Palermo, en tanto que indica que por tal «se entenderá toda situación en que la persona en cuestión crea que no tiene alternativa real o aceptable a la sumisión».³⁷ Nótese que aquí basta con que la persona «crea» que no tiene alternativa, mientras que en la Guía legislativa del Protocolo se exige que la persona «no tenga» alternativa, siendo por tanto esta última interpretación más restrictiva.

La segunda opción señala que por abuso de una situación de vulnerabilidad «se enten-

31 *Ibid.*, p. 69.

32 *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008 (en adelante, se citan como Reglas de Brasilia).

33 Reglas de Brasilia, sección 2.^a, punto 1.

34 Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas...*, *op. cit.*, p. xviii.

35 Naciones Unidas, *An introduction to human trafficking...*, *op. cit.*, pp. 71-75.

36 Naciones Unidas, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2010.

37 *Ibid.*, art. 5.

derá el aprovechamiento indebido de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra una persona como resultado de [incluir una lista pertinente]». Para este listado, la Ley modelo sugiere, entre otros factores, «(i) haber entrado al país ilícitamente o sin la documentación apropiada; o (ii) embarazo o cualquier enfermedad física o mental o discapacidad de la persona, incluida la adicción al uso de cualquier sustancia; (iii) capacidad reducida para formar juicios por tratarse de un niño, o por motivos de enfermedad, invalidez o discapacidad física o mental; o (iv) la promesa o entrega de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre una persona; o (v) encontrarse en una situación precaria desde el punto de vista de la supervivencia social».³⁸ En el comentario que la Ley modelo hace a este artículo sí se pone el acento en que lo relevante para la existencia del delito de trata no es la situación de vulnerabilidad sino el *abuso* de la misma, y en este sentido, sugiere a los Estados la incorporación de una definición de la expresión objeto de análisis «que se centre en el delincuente y en su intención de aprovecharse indebidamente de la situación de la víctima» porque considera que esto último puede ser «más fácil de probar, ya que no se requerirá una investigación del estado mental de la víctima, sino probar únicamente que el delincuente tenía conocimiento de la vulnerabilidad de la víctima y su intención de aprovecharse indebidamente de esa situación».³⁹

Observando lo anterior, queda patente que la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en la definición del delito de trata de personas es verdaderamente problemática. Los documentos mencionados apenas arrojan luz respecto de lo que ya indicó la Guía legislativa del Pro-

toloco de Palermo en el año 2004, aunque en la ley modelo, al menos, sí se insiste en la importancia del *abuso* de la situación. La definición sigue planteando serias dudas, lo que en todo caso dificulta la aplicación del tipo penal de la trata de personas en la práctica. Por este motivo, Naciones Unidas elaboró otro documento, casi una década después de la Guía legislativa, donde se intenta precisar más el significado de la expresión aquí objeto de estudio. Se trata del documento titulado *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*. En él se realiza una revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina en diversos países respecto de esta expresión en el delito de trata de personas. Del mismo se extraen un listado de conclusiones, de las cuales merecen ser destacadas aquí las siguientes por su relevancia para la interpretación de la expresión objeto de estudio en este trabajo.

Lo primero que se pone de relieve es la necesidad de distinguir claramente la vulnerabilidad como susceptibilidad a la trata y el abuso de la vulnerabilidad de la víctima como medio comisivo del delito de trata. El documento concluye que en la aplicación práctica del delito de trata en la jurisprudencia de los países analizados apenas se distingue entre ellos.⁴⁰ En general, lo que la jurisprudencia exige, para constatar la existencia del delito, es la prueba del conocimiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima por parte del autor, y de ahí se suele deducir que, si conocía tal situación, quería abusar de la misma. Esto amplía notablemente el ámbito de lo punible, y puede dar lugar a condenas por conductas que realmente no son trata de personas.⁴¹ Por ello, insiste el documento en la necesidad de probar dos cosas para la condena: la existencia de la situación de vulnerabilidad y

38 *Ibidem*.

39 *Ibid.*, p. 10.

40 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.*, p. 67

41 *Ibid.*, p. 75.

el abuso de dicha situación en la realización de la conducta típica (captación, transporte, acogida, etc.).⁴² En la jurisprudencia de los países analizados todo parece centrarse en determinar la existencia de la vulnerabilidad obviando el abuso. Y aún más, el documento propone que, para la comisión del delito de trata de seres humanos, no sirva cualquier tipo de abuso, sino uno lo suficientemente grave como para poder afirmar la anulación del consentimiento dado por la víctima.⁴³ En efecto, como se ha visto *supra*, el eje central del delito de trata de personas está en la inexistencia de consentimiento de la víctima respecto de las conductas de captación, traslado, recepción, etc.⁴⁴

La segunda cuestión que se aborda en el documento mencionado es el origen de la inclusión de este medio comisivo en la descripción típica del delito de trata, que explica el porqué de la indefinición. Inicialmente, en el Protocolo de Palermo, junto con los medios violentos, coercitivos y engañosos, solo estaba previsto incluir el «abuso de poder» sobre la víctima, entendiéndose por tal «el poder que los familiares masculinos puedan tener respecto de los familiares de sexo femenino en algunos ordenamientos jurídicos y el po-

der que los padres pueden tener respecto de sus hijos».⁴⁵ Pero durante los *travaux préparatoires* se incorporó una nota interpretativa que hacía referencia al abuso de una situación de vulnerabilidad, referida —como ya se ha señalado— a «toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata».⁴⁶ La amplitud de la fórmula permitía incluir en el delito de trata de personas esos medios de coerción más sutiles que la violencia, la amenaza o el engaño. Se pretendía dar una solución intermedia al debate sobre si la prostitución no coaccionada de migrantes mayores de edad debía incluirse o no en la definición del delito de trata.⁴⁷ Si bien en la normativa anterior de Naciones Unidas la trata y la prostitución se equipararon,⁴⁸ esa concepción planteaba serios problemas en los albores del siglo XXI para lograr un acuerdo universal contra la trata de personas en el seno de la Organización de Naciones Unidas. La solución, entonces, pasó por incluir una definición amplia del delito de trata de seres humanos, que incluyera entre los medios comisivos otros más allá de la clásica violencia o intimidación, dando lugar así a la polémica expresión aquí objeto de estudio y a otra

42 Insistiendo en esta idea, Valverde Cano, A. B., «Reexaminando la definición de trata de seres humanos del protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación», en *Estudios de Deusto*, vol. 67/2, 2019, p. 25, quien apuesta precisamente por un nuevo enfoque, más restrictivo, de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad».

43 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.* p. 73.

44 Lloria García, P., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 385; Moya Guillem, C., «Los delitos de trata...», *op. cit.*, p. 536; Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, pp. 185-186.

45 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.*, p. 16.

46 *Ibidem*.

47 Muy crítica con esa solución, Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológicos (a propósito de las «víctimas» de la prostitución y el tráfico de mujeres)», en García Álvarez, I. y Díaz Cortés, L. M. (coord.), *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, *passim*.

48 *Vid.*, por ejemplo, Naciones Unidas, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949. Entró en vigor el 25 de julio de 1951. Su preámbulo comienza del siguiente modo: «Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad [...]». Sobre la necesidad de distinguir ambas conductas para lograr un abordaje más eficaz de la trata de personas, *vid.* Lloria García P., «El delito de trata...», *op. cit.*, pp. 364-367; Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, *passim*.

expresión de contenido también muy difuso como es «explotación sexual».⁴⁹ Esta solución abría la puerta a la ratificación del Protocolo por parte de Estados con posiciones muy diversas en torno al tratamiento legal del ejercicio consentido de la prostitución por mujeres migrantes.⁵⁰ Pero siendo la expresión tan vaga e imprecisa, una interpretación extensiva de la misma podrá utilizarse torticeramente por los Estados. Así, por un lado, puede servir de base para la criminalización de toda conducta que tenga que ver con el ejercicio de la prostitución, aunque este haya sido libremente aceptado;⁵¹ y por otro, puede servir de base para la criminalización de todo tipo de prácticas relacionadas con el traspaso de fronteras y tener así un control más férreo sobre las mismas;⁵² una manifestación más de la denominada *crimmigration*.⁵³ Por ello, lo que se propone en este trabajo es una interpretación restrictiva de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» que no permita que se restrinjan derechos y que se cometan excesos por parte de los Estados.

El significado de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el derecho español

En la jurisprudencia procedente del Tribunal Supremo español apenas se encuentran pronunciamientos sobre la expresión «abusando de una situación de vulnerabilidad» de la víctima en relación con el delito de trata de se-

res humanos del artículo 177 bis del Código Penal. Esta situación, sin embargo, no debe sorprender en tanto que el tipo penal de la trata admite otros medios comisivos y lo que se aprecia en las sentencias existentes es que normalmente está presente alguno de esos otros medios, como el engaño o la intimidación, por lo que no se entra a discutir el abuso de una situación de vulnerabilidad.⁵⁴ Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo 910/2013 de 3 de diciembre, 178/2016 de 3 de marzo y 396/2019 de 24 de junio se emplea la violencia física para la captación de las víctimas, por lo tanto, siendo este el medio más evidente para anular el consentimiento de una persona, no es necesario entrar en el análisis de otros medios comisivos. Con todo, debe tenerse presente que en los casos analizados por el Tribunal Supremo no se suele producir una violencia extrema,⁵⁵ aunque sí están presentes otros medios comisivos.

En multitud de ocasiones se utiliza el engaño. Esta modalidad comisiva normalmente tiene lugar en la captación en el país de origen, en el que se hace creer a la víctima que tendrá un trabajo en España, normalmente, en el servicio doméstico o en la hostelería, y una vez en el territorio español, se le dice que no existe tal trabajo y que debe ejercer la prostitución para pagar la deuda contraída con los «tratantes» por la organización del viaje. Tal es el caso en la sentencia del Tribunal Supremo 786/2016 de 20 de octubre, en

49 Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, p. 450.

50 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.*, p. 17.

51 Lloria García, P., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 365; Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, *passim*; Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 454.

52 Fitzgerald, S. A., «Vulnerable bodies, vulnerable borders: Extraterritoriality on human trafficking», en *Feminist legal studies*, n.º 20, 2012, *passim*, respecto de la situación en Reino Unido.

53 Stumpf, J., «The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power», en *American University Law Review*, n.º 56-2, 2006, *passim*.

54 Sánchez-Covisa Villa, J., «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, 52, 2016, p. 48.

55 Giménez-Salinas Framis, A., «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», en Martín Ríos, P. y Martín Ostos, J. (dir.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 34; Vázquez Iruzubieta, C., *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 437.

donde el medio comisivo inicial es el engaño, si bien, luego se torna en amenazas cuando las víctimas inicialmente se niegan al ejercer la prostitución, accediendo finalmente por la coacción empleada (fundamento jurídico N.º 2). En la sentencia del Tribunal Supremo 108/2018 de 6 de marzo, el medio comisivo inicial es el engaño pues a la víctima, mujer en Nigeria, se le ofrece un puesto como trabajadora en un supermercado en España. Al preguntar si puede llevarse a su hija, se le dice que sí y una vez en España, le sustraen a la niña y amenazan con hacerle daño si no acepta ejercer la prostitución, cosa que finalmente hace. El Tribunal Supremo entiende que en este caso hay tres momentos diferentes: en el de captación se utiliza engaño, en un segundo momento se emplea intimidación y finalmente se usa incluso violencia física en alguna ocasión (fundamento jurídico N.º 3).⁵⁶

En otros casos sobre los que se ha tenido que pronunciar el Alto Tribunal español lo que ha sucedido es que al ser la víctima menor de edad no se requiere ningún medio comisivo específico pues se entiende que la vulnerabilidad va implícita en su condición de menor de edad, en línea con lo dispuesto en la normativa supranacional de referencia. Así lo señala, por ejemplo, el Tribunal Supremo en una sentencia muy citada posteriormente, la 53/2014, de 4 de febrero (fundamento jurídico N.º 11), en la que se indica que la menor captada en Rumanía, y trasladada seguidamente a Italia, fue después obligada a ejercer la prostitución en España «abusando de su situación de vulnerabilidad como menor extranjera que se encontraba en España sin otros medios de vida y sin documentación válida [...]». Aun aceptando que no se produjese

engaño, pues la menor ya ejercitaba la prostitución en Italia, y podía imaginar que en Barcelona se iba a dedicar a la misma actividad, su situación de vulnerabilidad y necesidad es manifiesta, al carecer de otros medios de vida, ser menor y extranjera, carecer de documentación y depender absolutamente de su prima y del compañero sentimental de ésta, tanto para su alojamiento como para su mantenimiento» (fundamento jurídico N.º 10).⁵⁷

En las escasas sentencias en las que el Tribunal Supremo se refiere al abuso de una situación de vulnerabilidad hay un elemento común, y es el hecho de que concurre también otro medio comisivo de los mencionados. El *modus operandi* de los tratantes es, habitualmente, el siguiente: en el país de origen se utiliza engaño (en relación con una oferta de trabajo) o intimidación para la captación de la víctima, y una vez en España se abusa de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra aquí en tanto que aislada, con dificultades idiomáticas, sin documentación, etc., para obligarla al ejercicio de la prostitución. Una de las primeras sentencias en las que el Tribunal Supremo analiza el abuso de una situación de vulnerabilidad como medio comisivo es la sentencia del Tribunal Supremo 420/2016 de 18 de mayo. Los hechos probados relatan cómo los tratantes captaban a mujeres en Nigeria ejerciendo presión a través de la práctica del vudú y/o amenazas a familiares, también a través del engaño con una falsa oferta de trabajo. El Tribunal Supremo considera que en el caso concurre también una «situación de abuso o vulnerabilidad» (*sic*) que ha sido aprovechada por el autor. Dado que los hechos son anteriores a 2015 y la definición auténtica de la expresión

56 Otras sentencias del Tribunal Supremo en las que se constata el uso de engaño son, por ejemplo, las siguientes: SSTs 167/2016, de 15 de marzo, 144/2018 de 6 de marzo, 554/2019 de 13 de noviembre y 63/2020 de 20 de febrero.

57 Reiterando que si la víctima es menor de edad no es necesario acreditar medio comisivo alguno, *vid.* las SSTs 191/2015 de 9 de abril (fundamento jurídico N.º 6), 379/2015, de 19 de junio (fundamento jurídico N.º 1), 545/2015, de 28 de septiembre (fundamento jurídico N.º 7), 827/2015 de 15 de febrero, (fundamento jurídico N.º 9, si bien, aquí, además, queda perfectamente acreditado que la menor sufría violencia física y amenazas), 270/2016 de 5 de abril.

aquí objeto de análisis se incorporó al Código Penal en ese año, considera al Alto Tribunal que «[l]a definición legal introducida en la reforma de 2015 puede servir de pauta en relación con la interpretación y el alcance de este medio comisivo con anterioridad a la misma no solo tomando como referencia la Directiva indicada sino porque dicho alcance, concretado ahora específicamente por el legislador es patrimonio de la lógica y de la realidad de la vida» (fundamento jurídico N.º 3). Señala la sentencia que, en el caso en cuestión, «difícilmente tenían otra alternativa las testigos protegidas que aceptar la explotación sexual preordenada inicialmente cuando además una de ellas conocía su destino, según la Audiencia, y la otra al menos lo sospechaba, todo ello en un contexto de desarraigo y desamparo en territorio extranjero, con la obligación de reintegrar las cantidades exigidas por los traficantes y las presiones a ellas mismas y a su familia para doblegar su voluntad» (fundamento jurídico N.º 3).

En la sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de julio, los acusados contactaban con mujeres de Nigeria que residían allí y les ofrecían trabajo como peluqueras en la ciudad española de Tenerife, aunque el verdadero objetivo era su explotación sexual. Se observa por tanto el engaño, en el que caían las víctimas, accediendo a la oferta laboral tanto por las condiciones de pobreza en las que vivían como por la confianza depositada en la persona que hacía de contacto. Una vez en Tenerife, les informaron de la deuda contraída con los tratantes, que debían saldar mediante el ejercicio de la prostitución, a lo que accedieron las mujeres «siendo en todo momento controladas y, en suma, teniendo que aceptar a causa de su situación de vulnerabilidad y sobre todo necesidad» (fundamento jurídico N.º 2). La situación de vulnerabilidad se reforzaba a través de la imposición de multas en el caso de conversaciones con otros ciudadanos de raza negra, lo que servía para mantener a las mujeres en su aislamien-

to. Además, la situación de vulnerabilidad facilitaba el control sobre las mismas, que «ni tenían a dónde ir, ni a quién acudir, ni podían acceder a ningún otro medio de vida» (fundamento jurídico N.º 2).

En la sentencia del Tribunal Supremo 1002/2016 de 19 de enero de 2017 también se produce la captación de la víctima, en este caso, en Rumanía, a través de una falsa oferta de trabajo en el servicio doméstico. Una vez en España, tras un mes efectivamente realizando servicio doméstico, la empleadora le dice que no le va a pagar y que, si quiere dinero, deberá ejercer la prostitución. La víctima lo acepta «ante la situación angustiosa en que se encontraba, sin tener el más mínimo conocimiento del idioma, y ante las continuas amenazas por parte de la acusada con dejarla sin sustento» (antecedentes – hechos probados). En este caso se observan diversos medios comisivos como el engaño y la intimidación (se le llega a amenazar con cortarle el cuello), aunque también observa al Alto Tribunal un abuso de una situación de vulnerabilidad que considera suficiente para colmar la tipicidad (fundamento jurídico N.º 5). En esta ocasión, la situación de vulnerabilidad viene dada por hallarse la víctima «en un país extranjero sin otras relaciones o contactos y sujeta a la voluntad de quien la había traído desde su país, Rumanía. No exige el tipo necesariamente violencia o intimidación en su sentido clásico. Basta con el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad» (fundamento jurídico N.º 8). En la sentencia cuestiona la recurrente que se abusara de una situación de vulnerabilidad en el traslado a España, a lo que contesta el Tribunal Supremo que basta con que el medio comisivo se emplee respecto de uno de los verbos típicos, que en este caso sería «acoger» y que por lo tanto sí se cumple la tipicidad (fundamento jurídico N.º 6). Es decir, dado que el tipo penal describe diversas conductas, entiende el Alto Tribunal que el medio comisivo se puede dar respecto de cada una de ellas, y

siempre que esté presente la finalidad propia de los delitos de trata, que en este caso es la explotación sexual.

La sentencia del Tribunal Supremo 196/2017 de 24 de marzo analiza un caso diferente de los anteriores, en los que en todos se produce captación de mujeres en otros países con el fin de llevar a cabo su explotación sexual en España. En esta ocasión los hechos describen la captación de hombres en España para la explotación laboral. En concreto, señalan los hechos probados que los acusados buscaban «personas desvalidas o por circunstancias económicas o por padecer problemas de salud o enfermedad mental, a las que inicialmente convencían para que colaboraran con ellos en unas condiciones que nunca se llegaban a precisar, en diferentes tareas y actividades como la limpieza y la construcción de los recintos destinados a sus respectivas viviendas, o las relacionadas con las atracciones de ferias que gestionaba». El verdadero propósito era «tener a su exclusiva disposición a estas personas, no solo para realizar para ellos, sin recibir a cambio ninguna remuneración, estas tareas, sino también para lucrarse en su propio beneficio de las pensiones o ayudas sociales de las que fueran o pudieran ser beneficiarios, generando para ello un ambiente de agresividad, tanto física como verbal, y de hostigamiento, con unas condiciones de vida absolutamente precarias y carentes de la mínima dignidad [...] para lograr así doblegar la voluntad de estas personas, generando en ellas una situación de miedo que les impedía no solo negarse a realizar las tareas que les encomendaban sino también tomar la decisión de marcharse ante el temor a las represalias que podrían sufrir de hacerlo». Entiende el Tribunal Supremo que estos hechos «describen conductas que en

unos casos con violencia y en todo caso con abuso de situación de vulnerabilidad en las que se encontraban las víctimas por las que les impusieron trabajos forzados próximos a la esclavitud» (fundamento jurídico N.º 6), lo que sirve para fundamentar la condena por el delito de trata del artículo 177 bis.

En resumen, del análisis de las sentencias del Tribunal Supremo en relación con el delito de trata de seres humanos se concluye que (i) apenas hay sentencias que hagan referencia a este medio comisivo; (ii) Cuando se refieren a él suele estar presente también otro medio de coerción más evidente; (iii) La vulnerabilidad suele relacionarse con la situación administrativa irregular en España, unida al aislamiento, el desconocimiento del idioma y la ausencia de documentación, todo lo cual se produce ya en el territorio español; (iv) En relación con lo dicho, el Tribunal Supremo entiende que el medio comisivo se puede dar respecto de cada una de las conductas típicas, por lo que también habría delito si se produce el abuso de la situación de vulnerabilidad en relación con la acogida o recepción en el territorio español, que es precisamente lo que se observa en las sentencias analizadas en las que sí se hace referencia a este medio comisivo; (v) El Tribunal Supremo entiende, correctamente, que no es suficiente la existencia de una situación de vulnerabilidad, sino que el sujeto activo debe aprovecharse de la misma, aunque es cierto que no profundiza mucho en este punto, al contrario de lo que hace, por ejemplo, en relación con el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 Código Penal, respecto del cual el Tribunal Supremo es más contundente en la exigencia del abuso⁵⁸ (nótese que en el artículo 311 solo se menciona abuso de una situación de necesidad, no de vulnerabilidad).

58 *Vid.* al respecto STS 494/2016, de 9 de junio: «abusar quiere decir: aprovecharse de forma excesiva de una persona, o de una facultad o cualidad de alguien en beneficio propio. Lo que, por un lado, en lo objetivo, ya reclama una cierta entidad cualificadora del aprovechamiento. Pero es que, además, por otro, exige, desde la perspectiva subjetiva del elemento, que el autor conozca la situación de la víctima y que ésta acepta forzada la relación laboral y busque voluntariamente

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el elemento típico «abuso de una situación de vulnerabilidad» en relación con el delito de ejercicio coactivo de la prostitución, ubicado actualmente en el artículo 187. De igual manera que sucede con el delito de trata de seres humanos, aquí también hay otros medios comisivos alternativos, por lo que los pronunciamientos sobre este medio en cuestión no abundan. En todo caso, en los pronunciamientos existentes se aprecia una interpretación clara, y es la vinculación de la situación de vulnerabilidad a la condición de inmigrante en situación irregular en España.⁵⁹ También para estos supuestos, no basta que la víctima se halle en dicha situación, sino que es preciso abusar de la misma, entendiéndose el abuso como una relación específica de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo 17/2014 de 28 de enero (fundamento jurídico N.º 16) y 568/2016 de 28 de junio (fundamento jurídico N.º 4). De acuerdo con la redacción del tipo penal del ejercicio coactivo de la prostitución, son tres las situaciones posibles de abuso o prevalimiento, como en la trata: «abuso de una situación de superioridad», «abuso de una situación de necesidad» y «abuso de una situación de vulnerabilidad». La citada sentencia entiende que se está ante el primer caso, por ejemplo, cuando el sujeto activo es superior jerárquico de la víctima; ante el segundo cuando, por ejemplo, la víctima se halla en una situación de penuria económica o de drogodependencia; y ante el tercero por razón de edad, enfermedad o condición similar (fundamento jurídico N.º 4). Obsérvese que no se da como ejemplo la situación administrativa irregular en territorio español, pese a que es lo más repetido en la jurisprudencia,

como se ha señalado, aunque parece que en «condición similar» entraría dicho supuesto.

Conclusiones

La investigación llevada a cabo para la realización de este trabajo permite colegir que la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio comisivo del delito de trata de personas es una tarea verdaderamente compleja. Pese a que los instrumentos supranacionales en la materia han intentado concretar su significado, lo cual ha sido trasladado al artículo 177 bis del Código Penal español, esos intentos no han sido muy fructíferos, primero, porque no se centran en el medio comisivo (el abuso), sino únicamente en lo que debe entenderse por una situación de vulnerabilidad. Segundo, porque incluso respecto de dicha situación, la definición que se ofrece es puramente redundante.

Tampoco el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español arroja mucha luz al respecto, quizá porque no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en tanto que, en la mayoría de los casos analizados por el alto tribunal, estaban presentes otros medios comisivos que anulan la voluntad de la víctima de una manera mucho más evidente, principalmente, a través de violencia, amenazas o engaño. Es precisamente en el consentimiento en donde debe ponerse el foco a la hora de interpretar la expresión aquí objeto de estudio. En este sentido, al igual que si hay violencia, intimidación o engaño no puede entenderse que el consentimiento de la víctima es válido, lo relevante en el medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» es también la afectación al proceso deliberativo de la persona, quien no decide libremente.

Los elementos de este medio comisivo son los siguientes: (i) la existencia de una si-

que ésta acepte unas condiciones que, de no concurrir la situación, sabe que no aceptaría. Y es que el delito es esencialmente doloso, siendo difícil imaginar incluso modalidades de dolo eventual» (fundamento jurídico N.º 3).

59 En este sentido, *vid.*, entre otras, SSTs 2205/2002 de 30 de enero de 2003, 1092/2004 de 1 de octubre, 823/2007 de 25 de octubre, 160/2011 de 15 de marzo, 400/2018 de 12 de septiembre.

tuación de vulnerabilidad, (ii) el conocimiento de dicha situación por parte del sujeto activo del delito, y (iii) el aprovechamiento de dicha situación para captar, transportar, trasladar, etc., a la persona en cuestión. Este último es el elemento clave de este elemento del tipo objetivo del delito de trata de personas, y no la existencia en sí de la situación de vulnerabilidad, pese a que los instrumentos internacionales se fijan más en la situación de vulnerabilidad que en el abuso. Obviamente, la situación de vulnerabilidad es el presupuesto pues sin ella no se puede plantear siquiera la existencia del delito. Una vez constatada la vulnerabilidad, lo que debe hacer el juez es comprobar que dicha situación de vulnerabilidad era conocida por el sujeto en cuestión y que se aprovechó de la misma. Este aprovechamiento debe suponer la anulación del consentimiento de la víctima de manera similar a como lo hacen la violencia, la intimidación o el engaño, que son el resto de medios comisivos. Por tanto, el abuso debe tener cierta entidad para poderse equiparar a aquellos.

Otras interpretaciones —amplias— del elemento *abuso* no deben tener cabida pues si se aceptaran, se estaría desnaturalizando la esencia del delito de trata, lo que provocaría indeseables consecuencias, especialmente, una ampliación de las conductas punibles. Y esto es precisamente lo que debe evitarse, que bajo el amplio paraguas de la lucha contra la trata de personas se oculten otros objetivos. Uno de esos objetivos puede ser castigar el ejercicio libre de la prostitución por mujeres migrantes, en el entendimiento de que la mujer migrante es *per se* una persona vulnerable, lo que crea una visión estereotipada de las mujeres, esencialmente, del sur, como *otras* a las que la cultura occidental debe pro-

teger en tanto que si ejercen la prostitución, lo hacen obligadas.⁶⁰ Sin desmerecer la mayor exposición a riesgos que puede tener una mujer inmigrante en situación administrativa irregular, lo que no es admisible es anularles en todo caso su capacidad de autodeterminación, que puede incluir el ejercicio voluntario de la prostitución en el país de destino.⁶¹ Otro de esos espurios objetivos que quizá se oculten tras una interpretación amplia de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» puede ser castigar los movimientos migratorios para tener así un control más estricto sobre las fronteras, algo que parece ser tónica habitual en los Estados europeos en los últimos tiempos.

En conclusión, lo que se propone en este trabajo es realizar una interpretación restrictiva de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» que la haga equiparable a otros medios comisivos del delito de trata en donde lo relevante es que el proceso deliberativo de la persona sea libre, evitando un *resultado injusto*.⁶² Y no debe olvidarse que el medio comisivo debe darse en los momentos de captación, transporte, traslado, recepción, etc., es decir, en un momento previo a la explotación porque la explotación ni siquiera es necesario que se produzca para entender consumado el delito de trata de personas. Este es el contenido que debería tener la expresión a la normativa supranacional y, por ende, en otras legislaciones nacionales. Se deben rechazar, por tanto, esas legislaciones en las que los medios comisivos (entre ellos el abuso) no forman parte del tipo penal, sino que solo son elementos para agravar la pena. Estas legislaciones se asientan sobre un entendimiento erróneo de la trata de personas, equiparando esta conducta lesiva de la dignidad del ser humano con conductas como la

60 Peroni, L., «Violence against migrant women...», *op. cit.*, p. 64; Thill, M., «El convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», en *IgualdadES*, N.º 2, p. 181.

61 Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, *passim*.

62 En la terminología de Wertheimer, A. *Exploitation*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, p. 16.

prostitución ejercida libremente por mujeres migrantes o el tráfico irregular de migrantes, que son conductas queridas por el sujeto que las realiza, por eso no tiene sentido que este sujeto sea considerado víctima en el mismo sentido de quien se ve sometido a los abusos de los tratantes de personas.

REFERENCIAS

- Benito Sánchez, D., López Belloso, M. y López Rodríguez, J., «El delito de trata de seres humanos en los tribunales de justicia de la Comunidad Autónoma Vasca», en *IgualdadES*, N.º 2, 2020, pp. 61-98.
- Caño Panos, M. A., «Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar y asimilados, y los de trata de seres humanos», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, pp. 413-432.
- Churruca Muguruza, C., «Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria», en Barranco Avilés, M. C. y Churruca Muguruza, C. (ed.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 45-70.
- Consejo de Europa, *Explanatory report to the council of Europe convention on action against Trafficking in human being*, Varsovia, 2005.
- Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario* (Tesis doctoral), Universitat de Barcelona, 2014.
- Fineman, M.A., «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, N.º 20-1, 2008, pp. 1-23.
- Fitzgerald, S. A., «Vulnerable bodies, vulnerable borders: Extraterritoriality on human trafficking», en *Feminist legal studies*, N.º 20, 2012, pp. 227-244.
- Giménez-Salinas Framis, A., «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», en Martín-Ríos, P., Martín Ostos, J. (dir.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 27-60.
- Gómez López, M.A. y Muñoz Sánchez, E., «Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 123, 2017, pp. 213-246.
- Guisasola Lerma, C., «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 175-215.
- La Spina, E., «Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, pp. 182-204.
- Lloria García, P. «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 353-402.
- López Rodríguez, J. y Benito Sánchez, D., «El fenómeno de la trata de menores de edad en los instrumentos jurídicos internacionales: avances y retos pendientes», en *iQual: Revista de género e igualdad*, N.º 2, 2019, pp. 41-72.
- Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológicos (a propósito de las «víctimas» de la prostitución y el tráfico de mujeres)», en García Álvarez, I. y Díaz Cortés, L. M. (coord.), *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, pp. 449-463.
- Maqueda Abreu, M.L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?»

- en Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1251-1264.
- Mier Hernández, A. y Rodríguez-Argüelles, S., «La trata de niños y niñas: estado de la situación actual», en *Nova et Vetera*, 2011, vol. 20, N.º 64, pp. 195-201.
- Monge Fernández, A., «Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 121, 2017, pp. 101-146.
- Morondo Taranmundi, D., «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad como condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, pp. 205-221.
- Moya Guillem, C., «Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales», en *Política Criminal*, vol. 11, N.º 22, 2016, pp. 521-547.
- Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2013.
- Naciones Unidas, *An introduction to human trafficking: vulnerability, impact and action*. Nueva York, UNODC, 2008.
- Naciones Unidas, *Guía legislativa para la aplicación del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, Nueva York, UNODC, 2004.
- Naciones Unidas, *Informe sobre desarrollo humano 2014. Sostener el progreso humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, PNUD, 2014.
- Naciones Unidas, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2010.
- Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2007.
- Naciones Unidas, *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, Nueva York, UNODC, 2010.
- Peroni, L. y Timmer, A., «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European human rights convention law», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, N.º 4, 2013, pp. 1056-1085.
- Peroni, L., «Violence against migrant women: The Istanbul convention through a postcolonial feminist lens», en *Feminist Legal Studies*, N.º 24, 2016, pp. 49-67.
- Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos y trabajos forzados», en *Revista Penal*, 45, 2020, pp. 172-193.
- Sánchez-Covisa Villa, J., «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, 52, 2016, pp. 36-51.
- Stumpf, J., «The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power», en *American University Law Review*, N.º 56-2, 2006, pp. 367-420.
- Thill, M., «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», en *IgualdadES*, N.º 2, pp. 157-196.
- Valverde Cano, A. B., «Reexaminando la definición de trata de seres humanos del protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación», en *Estudios de Deusto*, vol. 67/2, 2019, pp. 15-29.
- Vázquez Iruzubieta, C., *Comentarios al Código Penal (actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Barcelona, Atelier, 2015.

Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata de seres humanos en el Derecho penal español tras la reforma de 2015», en Pérez Alonso, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas*

contemporáneas de esclavitud, Valencia, Tirant lo Blanch 2017, pp. 447-467.
Werthmeimer, A. *Exploitation*, New Jersey, Princeton University Press, 1996.