



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de  
Investigaciones Jurídicas

Moya Guillem, Clara

Tendencias político-criminales frente a la trata de personas y sus consecuencias típicas \*  
Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LIV, núm. 160, 2021, Enero-Abril, pp. 305-335  
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2021.160.15977>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771666009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)



Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

## TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS Y SUS CONSECUENCIAS TÍPICAS\*

### *POLITICAL-CRIMINAL TRENDS WITH REGARD TO HUMAN TRAFFICKING AND ITS TYPICAL CONSEQUENCES*

Clara MOYA GUILLEM\*\*

RESUMEN: En 2020 se ha cumplido el vigésimo aniversario del Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Desde su aprobación, y especialmente en los últimos diez años, son muchos los países que han tipificado penalmente este fenómeno o han reformado su regulación en este ámbito. Entre ellos se encuentran los Estados cuyas legislaciones conforman el objeto de la primera parte del trabajo: Alemania, Argentina, Chile, Colombia, España, Francia, Italia, México, Reino Unido y Uruguay. Sin embargo, a pesar de haber firmado y ratificado todos ellos este instrumento normativo internacional, no se ha alcanzado la pretendida armonización legislativa. Por el contrario, se pueden distinguir hasta cuatro tendencias político-criminales distintas con importantes repercusiones en la determina-

ABSTRACT: 2020 was the twentieth anniversary of the Palermo Protocol against trafficking in human beings. Since its approval, and especially in the last ten years, many countries have criminalized this phenomenon or have reformed its regulation in this area. Among them are the States whose laws constitute the object of the first part of this work: Argentina, Chile, Colombia, France, Germany, Italy, Mexico, Spain, the United Kingdom and Uruguay. However, despite the fact that all of them have signed and ratified this international normative instrument, the purported legislative harmonization has not been achieved. On the contrary, up to four different political-criminal trends with important impacts on the determination of the protected legal right and the second part of this work is dedicated to them.

---

\* Registrado el 16 de junio de 2020; aprobado el 2 de febrero de 2021.

La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia (ÆQUALITAS)” financiado por Ministerio Español de Ciencia, Innovación y Universidades (RTI2018-096398-B-I00), dirigido por el catedrático Antonio Doval Pais.

\*\* ORCID: 0000-0002-1791-8323. Profesora de Derecho penal y vicedecana de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante; magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Alicante. Correo electrónico: [clara.mg@ua.es](mailto:clara.mg@ua.es).

ción del bien jurídico protegido a las que se dedica la segunda parte del trabajo.

**Palabras clave:** trata de personas, Protocolo de Palermo, consentimiento, explotación, bien jurídico protegido.

**Key words:** trafficking in persons, Palermo Protocol, consent, exploitative, protected legal right.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Protocolo de Palermo*. III. *La tipificación penal de la trata de personas en el derecho comparado*. IV. *Tendencias político-criminales frente a la trata de personas*. V. *Consecuencias típicas*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (en adelante, Protocolo de Palermo), que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, aprobado en el 2000 y suscrito por un total de 176 países, exige la criminalización de la trata de personas (arts. 3o. y 5o.). Por esta razón, entre otras, este fenómeno criminal está tipificado como un ilícito penal en la práctica totalidad de los Estados. Según el último *Global report on trafficking in persons* de la *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), publicado en 2018, casi en 90% de los 179 países participantes en el informe lo contemplan.

Sin embargo, para alcanzar los objetivos fijados en dicho instrumento normativo los Estados parte no sólo deben incorporar el delito de trata de personas a sus respectivas legislaciones, sino que deben hacerlo en términos equivalentes a los contenidos en la norma internacional, tal y como recomiendan las *Model legislative provisions against trafficking in persons* de la propia UNODC (2020). Esto se debe a que la armonización de las normas domésticas, especialmente en el ámbito de la delincuencia transnacional, desempeña un papel fundamental, puesto que la fragmentación dificulta la consecución del objetivo de asistencia mutua en los asuntos penales (Ana Valverde Cano, 2019, p. 21) y crea espacios de impunidad.

La hipótesis de la que parte la presente investigación es que, pasados ya más de veinte años desde la aprobación del Protocolo de Palermo y considerando el gran respaldo que consiguió, todos los países que lo han firmado y ratificado han incorporado a sus respectivas legislaciones

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

el delito de trata de personas en los términos establecidos en este instrumento jurídico internacional.

Para confirmar esta hipótesis o rechazarla (total o parcialmente) en este trabajo, en primer lugar, se identifican y examinan los tres elementos que componen la definición jurídico-penal de trata de personas en el Protocolo de Palermo: la conducta, los medios de doblegación de la voluntad de la víctima y la finalidad de explotación. En segundo lugar, se describen las disposiciones de naturaleza penal en la materia que han previsto cinco países europeos (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) y cinco latinoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, México y Uruguay) con el propósito de evaluar cómo han incorporado dichos elementos del Protocolo de Palermo a sus respectivas legislaciones penales. Revisadas tanto la legislación internacional como las regulaciones nacionales, y descartada la hipótesis de partida, se exponen en la última parte del trabajo las cuatro grandes tendencias político-criminales que se pueden observar en este ámbito, así como su influencia en la determinación del bien jurídico-penal protegido y las repercusiones que derivan de esta.

## II. EL PROTOCOLO DE PALERMO

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es una de las instituciones que más atención ha prestado a la trata de personas en las últimas décadas. De hecho, en la conocida “Agenda 2030” (A/RES/70/1) esta organización ha establecido como objetivos prioritarios

adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas, y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas.

Aunque en el ámbito de la ONU son varios los instrumentos relacionados con la trata de personas (entre otros, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discrimina-

ción contra la mujer; y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud), el documento más relevante en la materia es el ya mencionado Protocolo de Palermo.

Su objetivo es triple: de una parte, prevenir y combatir la trata de seres humanos y, en especial, de mujeres y niños; de otra, proteger y ayudar a las víctimas; y, por último, promover la cooperación entre los Estados. Por ello, “se conoce a esta aproximación estratégica a la trata como política de 3P, porque cubre tanto el flanco de la prevención de estas conductas, cuanto el de la protección de las víctimas, además de la persecución criminal de las mismas” (Carolina Villacampa Estiarte, 2014, p. 4).

Como puede observarse, uno de los tres objetivos expresamente establecidos en el texto normativo es la promoción de la cooperación entre los países, pues se entiende que sólo de este modo se pueden alcanzar los dos propósitos restantes. Así pues, se invita a los Estados a que incorporen a sus respectivos ordenamientos jurídicos el delito de trata de personas en los términos establecidos en el Protocolo de Palermo, exigiendo el castigo de la tentativa y la participación en estas conductas.

Concretamente, en el artículo 5o. se establece que “cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3o. del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente”. Y en el artículo 3o. se define la trata de personas 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 fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

A continuación, se aclara que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios

enunciados en dicho apartado. Y, en relación con los menores de edad, el Protocolo de Palermo matiza que el consentimiento no tendrá validez, aun cuando no se recurra a los medios de doblegación de la voluntad mencionados.

Por tanto, el concepto jurídico de trata de personas que se facilita desde el derecho internacional se caracteriza por la concurrencia de tres elementos: la conducta (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas), el modo (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) y la finalidad (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).

En cuanto a las conductas, con esta multiplicidad de acciones se pretende sancionar con la misma intensidad cada una de las fases que conforman el proceso de la trata de personas. Así, se exige la tipificación, en primer lugar, de la captación de la víctima, que constituiría la primera fase del proceso; en segundo lugar, de su transporte o traslado, que formarían parte de la segunda fase; y, en tercer lugar, de su acogida o recepción (Inés Olaizola Nogales, 2013, pp. 474 y 475).

Además, el Protocolo de Palermo determina que para poder apreciar el delito de trata de personas la conducta se ha de llevar a cabo mediante modos violentos, fraudulentos o abusivos, excepto en el caso de víctimas menores de edad. Se distinguen, por ende, tres formas de trata de personas, según el medio empleado para su ejecución: la trata forzada, que presupone el empleo de violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo; la trata fraudulenta, que exige la presencia de un engaño como forma de viciar su consentimiento, y, finalmente, la trata abusiva, en la que el sujeto activo se aprovecha de las especiales condiciones que sufre la víctima o logra el consentimiento de quien ya la controla mediante pagos o beneficios (Alberto Daunis Rodríguez, 2013, p. 92). De este modo, se presume la validez del consentimiento de la víctima mayor de edad cuando no intervengan estos medios comisivos.

Al respecto, la reciente *Legislative guide for the Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children* de la UNODC

(2020) afirma que “los Estados Parte pueden optar por introducir otros medios además de los indicados en la definición del artículo 3.a) y pueden reconocer nuevas formas de coacción con el tiempo”. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de prescindir de los medios comisivos en el tipo básico, pues, como ha observado la doctrina, “la eliminación de los medios comisivos de la estructura del delito de trata distorsiona la naturaleza autónoma del fenómeno de trata y difumina las fronteras con la inmigración ilegal y, en definitiva, dificulta el establecimiento de un régimen efectivo de cooperación internacional” (Ana Valverde Cano, 2019, p. 25).

Por último, se determina que para que el delito de trata de personas se considere consumado la conducta típica ejecutada mediante alguno de los medios de doblegación de la voluntad de la víctima indicados debe realizarse con fines de explotación, pero sin que sea necesario que dicha explotación se materialice. Específicamente, indica algunos de los fines de explotación más habituales tras la expresión “incluira, como mínimo”.

Sobre cómo debe interpretarse este elemento, la ya citada *Legislative guide for the Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children* establece que

el apartado a) del artículo 3 establece una lista no exhaustiva de ejemplos de lo que constituye explotación. Al mantener esta lista no exhaustiva, el Protocolo contra la trata de personas permite incluir otras formas de explotación nuevas o menos comunes en el alcance de la trata. En la legislación nacional los Estados Parte deben abordar, como mínimo, aquellos ejemplos de explotación que se enumeran en el protocolo.

En consecuencia, la propia oficina de la ONU declara que el listado abierto por el que se opta en el Protocolo de Palermo permite incluir toda forma de explotación, lo que parece sumamente aconsejable teniendo en cuenta lo cambiante del fenómeno. Pero, a continuación, explica que los Estados parte pueden acoger en sus normativas sólo aquellos ejemplos de explotación que se enumeran expresamente en el Protocolo u optar por ampliar el listado. Sin embargo, en las *Model legislative provisions against trafficking in persons*, también publicadas en 2020 por la UNODC, se afirma que los Estados parte deben tipificar como delito la trata de personas tal y como se define en el artículo 3o. del Protocolo de Paler-

mo y añade que recomiendan redactar los fines de explotación de forma abierta.

Bajo mi punto de vista, si atendemos a la pretensión del Protocolo de Palermo de “prevenir y combatir la trata de personas” y no sólo algunas de sus modalidades, en efecto, parece conveniente no establecer un *numerus clausus* de finalidades de explotación en los tipos penales que reprimen la trata de personas. Si se adopta el criterio de confeccionar una lista cerrada, la cooperación judicial y la eficacia de la tipificación penal se ven sumamente mermadas. Téngase en cuenta que, por ejemplo, en cuanto a la asistencia mutua en asuntos penales, como se sabe, el principio de la doble tipificación de los hechos impide extraditar al sospechoso cuando los hechos que presuntamente ha cometido no están incriminados en los dos países implicados. Con todo, para cumplir con lo dispuesto en el Protocolo de Palermo, en principio, basta con contemplar los fines de explotación expresamente señalados.

Finalmente, debe tenerse en consideración que en su artículo 4o. el Protocolo de Palermo determina que “se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5o. del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”. Así pues, el mandato de tipificación penal contenido en este instrumento normativo, vinculante para todos los Estados cuyas legislaciones van a revisarse en este trabajo, se circunscribe únicamente a la trata de personas que sea manifestación de la delincuencia organizada transnacional.

Sentado lo anterior, a continuación, va a examinarse la normativa de cinco Estados europeos (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) y cinco, latinoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, México y Uruguay). Este análisis permitirá rechazar (al menos parcialmente) la hipótesis de partida, pues, como se verá, se han empleado diferentes políticas criminales frente a la trata de personas, que se resumen en la figura 1.

Con la finalidad de simplificarla, se distingue, en la primera fila, entre la trata forzada, la trata fraudulenta y la trata abusiva. Por su parte, en la segunda fila, en cuanto a los fines de explotación, se diferencian los siguientes fines contemplados en el Protocolo de Palermo: a) la explotación sexual, b) los trabajos o servicios forzados, c) la esclavitud o las prácticas análogas a ésta, d) la servidumbre y e) la extracción de órganos. Ad-

viértase, no obstante, que la mayoría de los Estados también contemplan en sus legislaciones otros fines de explotación, que no se mencionan en la tabla por no haberse establecido en el Protocolo de Palermo. Me refiero a la mendicidad (Alemania, España, Francia, Italia, Colombia y México), la comisión de actos delictivos (Alemania, España, Francia, Italia y México), la celebración de matrimonios forzados (España, Argentina, Colombia y México) y sólo en el caso de México, a la adopción ilegal y la experimentación biomédica ilícita. Además, se especifica en esta parte de la tabla si se regulan “como mínimo” estos fines de explotación o si se prevé un *numerus clausus* de tales propósitos.

No se incluyen en la tabla, por el contrario, las conductas que conforman el primer elemento de la definición jurídico-penal de trata de personas porque, como se observará a continuación, se han regulado de un modo completamente homogéneo, sin diferencias sustanciales que puedan tener implicaciones en la determinación del bien jurídico protegido. Todos los países analizados recogen, en definitiva, las tres fases que conforman el proceso de la trata de personas.

Figura 1: Tabla comparativa entre el Protocolo de Palermo y las legislaciones nacionales

| PROTOCOLO                             | ALEMANIA                          | ESPAÑA                            | FRANCIA                       | ITALIA                    | REINO UNIDO                           | ARGENTINA                        | CHILE                             | COLOMBIA                              | MÉXICO                                    | URUGUAY                               |
|---------------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------|---------------------------|---------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------|---|---------------------------------------|
| Trata forzada                         |                                   | Trata forzada                     | Trata forzada                 | Trata forzada             |                                       |                                  | Trata forzada                     |                                       |   |                                       |
| Trata fraudulenta                     |                                   | Trata fraudulenta                 | Trata fraudulenta             | Trata fraudulenta         |                                       |                                  | Trata fraudulenta                 |                                       |   |                                       |
| Trata abusiva                         | Trata abusiva                     | Trata abusiva                     | Trata abusiva                 | Trata abusiva             |                                       |                                  | Trata abusiva                     |                                       |   |                                       |
| La explotación incluirá, como mínimo: | Con fines de explotación:         | Con fines de explotación:         | Con fines de explotación:     | Con fines de explotación: | La explotación incluirá, como mínimo: | Con fines de explotación:        | Con fines de explotación:         | La explotación incluirá, como mínimo: | Con fines de explotación:                 | La explotación incluirá, como mínimo: |
| Sexual.                               | Sexual.                           | Sexual                            | Sexual.                       | Sexual.                   | Sexual.                               | Sexual.                          | Sexual.                           | Sexual.                               | Sexual.                                   | Sexual.                               |
| Trabajo o servicios forzados.         | Laboral.                          | Trabajo o servicios forzados.     | Trabajo o servicios forzados. | Laboral.                  | Trabajo o servicios forzados.         | Trabajo o servicios forzados.    | Trabajo o servicios forzados.     | Trabajo o servicios forzados.         | Trabajo o servicios forzados.             | Trabajo o servicios forzados.         |
| Esclavitud o prácticas similares.     | Esclavitud o prácticas similares. | Esclavitud o prácticas similares. | Esclavitud.                   |                           | Esclavitud.                           | Esclavitud.                      | Esclavitud o prácticas similares. | Esclavitud o prácticas similares.     | Esclavitud.                               | Esclavitud o prácticas similares.     |
| Servidumbre.                          |                                   | Servidumbre.                      | Servidumbre.                  |                           | Servidumbre                           | Servidumbre                      | Servidumbre                       | Servidumbre                           | Servidumbre                               | Servidumbre                           |
| Extracción de órganos.                | Extracción de órganos             | Extracción de órganos.            | Extracción de uno órganos.    | Extracción de órganos.    | Extracción de órganos.                | Extracción de órganos o tejidos. | Extracción de órganos.            | Extracción de órganos.                | Extracción de órganos, tejidos y células. | Extracción de órganos.                |

FUENTE: Elaboración propia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

### III. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO COMPARADO

Los países europeos que van a examinarse para el desarrollo de este trabajo (Alemania, España, Italia, Francia y Reino Unido) han reformado recientemente (entre 2013 y 2016) los ilícitos penales relativos a la trata de personas. A pesar de ello, como se observará seguidamente, existen algunas diferencias entre ellas que impiden que pueda alcanzarse el concierto legislativo pretendido tanto en el Protocolo de Palermo como en la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 abril de 2011, que en el marco de la Unión Europea vincula de manera directa.

Igualmente, a pesar de que los países latinoamericanos cuyas legislaciones van a referenciarse más adelante (Argentina, Chile, Colombia, México y Uruguay) también han modificado sus normas en los últimos años (entre 2011 y 2018), las discrepancias que pueden detectarse entre ellas y también con respecto a las disposiciones contenidas en el Protocolo de Palermo son manifiestas. Y ello a pesar de contar con un valioso instrumento en este ámbito: la Guía de actuación regional para la detección temprana de situaciones de trata de personas en pasos transfronterizos del Mercosur y Estados Asociados (2016).

Debe advertirse, en cualquier caso, que el estudio cuyos resultados se muestran a continuación se limita al análisis de las legislaciones en vigor. Un examen doctrinal en este ámbito excedería con mucho del objeto del presente trabajo.

#### 1. *Alemania*

La trata de personas en Alemania se criminaliza entre los delitos contra la libertad personal. Específicamente, desde que entró en vigor la Ley para mejorar la represión de la trata de seres humanos, el 15 de noviembre de 2016, en el parágrafo 232 de la *StGB* se sanciona con la pena de prisión de seis meses a cinco años a quien capte, traslade, acoja o reciba a otra persona, aprovechando su situación personal o económica o la vulnerabilidad de permanecer en un país extranjero, o que esa persona sea menor de 21 años de edad, siempre que se haga con una de las siguientes finalidades

de explotación: a) la sexual, b) la laboral, c) el ejercicio de la mendicidad, d) la comisión de actos delictivos; o bien, cuando se le pretenda someter a esclavitud o una situación similar; o bien cuando se le quieran extirpar órganos ilegalmente (A. Spitzer, 2018).

Las penas, no obstante, podrán llegar a los diez años de prisión, por ejemplo, si estos comportamientos se llevan a cabo mediante violencia o intimidación; si se secuestra a la víctima; si la víctima es menor de 18 años; si se ha puesto en peligro o se ha lesionado su salud; o si el autor pertenece a un grupo criminal. Específicamente, la ley alemana establece que

quien capte, transporte, transfiera, acoja o reciba a la víctima mediante el uso de la fuerza, la amenaza de daño grave o el engaño, o secuestre a la víctima u obtenga el control físico sobre ella o aliente a un tercero a obtenerlo, será condenado a una pena de prisión de entre seis meses y diez años. Incurrirán en esta misma pena los responsables de la trata de seres humanos cuando la víctima sea menor de 18 años, cuando maltraten a la víctima o la pongan, aunque sea imprudentemente, en peligro de muerte o de daños graves para su salud y cuando actúen sobre una base comercial o como miembros de una organización cuyo propósito sea la continuación de la comisión de estos delitos.

Si comparamos esta legislación penal con el mandato contenido en el Protocolo de Palermo, observamos que el único mecanismo para limitar la libertad de la víctima previsto en el tipo básico alemán es el abuso, pero, en cambio, no se han contemplado la violencia ni la intimidación. También debe subrayarse que en Alemania se ha considerado que todo consentimiento prestado por un menor de 21 años resulta inválido, mientras que en el Protocolo de Palermo sólo se considera inválido el prestado por el menor de 18 años. Finalmente, en la ley alemana se han previsto a modo de *numerus clausus* los fines de explotación que sugería el instrumento normativo internacional, aunque en vez de referirse al “trabajo o servicios forzados” se ha aludido a la explotación laboral, por lo que cabe entender integrada la servidumbre, que no se contiene de un modo expreso. Pero las conductas previstas son exactamente las mismas contenidas en el Protocolo de Palermo (Clara Mora Guillem, 2016).

## 2. *España*

Mediante la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, se incorporó al Código Penal español el artículo 177 bis, que sanciona la trata de personas. Tras la reforma operada en este precepto mediante la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, el precepto determina, en su tipo básico, que

[s]erá 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 capture, transportare, trasladare, acogiere, 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.

La pena se agravará, pudiendo alcanzar los 12 años de prisión, en el caso de peligro para la vida o la integridad física o psíquica de las víctimas, en el caso de que los actos de trata de seres humanos se realicen sobre víctimas especialmente vulnerables, cuando se lleven a cabo prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público y cuando pertenezca a una organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades (art. 177 bis.4). Por el contrario, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con una pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el tipo básico (art. 177 bis.8); es decir, consistirá en una pena de prisión que podrá oscilar entre el año y tres meses y los cinco años.

Esta regulación reproduce los tres tipos de trata de personas previstas en el Protocolo de Palermo en atención a los medios violentos, abusivos y fraudulentos que se empleen. Asimismo, incrimina las conductas que en él se establecen. Y, por último, concreta los fines de explotación señalados en el instrumento normativo internacional. Pero, a diferencia de lo

que sería, a mi juicio, lo más adecuado (recomendado, además, por la propia UNODC en 2020), se establecen de un modo cerrado, lo que impide la sanción de otras modalidades de trata de personas.

### 3. *Francia*

Desde la reforma que supuso la Ley 2013-711, del 5 de agosto de 2013, el artículo 225-4 del Código Penal francés prevé el delito de trata de personas entre los delitos contra la dignidad humana. Para quienes lleven a cabo alguno de los comportamientos descritos en esta figura delictiva está prevista la pena de prisión de siete años y multa de 150.000 €.

En particular, en el mencionado precepto se determina que

la trata de personas consiste en la captación, el transporte, la transferencia, el alojamiento o la acogida de una persona con fines de explotación en cualquiera de las siguientes circunstancias: con el uso de amenaza, coerción, violencia o maniobra fraudulenta dirigida a la víctima, a su familia o a una persona relacionada con la víctima; por un ascendente de esa persona o por una persona que tenga autoridad sobre él o abuse de la autoridad que le confieren sus deberes; abusando de una situación de vulnerabilidad debido a su edad, enfermedad, dolencia, deterioro físico o psíquico o a un estado de embarazo; o a cambio o mediante la concesión de una remuneración o cualquier otro beneficio o una promesa de remuneración o beneficio.

Y, seguidamente, se concreta que la explotación consistirá en el hecho de que la víctima esté a disposición del sujeto activo o a disposición de un tercero, sea o no identificado, con el fin de llevar a cabo delitos de proxenetismo, agresión o abuso sexual, reducción de la esclavitud, sumisión al trabajo o servicios forzados, reducción de la servidumbre, extirpación de alguno de sus órganos, explotación de la mendicidad, o la comisión de otros delitos (Bénédicté Bourgeois, 2017).

Pero estas penas pueden ir aumentando según las circunstancias en las que se hayan cometido los hechos. Específicamente, la trata de seres humanos se castigará con diez años de prisión y una multa de 1.500.000 € cuando se hayan cometido dos de las circunstancias mencionadas en el tipo básico o una de las siguientes circunstancias adicionales: que se haya llevado a cabo respecto de varias personas; respecto de una persona

que se encontrara fuera del territorio nacional o a su llegada a este; cuando la persona haya sido captada mediante la difusión de mensajes a un público no especificado por una red de comunicación electrónica; en circunstancias que expongan a la víctima con un riesgo inmediato de muerte o lesión que provoque una mutilación o una enfermedad permanente; con violencia que haya causado a la víctima una incapacidad total para trabajar más de ocho días; por una persona llamada a participar, por sus deberes, en la lucha contra la trata o el mantenimiento del orden público; o cuando el delito haya colocado a la víctima en una situación material o psicológica grave. El delito de trata de seres humanos, por su parte, será castigado con 20 años de prisión y multa de 3.000.000 euros cuando se cometa en el seno de una banda organizada. Y cuando se haya cometido mediante tortura o actos de barbarie será castigado con cadena perpetua y una multa de 4.500.000 €. Además, debe tenerse en cuenta que la tentativa se sanciona con las mismas penas.

Se prevé, no obstante, que toda persona que haya intentado cometer el delito de trata de personas estará exenta de castigo si, habiéndolo notificado a la autoridad administrativa o judicial, ha impedido su ejecución e identifica, en su caso, al resto de autores o cómplices. Si la notificación se realiza cuando el delito se ha producido, pero permite detener a los autores la pena se reducirá a la mitad (cuando la pena sea a cadena perpetua, se reducirá a veinte años de prisión).

Tal y como sucede en la legislación española acabada de revisar, en la francesa se sanciona la trata de mayores de edad de un modo coherente con el Protocolo de Palermo: cuando se realiza una de las conductas que conforman las fases del proceso de trata de personas y median modos abusivos, fraudulentos o violentos. Igualmente, se contemplan los fines de explotación que prevé esta norma internacional, aunque en este caso no se han incluido las prácticas análogas a la esclavitud. Por último, conviene apuntar que los fines de explotación, lamentablemente, se han insertado en un listado cerrado.

#### 4. Italia

Desde el 25 de marzo de 2016, la trata de personas en Italia se sanciona en el artículo 601 del Código Penal con la pena de prisión de ocho a veinte años. Este precepto establece expresamente que

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

será sancionado con la pena de ocho a veinte años de prisión quien capte, introduzca en el territorio nacional, lleve fuera del mismo, transporte, ceda la autoridad sobre la víctima o la acoja mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad, o mediante promesa o entrega de dinero o de otro beneficio, con la finalidad de explotarla laboralmente, sexualmente, para la mendicidad, realizar actividades delictivas o la extracción de órganos. La misma pena se aplicará a cualquier persona que, incluso fuera de los medios a los que se refiere el primer párrafo, lleve a cabo la conducta prevista en una persona menor de edad.

Las únicas excepciones a esta previsión penológica son las siguientes: por un lado, la sanción para el comandante u oficial del buque nacional o extranjero que cometa cualquiera de estos hechos, que será un tercio mayor a la prevista en el tipo básico. Y, por otro lado, la sanción para el miembro de la tripulación del buque nacional o extranjero destinado al tráfico antes de la salida o durante la misma, que será de tres a diez años de prisión.

Consecuentemente, la conclusión que debe alcanzarse en relación con esta figura delictiva es muy similar a la obtenida acerca de los tipos penales regulados en España y en Francia. El delito italiano reprime la trata de personas abusiva, fraudulenta y violenta, tal y como se pide en el Protocolo de Palermo, cuando se realice mediante alguna de las conductas en él previstas. Pero, frente a lo que hubiese sido deseable para conseguir la pretendida armonización legislativa, regula los fines de explotación a modo de *numerus clausus*. La diferencia entre la regulación italiana y la contenida en las leyes española y francesa es la relación de fines de explotación porque Italia no ha previsto “la esclavitud o prácticas similares”, en contra de lo estipulado en el instrumento normativo internacional.

## 5. Reino Unido

La trata de personas en Reino Unido se recoge actualmente en la *Modern slavery act 2015*. En esta norma se entiende que “una persona comete un delito si organiza o facilita el viaje de otro con fines de explotación. Será irrelevante si la víctima da su consentimiento (tanto si es un adulto como si es un niño)” (art. 2o.). Las sanciones previstas para estas conductas son de hasta cadena perpetua, en caso de condena en juicio ordinario;

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

y de prisión de hasta 12 meses, multa o ambas penas, en caso de condena en juicio sumario.

A continuación, la ley aclara que una persona puede, en particular, organizar o facilitar el viaje mediante la captación, el transporte, la transferencia, la acogida o la recepción, incluido el intercambio del control sobre la víctima. E, igualmente, determina que, a los efectos de esta ley, se entenderá que una persona organiza o facilita el viaje de la víctima con fines de explotación si tiene la intención de explotarla o si sabe que otro lo hará. Por su parte, “viaje” significa entrar en el país, salir de él o desplazarse por el interior de éste.

Los fines de explotación a los que se refiere esta norma son los siguientes: “esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio; explotación sexual; extirpación de órganos, etc.”. Por lo tanto, en este caso sí se deja abierto el listado de fines de explotación. Sin embargo, la discrepancia surge en relación con los medios de doblegación de la voluntad de la víctima, que no aparecen en la regulación inglesa. Esto permite sancionar la trata de personas, aun cuando la víctima haya prestado un consentimiento válido a la misma. De hecho, incluso se determina, expresamente, que el consentimiento resulta irrelevante en todo caso. Y parece obvio que ello es así porque se estima que el bien jurídico protegido en este ilícito penal debe considerarse indisponible en todo caso (Francisca Barros Sánchez, 2018, p. 143).

La misma conclusión cabe alcanzar en relación con la legislación de Irlanda del Norte y Escocia, que sancionan este fenómeno en los mismos términos que la ley inglesa (concretamente, en los artículos 2o. y 1o., respectivamente, de sus *Human trafficking and exploitation act*, ambas de 2015) (Cecilia Della Penna, 2019).

## 6. Argentina

Argentina aprobó una de las primeras normas mundiales para combatir la trata de personas en 1913 (la Ley 9.143). Casi cien años después, en 2008, la sancionó mediante la implementación de la Ley 26.364. Sin embargo, ante los obstáculos procesales que conllevaba la previsión de medios comisivos en el delito y la falta de mecanismos de asistencia a las víctimas, se reformó su regulación por medio de la Ley 26.842,

prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, de 2012, modificada en 2015 (Christian Sommer, 2017, p. 408).

Estas leyes han incorporado al Código Penal dos figuras delictivas entre los delitos contra la libertad. La primera, prevista en el artículo 145 bis, es el tipo básico y castiga al que realice conductas de trata de personas con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Concretamente, el precepto determina lo siguiente: “[s]erá reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, capture, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima”. Esta pena se agravará (se impondrá la pena de prisión de ocho a doce años) si tiene lugar la explotación efectiva a la que se encamina la trata. Y, seguidamente, se aclara que “se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países”.

A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

a) cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; y f) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

El artículo 145 ter contiene un subtipo agravado que castiga con la pena de prisión de cinco a diez años a quien realice el comportamiento tipificado en el artículo 145 bis con la concurrencia de determinadas circunstancias, entre las que se encuentra “el engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

que tenga autoridad sobre la víctima”. El resto de circunstancias previstas son las siguientes: que la víctima esté embarazada o sea mayor de setenta años; que la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma; que las víctimas sean tres o más; que en la comisión del delito participaren tres o más personas; que el autor sea ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima; o que el autor sea funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Son dos, por ende, las diferencias entre la regulación argentina y la del Protocolo de Palermo: la primera, que en el tipo básico de la ley argentina no se establecen los mecanismos que excluyen la libertad de la víctima como elemento constitutivo del delito (se contemplan en el subtipo cualificado) y, la segunda, que, entre los fines de explotación, que están tasados, no se han previsto las prácticas análogas a la esclavitud.

## 7. Chile

Por lo que se refiere a Chile, la Ley 20.507, por la que se tipifican los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, de 2011, añadió al Código Penal el título “De los delitos de tráfico de inmigrantes y trata de personas”, que sanciona con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio (es decir, con la pena de prisión de cinco a quince años) y multa a quienes cometan trata de personas (art. 411 quáter).

La figura delictiva en cuestión establece, expresamente, que

el que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

Así pues, igual que las legislaciones de España, Italia y Francia, la norma chilena respeta la exigencia de previsión de las conductas típicas y de los medios de doblegación de la voluntad de la víctima contenida en el Protocolo de Palermo. Pero contiene un *numerus clausus* de fines de explotación, que impide sancionar otras modalidades de trata de personas (Clara Moya Guillem, 2016).

## 8. Colombia

En Colombia se prohíbe expresamente la trata de personas en la carta fundamental de 1991 (art. 17). Con base en esta previsión constitucional la trata de personas se regula en la Ley 67, de 2001. Por su parte, la Ley 800 de 2003 es la que incorporó al ordenamiento jurídico el Protocolo de Palermo (Melissa Jiménez-Rojas y Gerardo Figueredo-Medine, 2015). Pero el delito de trata de personas se incorporó al Código Penal mediante la Ley 985, de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas, y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma, entre los delitos contra la autonomía personal (art. 188.a). Esta previsión está en vigor desde febrero de 2016.

El tipo penal dispone, literalmente, que:

[e]l que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece a veintitrés años y una multa de ochocientos a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante 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, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

Y el artículo 188.b) del Código Penal, introducido mediante la Ley 747, del 29 de julio de 2002, contempla la agravación de la pena de una tercera parte a la mitad cuando la trata de personas se realice en per-

sona que padezca inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, o sea menor de edad; cuando, como consecuencia, la víctima resulte lesionada en su salud física o psíquica; cuando el responsable sea pareja estable o pariente de la víctima; y cuando el autor o partícipe sea servidor público.

Siendo ello así, la legislación colombiana se distancia del Protocolo de Palermo en la regulación de los medios de determinación de voluntad, que no se prevén en el tipo básico, aunque coincide con este instrumento internacional en las conductas típicas y en la forma abierta de establecer las finalidades de explotación (María Isabel Henao Trip, 2008).

## 9. México

México, por su régimen político federado, tiene 35 códigos penales y en el pasado, en la mayoría de ellos, se regulaba el delito de trata de personas. En 2007, en cambio, se aprobó la primera ley nacional en la materia, aunque no consiguió la unificación del ilícito penal; convivían en el país 29 tipos penales de trata de personas (13 en leyes especiales estatales y 16 en códigos penales locales). Esta situación sólo se logró superar cuando se modificó la Constitución Política federal para que existiera una sola ley en el país sobre la trata de personas (Gilberto Martiñón Cano, 2019).

Fue entonces cuando se aprobó la 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 2012, que ha sido modificada en enero de 2018 (Xochithl Guadalupe Rangel Romero, 2020). A pesar de este avance, se estima que el cumplimiento de la ley resulta difícil por la falta de capacitación de las autoridades y funcionarios públicos, así como por la corrupción (María Rita Chávez-Gutiérrez y María Antonia Chávez-Gutiérrez, 2018).

El artículo 10 de la ley establece que “[t]oda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa”. Y este mismo precepto aclara que

se entenderá por explotación de una persona a: la esclavitud; la condición de siervo; la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; la explotación laboral; el trabajo o servicios forzados; la mendicidad forzosa; la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas; la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años; el matrimonio forzoso o servil; tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos; y experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

En consecuencia, se sanciona toda trata de personas, sin tener en cuenta el consentimiento de la víctima en ningún caso y estableciendo un listado cerrado (aunque sumamente extenso) de finalidades de explotación.

#### 10. *Uruguay*

Finalmente, en Uruguay la Ley de migraciones 18.250, de 2008 (modificada en 2014 mediante la Ley 19.254), sanciona con la pena de cuatro a dieciséis años de prisión a “quien, de cualquier manera o por cualquier medio, participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana” (art. 78). De manera que se establece, acertadamente, un listado abierto de fines de explotación.

Los procedimientos violentos, intimidatorios o abusivos se integran en un subtipo agravado, que aumenta la pena de un tercio a la mitad. En concreto, el artículo 80 de la ley establece que

[s]e consideran agravantes especiales de los delitos descritos en los artículos 77, 78 y 79 de la presente ley y se incrementarán de un tercio a la mitad las penas en ellos establecidos cuando medien las siguientes circunstancias: cuando se hubiere puesto en peligro la salud o la integridad física de los migrantes; cuando la víctima se trate de un niño o un adolescente o el agente se haya prevalecido de la incapacidad física o intelectual de una persona mayor de dieciocho años; cuando el agente revista la calidad de funcionario policial o tenga a su cargo la seguridad, custodia o el control de las cuestiones relativas a la migración de personas; cuando el tráfico o la trata de personas se efectuara con violencia, intimidación o engaño o abusando de la inexperien-

cia de la víctima; y cuando el agente hiciere de las actividades mencionadas en los artículos 77, 78 y 79 de la presente ley su actividad habitual.

Ésta sería, entonces, la diferencia entre esta legislación y la regulación contenida en el Protocolo de Palermo: que los mecanismos para doblegar la libertad de la víctima no aparecen previstos en el tipo básico, sino en el subtipo agravado.

Además, debe tenerse en cuenta que se regula un tipo híbrido entre la trata de personas y la inmigración ilegal en el artículo 79. Este precepto castiga el favorecimiento o la facilitación de la entrada, el tránsito interno o la salida de personas del país, con las mismas finalidades, pero fuera de los comportamientos anteriores (César Correa Borges, 2019, p. 134).

#### IV. TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS

Los diez países cuyas regulaciones han sido examinadas en el presente trabajo están obligados a reprimir penalmente la trata de personas en sus respectivos ordenamientos jurídicos en los términos establecidos en el Protocolo de Palermo, puesto que todos ellos lo han firmado y ratificado.

Precisamente por esta razón sorprende que, a pesar de las recientes reformas, la mayoría de las normas nacionales no exijan para la aplicación del tipo básico de trata de personas el empleo de medios violentos, intimidatorios o abusivos, tal y como se demanda en el instrumento normativo internacional. En este sentido, cabe diferenciar dos grupos de países. El primero estaría conformado por los que definen el tipo básico únicamente por la realización de alguna de las conductas características del proceso de trata de personas con fines de explotación, por lo que no resulta necesaria la concurrencia de ningún medio de doblegación de la voluntad de la víctima (Reino Unido, Argentina, Colombia, Uruguay y México) o, a lo sumo, como sucede en Alemania, sólo contemplan la situación abusiva, mientras que la violencia y la intimidación se prevén en un tipo autónomo. Y el segundo grupo estaría compuesto por los países que, por el contrario, tal y como exige la normativa internacional en este ámbito, sí definen la trata de personas jurídico-penalmente con base en sus tres elementos característicos: la acción, el medio de determinación de la vo-

luntad de la víctima y la finalidad de explotación (España, Francia, Italia y Chile).

Por otro lado, los fines de explotación previstos en los preceptos examinados no son los mismos en todos los Estados. Además, el Protocolo de Palermo exige que las conductas de trata de personas deben perseguir, “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”. Sin embargo, sólo Reino Unido, Colombia y Uruguay parecen haber regulado el fenómeno criminal de un modo abierto. El resto de los países referenciados en el trabajo, en cambio, ha establecido un *numerus clausus* de finalidades de explotación que, por lo general, suelen coincidir con las establecidas en el Protocolo de Palermo, pero cierran el paso a otras. Así, por ejemplo, en España sólo se puede sancionar penalmente la trata de personas que se lleve a cabo con fines de explotación sexual, la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de sus órganos y la celebración de matrimonios forzados. En cambio, no se puede sancionar en aplicación del artículo 177 bis del Código Penal, por ejemplo, la trata de seres humanos con fines de adopción ilegal o experimentación biomédica ilícita.

Por último, llama la atención la diversidad de penas previstas para sancionar la trata de personas. En este sentido, por un lado, en cuanto a las penas mínimas de prisión a imponer, pueden distinguirse tres grupos de Estados: aquellos en los que se puede imponer una pena de prisión inferior a los doce meses o incluso una pena de multa (Alemania y Reino Unido); los que prevén una pena de prisión de entre uno y cinco años (Argentina, Chile, España, México y Uruguay), y, por último, los que contemplan penas mínimas superiores a los cinco años de prisión (Italia, Francia y Colombia). Por otro lado, pueden diferenciarse tres grupos de países en función de las penas máximas de prisión a imponer en casos de trata de personas: en primer lugar, aquellos Estados cuya pena máxima oscila entre los diez y los veinte años de prisión (Alemania, Argentina, Chile, España, México y Uruguay); en segundo lugar, los que contemplan penas superiores a los 20 años de prisión (Italia y Colombia), y, en tercer lugar, los que prevén incluso la cadena perpetua en este contexto (Reino Uni-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 160, enero-abril de 2021, pp. 305-335.

do y Francia). Finalmente, sólo Francia, Reino Unido, Chile, Colombia y México contemplan penas pecuniarias entre las sanciones penales para la trata de personas.

Las dos primeras divergencias expuestas, a su vez, permiten concluir que el bien jurídico protegido en las figuras delictivas previstas en los Estados examinados difiere. Se pueden distinguir, específicamente, cuatro posibilidades que son el resultado de la combinación de los siguientes dos factores: a) la relevancia otorgada al consentimiento prestado por la víctima del delito mayor de edad y b) la determinación de los fines de explotación en un listado abierto o cerrado.

Combinando ambos aspectos, la primera tendencia político-criminal identificada es la establecida en el Protocolo de Palermo, que, por un lado, sólo considera irrelevante el consentimiento prestado por la víctima mayor de edad cuando este se preste bajo condiciones abusivas, fraudulentas o violentas, y, por otro lado, regula los fines de explotación de un modo abierto al indicar que “esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La segunda tendencia político-criminal que se puede distinguir es la que se desprende de las legislaciones de Alemania, España, Francia, Italia y Chile. En todos estos países el delito de trata de personas gira en torno a tres ejes, tal y como exige el Protocolo de Palermo: la conducta típica, los medios de doblegación de la voluntad de la víctima (sólo el abuso en el caso alemán) y los fines de explotación. Pero, en estos países, a diferencia de lo establecido en el Protocolo de Palermo, los fines de explotación se han ubicado en un listado cerrado que impide sancionar la trata de seres humanos cometida con otras finalidades de explotación que no estén en él establecidas.

La tercera tendencia político-criminal observada sería la llevada a cabo en este ámbito por Reino Unido, Colombia y Uruguay, que no dan relevancia alguna al consentimiento prestado por la víctima. En estas legislaciones, en contra de lo exigido en el Protocolo de Palermo, la sanción penal no se limita a la trata abusiva, violenta y fraudulenta, sino que se reprime todo tipo de trata de personas. Por el contrario, han establecido una lista abierta de fines de explotación, lo que resulta sumamente

adecuado para una eficaz persecución y enjuiciamiento de la trata transnacional de personas.

Por último, la cuarta tendencia político-criminal identificada sería la implementada por Argentina y México, que se distancian del Protocolo de Palermo en los dos elementos a los que se está haciendo referencia; es decir, no prestan atención en ningún caso al consentimiento prestado por las víctimas mayores de edad ni permiten la sanción de la trata de personas con cualquier finalidad de explotación.

## V. CONSECUENCIAS TÍPICAS

Para poder determinar el bien jurídico-penal tutelado en las figuras delictivas que han previsto las legislaciones penales examinadas en el presente trabajo, conviene recordar, de forma previa, que la trata de personas consiste en la conversión de la persona en cosa u objeto de intercambio o disposición plena por parte de su propietario o poseedor. Esta relación fáctica de dominio, que permite a un sujeto gozar y disponer de la víctima como si se tratara de un bien de su propiedad, es la que dota de singularidad al fenómeno y, en definitiva, la que justifica que se le dé un tratamiento jurídico-penal autónomo (Esteban Pérez Alonso, 2008, p. 177).

La proscripción de una instrumentalización de otra persona que puede entenderse como vejatoria, humillante o degradante sólo se garantiza por medio de un bien jurídico-penal que en algunos países se identifica con la dignidad humana y en otros, con la integridad moral. Este sería un bien jurídico que se tutelaría en todos los tipos penales analizados.

Sin embargo, para proteger exclusivamente la dignidad o la integridad moral de la víctima y evitar su cosificación no era necesaria la referencia en los delitos a ciertos medios comisivos, como los contenidos en las legislaciones de Alemania, España, Francia, Italia y Chile. La exigencia de que concurra violencia, engaño o abuso tiene una gran trascendencia en la delimitación del bien jurídico protegido, ya que permite detectar la existencia de otro interés tutelado.

Estos delitos de trata de personas no prohíben exclusivamente la cosificación de la víctima, sino que, además, prohíben que se doblegue su voluntad hacia alguno de los fines de explotación previstos. En consecuencia, en estos casos, el desvalor de la acción constitutiva de trata de personas

no se agota en la conducta misma, sino que requiere que esta sea impuesta a la víctima haciendo uso de medios violentos, fraudulentos o abusivos (Juan Antonio Martos Núñez, 2012, p. 101).

Por ello, parece razonable sostener que la lesión de la libertad forma parte del injusto de las figuras delictivas previstas en Alemania, España, Italia, Francia y Chile, junto con la dignidad o la integridad moral (Clara Moya Guillem, 2020, pp. 142-160).

Específicamente, al prohibir la trata forzada de seres humanos (en particular, la realizada con violencia) se ampararía la libertad de obrar; es decir, el mismo bien jurídico tutelado en los delitos de coacciones. Adviértase que el delito de trata forzada de seres humanos comparte el fundamento de las coacciones, pues el núcleo de ambas figuras consiste en imponer con violencia una conducta a otro por medio de diversas modalidades de actuación. Como afirma Gonzalvo Quintero Olivares (2011), “en los delitos contra la libertad son elementos esenciales la intención de doblegar la voluntad de la víctima y el uso de la violencia o la intimidación por parte del autor para realizar su acción” (p. 211), y estos son también los elementos que configuran el delito de trata violenta de personas.

En cambio, con la incriminación de la trata fraudulenta o de la trata abusiva de personas se protegería la libertad de decisión, ya que mediante el engaño, así como también abusando de la situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o aprovechándose de una situación de superioridad, se interfiere, sin duda alguna, en el proceso deliberativo.

Finalmente, la prohibición penal de la trata de personas empleando intimidación tutelaría, dependiendo del caso, la libertad de decisión o la libertad de obrar de la víctima, según si adopta la forma de amenaza o de coacción (Dulce Santana Vega, 2011, p. 106).

Así pues, debería considerarse que el delito de trata de personas previsto en Alemania, España, Italia, Francia y Chile absorbe, según el caso, las coacciones, amenazas o detenciones ilegales que formen parte del proceso. Por el contrario, en los delitos previstos en Reino Unido, Colombia y México deberían aplicarse, además de los correspondientes delitos de trata de personas, los ilícitos penales que tutelen la libertad en el caso de que se ataque la misma. Y, por su parte, en Argentina y en Uruguay se debería apreciar el subtipo agravado y no el tipo básico si la trata de personas se lleva a cabo empleando medios violentos o fraudulentos.

Ahora bien, existe una razón que impide concluir que sólo estos (la dignidad o integridad moral y, en su caso, la libertad) son los intereses amparados en las figuras delictivas previstas en España, Italia, Francia, Alemania, Chile, México y Argentina. Y es que el legislador penal de esos países ha establecido un *numerus clausus* de finalidades de explotación (Clara Moya Guillem, 2020, pp. 118-160).

En el artículo 3o. del Protocolo de Palermo se exige la prohibición penal de la trata de personas con fines de explotación. Y, a continuación, se establece que la explotación incluirá, como mínimo, ciertas modalidades. Considero que, a pesar de que no era vinculante, resultaba aconsejable sancionar toda trata de personas con fines de explotación y no sólo algunas de sus modalidades. Al menos, esta sería la interpretación adecuada si se pretenden alcanzar los objetivos expresamente delimitados en el instrumento normativo internacional. En ese caso, se trataría de evitar la comisión de un delito de esclavitud como el regulado en Reino Unido, precisamente junto con el de trata de personas. En dicho país el delito de trata de personas tutelaría, exclusivamente, la dignidad o integridad moral de la víctima. Este interés se lesionaría y, además, se pondría en peligro, en la medida en que el delito de esclavitud protege este mismo bien jurídico de un ataque todavía mayor. Así pues, el posterior delito de esclavitud absorbería el delito de trata de personas.

Pero España, Francia, Italia, Alemania, Chile, México y Argentina se han apartado de esta interpretación y han tipificado la trata de personas sólo cuando se cometa con ciertos fines de explotación. No se ha cumplido la previsión de Borja Mapelli Caffarena (2012):

a la vista de la evolución expansiva seguida en los últimos años por el concepto jurídico de trata de personas es previsible que pronto se prescinda de concretas referencias de explotación para que no se generen estas impunidades injustificables y se entienda por trata el traslado para la explotación, entendiéndose por explotación utilizar en provecho propio alguna circunstancia que pone a otro en desventaja (p. 54).

La inserción de estas concretas finalidades es el principal argumento para sostener que la prohibición penal de la trata de personas no sólo persigue la tutela de la libertad del sujeto pasivo y de su dignidad o integridad moral, sino que, además, pretende amparar otros bienes que se po-

nen en peligro con estos comportamientos. Así, por ejemplo, en el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual se protegería de manera mediata la libertad sexual de la víctima.

## VI. CONCLUSIONES

El Protocolo de Palermo aprobado por la ONU hace ya más de veinte años exige la tipificación penal de la trata de personas sobre la base de tres elementos: en primer lugar, las conductas típicas; en segundo lugar, los medios de determinación de la voluntad de la víctima, que pueden ser violentos, fraudulentos o abusivos, y, en tercer lugar, los fines de explotación configurados de un modo abierto para dar cabida a cualquiera.

Esta composición permite considerar que la pretensión era, por un lado, que el consentimiento prestado por la víctima mayor de edad tuviese absoluta validez, excepto si se presta en un contexto de ilicitud o nulidad, y, por otro lado, hacer frente a toda forma de trata de personas con fines de explotación y no sólo a la dirigida a algunos de ellos.

De los diez países cuyas legislaciones han sido examinadas en este trabajo, ninguno ha trasladado estas dos ideas a sus respectivas legislaciones en materia de trata de personas. Así pues, como sostiene Ana Valverde Cano (2019), “a pesar de los avances hacia una armonización penal que allanan el camino de la cooperación interestatal, el amplio margen de discrecionalidad de los Estados no ha impedido, en la práctica, la subsistencia de un régimen fragmentado en la lucha contra la trata” (p. 21). En este sentido, cabe diferenciar tres tendencias político-criminales distintas a la seguida por el Protocolo de Palermo y, en consecuencia, tres objetos de protección distintos.

En primer lugar, aquellas legislaciones en las que el consentimiento prestado por la víctima es válido excepto si concurren ciertos medios de doblegación de su voluntad, pero cuyos fines de explotación han sido establecidos de forma tasada (es decir, las legislaciones de Alemania, España, Francia, Italia y Chile) tutelarían la dignidad o integridad moral de la víctima, su libertad y otros bienes que se ampararían de forma indirecta.

En segundo lugar, estarían las regulaciones que han previsto que el consentimiento prestado por la víctima mayor de edad siempre es inválido, pero han establecido el listado de finalidades de explotación de un

modo abierto. Serían las legislaciones de Reino Unido, Colombia y Uruguay. En los delitos de trata de personas de estos países sólo se ampararía la dignidad o la integridad moral de la víctima.

Por último, en tercer lugar, aquellas regulaciones que no otorgan relevancia al consentimiento de la víctima en ningún caso ni establecen los fines de explotación de un modo abierto, como las de Argentina y México, serían las más alejadas de la regulación contenida en el Protocolo de Palermo. En ellas se ampararían la dignidad o integridad moral de la víctima junto con otros intereses que se pondrían en peligro con la realización de la trata de personas.

Esta conclusión acerca del bien jurídico tutelado tiene importantes consecuencias, especialmente, sobre las relaciones concursales entre el delito de trata de personas y otros ilícitos penales. Conlleva, por ejemplo, que ante la captación de una víctima mediante amenaza con fines de explotación sexual existan dos respuestas penales según el país en el que se enjuicie esta práctica ilegal: se apreciaría un delito de trata de personas en Chile o en Italia, mientras que en Reino Unido o en Argentina habría que sancionar por el delito de trata de personas y también por el correspondiente delito de amenazas, pues estas no quedarían absorbidas por la primera figura delictiva. Otro ejemplo de las consecuencias que derivan de la distinta configuración de las figuras delictivas, conectado en este caso con los fines de explotación, haría referencia a la relación entre el delito de trata de personas y los correspondientes delitos de explotación. Si en alguno de estos últimos se prevé la sanción para la puesta en peligro del mismo bien jurídico-penal que se tutela de manera indirecta mediante la trata de personas (como sucede, por ejemplo, en los delitos de tráfico de órganos, al sancionarse los actos tendentes a su obtención ilegal), en el caso de España o de Francia habría un concurso de normas entre ambos ilícitos penales (el de trata de personas y el de tráfico de órganos) que se resolvería por el principio de especialidad en favor del delito de trata de personas. En cambio, por ejemplo, en Uruguay o en Colombia también debería sancionarse en aplicación del ilícito penal que tutele el bien jurídico puesto en peligro; es decir, en un caso como el expuesto se sancionaría tanto en aplicación del delito de trata de personas como en aplicación del delito de tráfico de órganos. Habría que resolver en este supuesto el correspondiente concurso de delitos.

Pero los problemas más serios que plantea tal disparidad legislativa se observan en sede procesal. La discordancia en este ámbito impide una adecuada cooperación judicial y crea lagunas normativas. Igualmente, imposibilita la recopilación de datos a nivel mundial y su correcto análisis.

Por todas estas razones parece aconsejable una reforma penal por parte de todos los Estados cuyas legislaciones han sido estudiadas en este trabajo con el propósito de prever los medios de doblegación de la voluntad de la víctima en el tipo básico de trata de personas y establecer los fines de explotación de un modo abierto. Como sostiene Borja Mapelli Caffarena (2011), “mientras que se presente un panorama diverso, los sistemas seguirán teniendo graves dificultades para hacer ágiles los traslados de condenados, la euro-orden o el reconocimiento mutuo de sentencias penales de otros países y, consiguientemente, los delincuentes alcanzarán la impunidad mediante estrategias de deslocalización” (p. 44).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARROS SÁNCHEZ, F. (2018). La trata de personas: comparación y evaluación de las políticas en Chile. *Revista Política y Estrategia* (132), 125-159. <https://doi.org/10.26797/rpye.v0i132.242>
- BOURGEOIS, B. (2017). Statutory Progress and obstacles to achieving an effective criminal legislation against the Modern-Day forms of slavery: the case of France. *Michigan Journal of International Law*, 38(3), 455-496. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol38/iss3/3>
- CHÁVEZ-GUTIÉRREZ, M. R. y CHÁVEZ-GUTIÉRREZ, M. A. (2018). La situación de la trata de personas con fines de explotación sexual en México. *Revista Espiga*, 17(35), 31-44. <http://dx.doi.org/10.22458/re.v17i35.1806>
- CORREA BORGES, C. (2019). Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de Unasur. En E. PÉREZ ALONSO y E. POMARES CINTAS (coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano* (pp. 117-139). Tirant lo Blanch.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Tirant lo Blanch.

- DELLA PENNA, C. (2014). Aspectos fundamentales sobre la trata de personas. Algunas particularidades del caso argentino. *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de la Seguridad* (14), 28-47. <https://doi.org/10.17141/urvio.14.2014.1342>
- JIMÉNEZ-ROJAS, M. y FIGUEREDO-MEDINA, G. (2017). Implementación de estándares internacionales de prevención de trata de personas en el control migratorio. *Inciso*, 19(1), 17-32. <https://doi.org/10.18634/incj.19v.1i.663>
- HENAO TRIP, M. I. (2008). Lucha contra la trata de personas: desafío para Colombia en el siglo XXI. *Revista Criminalidad*, 50(1), 385-402. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-31082008000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082008000100013&lng=en&nrm=iso)
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2012). La trata de personas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* (65), 25-62.
- MARTÍNÓN CANO, G. (2019). El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo. En E. PÉREZ ALONSO y E. POMARES CINTAS (coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano* (pp. 175-199). Tirant lo Blanch.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A. (2012). El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal. *Estudios penales y criminológicos* (32), 97-130. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/896>
- MOYA GUILLEM, C. (2020). *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*. Tirant lo Blanch.
- MOYA GUILLEM, C. (2016). Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. *Política Criminal*, 11(22), 521-547. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200006>
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2013). A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas. En J. G. FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 459-490.
- PÉREZ ALONSO, E. (2008). *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch.

- QUINTERO OLIVARES, G. (2011). Título VI: Delitos contra la libertad. En G. QUINTERO OLIVARES (dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, 183-229.
- RANGEL ROMERO, X. G. (2020). El tipo penal de trata de personas en México. *Tlatemoani. Revista Académica de Investigación* (34), 174-183. <https://www.eumed.net/rev/tlatemoani/34/trata-personas.html>
- SANTANA VEGA, D. (2011). El nuevo delito de trata de seres humanos. *Cuadernos de Política criminal* (104), 79-108.
- SOMMER, C. (2017). Trata de personas en Argentina. Sus recientes implicancias de persecución y asistencia a las víctimas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (148), 393-425. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148.11005>
- SPITZER, A. (2018). *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer.
- VALVERDE CANO, A. B. (2019). Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo. La trata como forma de explotación. *Estudios de Deusto*, 67(2), 15-29. [http://dx.doi.org/10.18543/ed\\_67\(2\)-2019pp15-29](http://dx.doi.org/10.18543/ed_67(2)-2019pp15-29)
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2014). Víctimas de trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas. *Indret* (2), 1-31. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/289825/378134>