

INFORME JURÍDICO

VÍCTIMAS DE TRATA PARA DELINQUIR: ENTRE LA PROTECCIÓN Y EL CASTIGO

El principio de no punición (art. 177 bis 11 del Código penal)

Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de junio de 2020 y
Sentencia de la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña
de 2 de noviembre de 2021

En la elaboración de este informe han intervenido: MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, Catedrática de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid (UCM); MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Profesora Contratada Doctora de Derecho penal, UCM; JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS, Profesor Titular de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos; JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, Profesor Titular de Pastoral Social, Universidad Pontificia de Salamanca; ADELA ASUA BATARRITA, Catedrática emérita de Derecho penal, Universidad del País Vasco; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Catedrático emérito de Derecho penal. UCM; CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE, Catedrática de Derecho penal, Universitat de Lleida; JULIÁN RÍOS MARTÍN, Profesor de Derecho penal, Universidad de Comillas (ICADE); XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Profesor Ayudante Doctor, UCM; MARÍA VIEYRA CALDERONI, Abogada.

Informe promovido desde el Proyecto I+D+i

«Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión»

Acrónimo: IUSMIGRANTE, (PID 2019-105778RB-I00)

Fecha de publicación: 17 de marzo de 2022

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. HECHOS PROBADOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

III. LA VÍCTIMA DE TRATA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DELICTIVAS

1. La situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima
2. El abuso de dicha situación

IV. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 177 BIS 11 CP

1. El reconocimiento de la condición de víctima de trata a los efectos del art. 177 bis 11 CP
2. Que la infracción penal se haya cometido en la situación de explotación sufrida y haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida
3. La «adecuada proporcionalidad» entre la infracción cometida y la situación de trata
 - a) La proporcionalidad en el marco de la eximente de estado de necesidad. Especial consideración al “hecho criminal realizado”
 - b) Las consideraciones preventivo-generales y el juicio de proporcionalidad
 - c) La «situación de trata» como elemento de la ponderación
 - d) La compatibilidad de la exigencia de proporcionalidad con el derecho internacional y comunitario
4. Breve apunte sobre la naturaleza jurídica de la exención

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

I. INTRODUCCIÓN

1. El abordaje jurídico de la trata de seres humanos se ha centrado tradicionalmente en su represión penal. Así sucedió con los grandes tratados en la materia auspiciados por Naciones Unidas durante el siglo XX. Hubo que esperar al siglo XXI para que aparecieran los primeros instrumentos jurídicos internacionales que, trascendiendo una visión meramente punitivista, pusieran el acento en que la trata de seres humanos es una **grave violación de los derechos humanos** cuyas víctimas precisan de un tratamiento jurídico y del desarrollo de políticas públicas dirigidos a la atención de sus necesidades de protección y asistencia y la reparación de sus derechos.

Los ejes centrales para la efectividad de un abordaje de la trata de seres humanos centrado en sus víctimas se han hecho radicar, por un lado, en independizar la obligación de punición de las personas que pudieran resultar responsables del delito de trata, de la necesidad de atención integral a las víctimas; y, por otro, en coherencia con el anterior, en la implantación de un **sistema de identificación** de las víctimas de trata, autónomo al del devenir de un eventual proceso penal por el delito de trata, que incluso puede no llegar a existir por falta de responsables conocidos. Ambos ejes se establecen como obligaciones positivas de los Estados con un mismo nivel de fuerza vinculante.

Sin embargo, las cifras oficiales, en este aspecto, parecen indicar un cierto fracaso sistémico o, al menos, un **déficit en las labores de identificación**, ya que sugieren una falta de congruencia entre los datos de potenciales víctimas de estos delitos y los de víctimas efectivamente identificadas que, como informa el Defensor del Pueblo en sus sucesivas memorias, se limitan en los últimos años a 220 en 2017, 238 en 2018 y 523 en 2019.

2. La realidad criminológica muestra que es frecuente que la víctima de trata se vea compelida a la realización de ilícitos penales, por ejemplo, que deba usar documentación falsificada, suministrar drogas a los clientes en el ámbito de la explotación sexual e incluso cooperar en la captación o vigilancia de otras víctimas de trata. Esta doble condición de autora de infracciones penales y víctima de trata concurre por definición en la modalidad de trata que tiene como finalidad «**la explotación para la realización de conductas delictivas**» [art. 177 bis 1 c) CP].

La trata de seres humanos con fines de realización de conductas delictivas es uno de los supuestos de explotación de más reciente incorporación en la legislación penal española, ya que se produjo con ocasión de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. El desconocimiento, debido a su reciente incorporación, de esta modalidad de trata, unido a que no concuerda con los estereotipos más extendidos, ha podido provocar una **cierta desatención a las necesidades específicas de identificación y de tratamiento jurídico que tienen estas víctimas**. Esta desatención adquiere una **especial gravedad** cuando a la propia condición de víctima que ha visto vulnerados sus más elementales derechos fundamentales se añaden los efectos de que la víctima se convierta, a su vez, en sujeto de

persecución penal por la comisión del delito al que fue compelido por la situación de explotación, llegando a adoptarse medidas cautelares privativas de libertad y condenas de prisión, que, en su caso, pueden ser sustituidas total o parcialmente por expulsión.

3. La atención a esta singular circunstancia de que una víctima de trata de seres humanos pudiera verse sometida a un proceso penal derivado de la conducta a la que se veía obligada por el contexto de la trata y la explotación, fue uno de los objetos de especial preocupación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que pusieron el foco en garantizar la indemnidad de estas víctimas. **El principio de no punición** se convirtió en otro de los ejes fundamentales de la atención integral a las víctimas de trata de seres humanos. Con dicho principio se pretende evitar que el procesamiento y el castigo se sumen al daño inferido a las víctimas por los tratantes y explotadores.

En nuestro ámbito jurídico de compromisos internacionales, el [Convenio del Consejo de Europa \(núm. 197\) sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005](#) –conocido como **Convenio de Varsovia**– estableció en su art. 26 que «las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello». De manera más desarrollada, la [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, en su art. 8 estableció que «los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2».

En el reciente [Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Siobhán Mullally, sobre la aplicación del principio de no penalización, de 17 de mayo de 2021 \(A/HRC/47/34\)](#) se incide en que este principio (i) es fundamental para el reconocimiento de la trata de personas como una violación grave de los derechos humanos; y que (ii) la penalización de una víctima supone un incumplimiento del compromiso asumido por los Estados de reconocer la prioridad de los derechos de las víctimas a la asistencia, la protección y los recursos efectivos. También se recuerda que «debido al trauma ya sufrido y al temor a las represalias por parte de los traficantes, el temor adicional al enjuiciamiento y al castigo solo puede impedir aún más que las víctimas recurran a la protección, a la asistencia y a la justicia. La penalización de las víctimas también menoscaba la lucha contra la impunidad en la trata de personas, dado que se dirige a las víctimas y no a los autores, limitando tanto la eficacia de las investigaciones como la promesa de la rendición de cuentas» (apartado 18).

4. La respuesta española a estos compromisos internacionales se produjo en el ámbito legislativo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, mediante la inclusión en el art. 177 bis 11 CP de la previsión de que «**sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este**

Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado»

5. Diez años ha tardado la jurisprudencia española en aplicar por primera vez esta previsión para fundamentar la absolución de una víctima de trata que había sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal. Esta aplicación, además, se ha producido en un supuesto que escapa a los estereotipos tradicionales: una mujer es captada aprovechando una situación de extrema vulnerabilidad para que introduzca droga en España transportándola en su aparato digestivo.

La Sentencia de la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 351/2021, de 2 de noviembre ([ECLI:ES:TSJCAT:2021:7584](#)), confirmó la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 183/2020, de 22 de junio ([ECLI:ES:APB:2020:9057](#)), que absolvía a una ciudadana peruana por la comisión de un delito de tráfico de drogas, al considerarla una víctima de trata de seres humanos con la finalidad de su explotación para realizar actividades delictivas y aplicarle la exención de pena prevista en el artículo 177 bis 11 CP. Frente a esta sentencia, el Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de casación, con lo que, de ser admitido, será la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el principio de no punición y su aplicación al caso concreto.

El **objetivo** de este informe es, en primer lugar, dar a conocer estas decisiones judiciales por su carácter pionero y porque constituyen un gran avance en la atención integral de las víctimas de trata de seres humanos. Con ocasión del comentario de estas sentencias se pretende llamar la atención sobre la obligación jurídica de promover la identificación de víctimas de trata en ámbitos y con perfiles que, como ocurre con la trata de seres humanos para la criminalidad forzada, escapan a los estereotipos y concienciar a los operadores jurídicos sobre la necesidad de impulsar el uso de la exención de pena del art. 177 bis 11 CP, facilitando su aplicación a través de un análisis de sus requisitos. Este informe finalizará con una serie de propuestas y conclusiones sobre esta materia.

II. HECHOS PROBADOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia núm. 183/2020 de 22 de junio, acordó la libre absolución de la procesada por el delito contra la salud pública (art. 368 CP) del que era acusada por el Ministerio Fiscal, quien solicitaba para ella la pena de 5 años de prisión y multa de 130.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses de privación de libertad en caso de impago. La absolución se basó en la aplicación del número 11 del artículo 177 bis) CP, al considerar el órgano judicial que concurrían todos los requisitos para la exoneración de la responsabilidad penal. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona declaró probado que:

«la acusada Angelina, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona [...] en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10% destinada al posterior tráfico. [...]. La acusada fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó a insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las “bolas” en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada al destino la estaría esperando una persona».

Frente a esta resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación basado en infracción de ley, por incorrecta aplicación del art. 177 bis 11 CP, y en error en la apreciación de la prueba.

Dicho recurso fue desestimado en su integridad por Sentencia núm. 351/2021, de 2 de noviembre, de la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que constata la concurrencia de los requisitos de la exención penal con unos argumentos que se expondrán a lo largo de este informe.

Al tiempo de la conclusión de este informe el Ministerio Fiscal había interpuesto recurso de casación, estando pendiente su resolución por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Este informe aludirá a la mujer que fue procesada y absuelta por ser considerada víctima de trata con el nombre que le fue asignado en la sentencia de instancia: Angelina.

III. LA VÍCTIMA DE TRATA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DELICTIVAS

Presupuesto para la aplicación del art. 177 bis 11 CP es que la conducta delictiva haya sido cometida por una víctima de trata. Resulta lógico pensar que es víctima de trata quien ha sido objeto de alguno de los comportamientos que el Código penal en el art. 177 bis tipifica como un delito de trata de seres humanos. Esto sucede cuando se verifica alguna de las conductas típicas enunciadas en el precepto (i), empleando determinados medios comisivos (ii) y con determinadas finalidades (iii). Las sentencias comentadas consideran concurrentes estos requisitos, sobre los que se profundiza a continuación, prestando especial atención al *abuso de la situación de necesidad o de vulnerabilidad*.

Como se apuntó en la introducción, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorporó al delito de trata la finalidad de «**explotación para la realización de conductas delictivas**» [art. 177 bis 1 c) CP], a fin de transponer la Directiva 2011/36/UE, que contempla esta finalidad en su art. 23. Al tratarse de una modalidad de trata que **no concuerda con los estereotipos más extendidos**, es de temer un mayor déficit de identificación¹. De ahí, la importancia de las sentencias comentadas, que enjuician la conducta de la procesada por hacer de «correo de la droga». Con esta expresión se suele aludir a quienes intentan introducir en nuestro país droga por vía aérea en cantidades no muy elevadas. También se les conoce con el nombre de «**mulas**». La forma de introducir la droga varía, pero resulta frecuente que estas personas hayan ingerido la droga y la porten en su aparato digestivo. En este caso también se utiliza la expresión «**boleros**», por la preparación de la droga en bolas para su ingesta. Su función consiste en transportar la droga, sin que tengan otra implicación en el negocio del tráfico.

También se hacía alusión en la introducción a **la gravedad de esta tipología de trata**, en la que la víctima –además de sufrir el proceso cosificador de la trata y de poner en peligro su vida por la ingesta de droga–, se ve expuesta al riesgo de ser procesada y castigada a severas penas de prisión. Es precisamente en la modalidad de trata para delinquir donde la exención de pena del art. 177 bis 11 CP adquiere su máxima significación.

Por lo que a la conducta típica de trata se refiere, según el art. 177 bis CP puede consistir en la realización de alguno de los verbos enunciados: captación, transporte, recepción o intercambio o transferencia de control de una persona. En los hechos enjuiciados por las

¹ Según el [Global report on trafficking in persons 2020](#), elaborado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), durante 2018 alrededor del 6% del total de víctimas detectadas a nivel mundial fueron explotadas para la comisión de delitos, que van desde carterismo hasta el cultivo o tráfico de drogas (p. 34).

En el ámbito nacional, el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) ofrece en su balance estadístico 2016-2020 cifras sobre víctimas de trata identificadas, cifras que resultan difíciles de evaluar, puesto que no se aclara en qué ha consistido dicha identificación, ni a qué efectos se ha producido. En concreto, en relación con la trata con fines de criminalidad forzada, se habrían identificado el siguiente número de víctimas: 2016: 15, 2017: 1, 2018:3, 2019:31, 2020: 7 ([Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2016-2020](#)).

Un estudio empírico realizado en los Centros penitenciarios Brians I y Ponent arrojó como conclusión la presencia en prisión de víctimas de trata para la realización de actividades delictivas (Villacampa Estiarte, Carolina y Torres Rossel, Nuria, «[Mujeres víctimas de trata en prisión en España](#)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, nº 8 (julio de 2012), pp. 411-494). Otro estudio realizado por las mismas autoras a través de entrevistas en profundidad con profesionales activos en el sistema de justicia penal y en el ámbito asistencial, puso de manifiesto un déficit de conocimiento por parte de profesionales del sistema de justicia penal tanto sobre la modalidad de trata para la comisión de actividades delictivas como sobre la cláusula de exención de pena del 177 bis 11 CP, siendo mayor este desconocimiento entre los profesionales del sistema de justicia penal que entre quienes desarrollan su actividad en el ámbito asistencial (p.785, pp. 816-817). Asimismo, respecto a la cláusula de exención, se llega a la conclusión de que «apenas se plantea su aplicación en casos como los de las “mulas” que portan cantidades considerables de droga» (Villacampa Estiarte, Carolina y Torres Rossel, Nuria, «[Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos](#)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 771-829).

sentencias analizadas, no cabe ninguna duda de la conducta típica de «**captación**», como puede constatarse en el desarrollo de este epígrafe.

1. La situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima

a) Cuando la víctima es mayor de edad, la tipicidad del delito de trata precisa determinados medios comisivos: violencia, intimidación o engaño, abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima (art. 177 bis 1 CP). No sólo el Código penal español, sino todos los instrumentos supranacionales incorporan el abuso de una situación de vulnerabilidad como medio comisivo típico de la trata [art. 3 a) del [Protocolo de Palermo](#), art. 4 a) del Convenio de Varsovia y art. 2.1 de la Directiva 2011/36/UE].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la [Recomendación general núm. 38 \(2020\), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial](#), 20 de noviembre de 2020, a partir de los informes remitidos por los Estados, constató que «el abuso de una posición de vulnerabilidad y el abuso de poder son los medios más comunes utilizados para cometer el delito de la trata y que las víctimas suelen ser objeto de múltiples formas de explotación» (apartado 12).

Las resoluciones objeto de análisis concluyen que la captación se habría producido mediante el abuso de la situación de necesidad y de vulnerabilidad y consideran probada la situación de necesidad y de vulnerabilidad entendida como *susceptibilidad a la trata* a través de

«los informes psicológicos y sociales de la mujer; los documentos consistentes en los anuncios que ella insertó en Facebook pidiendo trabajo urgente, la justificación documental de que se encuentra en situación de extrema pobreza mediante la adscripción al sistema SIS de aseguramiento gratuito dependiente del estado de Perú, el acta de nacimiento de su hijo, un bebe de cuatro meses, que había nacido a los siete de embarazo; la certificación del post parto; los informes médicos del hermano enfermo que también vivía en la misma casa; y la autorización estatal para la realización de un muro de contención para la vivienda en el sector de Vista Alegre, en la ciudad de Lima, describiéndose con ello la situación de extrema pobreza y las condiciones de habitabilidad en el lugar de origen» (Sentencia de la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña, FJ 3º.3).

No cabe duda de que **la reciente maternidad de un bebé prematuro, la edad de 21 años al tiempo de los hechos, la situación de pobreza severa y la consiguiente imposibilidad de satisfacer necesidades familiares básicas acuciantes** conforman una situación subsumible tanto en la «situación de necesidad» como en la «situación de vulnerabilidad» que incluye el art. 177 bis CP en la descripción del medio comisivo y que daría lugar a lo que se conoce como «trata abusiva».

Sobre qué circunstancias conforman la vulnerabilidad, en el ámbito de Naciones Unidas el documento *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas* aclara que «[e]n el contexto de la trata, el término “vulnerabilidad” suele emplearse para hacer referencia a los factores intrínsecos, ambientales o contextuales que aumentan la susceptibilidad de una persona o grupo a convertirse en víctima de la trata. En general, se reconoce que esos factores incluyen violaciones de los derechos humanos, como la pobreza, la desigualdad, la discriminación y la violencia por razón de género, que contribuyen a crear situaciones de privación económica y condiciones sociales que limitan las opciones personales y facilitan la actividad de los traficantes y explotadores»². En relación con el Convenio de Varsovia, según el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, «[l]a vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo, ya sea físico, psicológico, emocional, familiar, social o económico. La situación podría, por ejemplo, abarcar la inseguridad de la víctima o la ilegalidad en relación con su situación administrativa. En resumen, la situación puede ser cualquier estado de adversidad en el que un ser humano se ve obligado a aceptar ser explotado [...]» (apartado 83), incidiendo en considerar como medio comisivo de la trata el abuso de la inseguridad económica o la pobreza de un adulto, que espera mejorar sus condiciones de vida y las de su familia (apartado 84)³.

b) Resulta indiscutible que **la pobreza es una causa de vulnerabilidad**. Como ha destacado recientemente el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Olivier De Schutter⁴, la pobreza es una realidad plagada de efectos e interacciones. Su relación con el analfabetismo, la carencia de formación cultural es evidente, lo que conlleva mayores dificultades para acceder al trabajo, normalmente precario o inmerso en la economía sumergida, que no genera seguridad ni derechos. Las viviendas de las personas pobres suelen presentar, como ocurría en el caso de Angelina, graves carencias. Asimismo, los efectos psicológicos de la pobreza están acreditados por las ciencias de la conducta: baja autoestima, sentimiento de exclusión, indefensión aprendida, inseguridad, etc. La salud psíquica y física se deteriora más rápido y la esperanza de vida es significativamente menor que la de la población normalizada. Además, la pobreza se hereda, se transmite de generación en generación. La pobreza severa va más allá de la falta de ingresos y recursos para garantizar unos medios de vida sostenibles. La pobreza es un problema de derechos humanos y, como veremos, afecta desproporcionadamente a mujeres y niñas.

² Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Naciones Unidas, 2013.

³ Council of Europe Treaty Series, No. 197, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Varsovia, 16-V-2005.

⁴ Informe de 16 de junio de 2021, del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Olivier De Schutter, *La persistencia de la pobreza: cómo la igualdad real puede romper los círculos viciosos* (A/76/177).

Las necesidades básicas que no se pueden cubrir por la situación de pobreza pueden llegar a ser realmente acuciantes cuando, como ocurre en el país de procedencia de Angelina, no existen sistemas de salud con cobertura universal, ni la mayoría de su población tiene derecho a un sistema de protección social que auxilie frente a situaciones de paro, enfermedad o vejez, a lo que se suma lo precario del asistencialismo.

Por otra parte, no se valoran correctamente estas situaciones de necesidad y vulnerabilidad si no se da cabida a la **perspectiva de género**⁵. En este sentido, el informe *Entender la pobreza desde la perspectiva de género* subraya que «la perspectiva de género plantea una crítica a una definición de la pobreza basada solo en el ingreso y subraya el hecho de que este fenómeno supone aspectos tanto materiales como simbólicos y culturales, y que sobre él inciden fundamentalmente las relaciones de poder que determinan un mayor o menor acceso de las personas a los recursos materiales, sociales y culturales según su sexo. En este sentido, es posible sostener que **sin la perspectiva de género, los elementos para la comprensión de la pobreza son insuficientes**» (destacado añadido)⁶.

En América Latina y el Caribe, la familia de Angelina representa un arquetipo de familia monoparental muy extendido. Un modelo con la mujer al frente, que ha de asumir, a veces muy joven, la responsabilidad de sacar adelante la familia en un contexto de pobreza y de arraigada cultura patriarcal donde la mujer está en clara desventaja. Esta desventaja se hace patente en diferentes ámbitos, por ejemplo, en el precario mercado de trabajo con escasas ofertas que permitan compaginar el trabajo con el rol de cuidados que ha sido asignado a las mujeres⁷. Es importante incorporar esta perspectiva en la constatación de la vulnerabilidad, entender que el concepto de «feminización de la pobreza» no sólo indica el predominio de las mujeres entre la población empobrecida, sino también la desventaja en la que se encuentran ante la posibilidad de obtención de ingresos. La condición de mujer acentúa la pobreza y añade otras vulnerabilidades, como la mencionada maternidad o el rol de cuidados, por lo que también se habla de «**feminización de la responsabilidad y de la obligación**»⁸, expresiones con las que se acentúa cómo la carga de la supervivencia familiar recae de manera desproporcionada sobre las mujeres.

⁵ Como constata el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su *Recomendación general núm. 38 (2020), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial*, 20 de noviembre de 2020, «[l]a trata de mujeres y niñas tiene sus raíces en la discriminación por razón de sexo y género, la desigualdad estructural por razón de género y la feminización de la pobreza» (apartado 20).

⁶ Unidad Mujer y Desarrollo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Entender la pobreza desde la perspectiva de género*, 2004, p. 38.

⁷ Sobre la feminización de la pobreza con relación concretamente a las denominadas «mulas», vid. Lorenzo Copello, Patricia, «*Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 37-38.

⁸ En la terminología acuñada por Sylvia Chant, en «¿Cómo podemos hacer que la “feminización de la pobreza” resulte más relevante en materia de políticas? ¿Hacia una “feminización de la responsabilidad y la obligación”?», en Mora, Luis; Moreno Ruíz, María José y Rohrer, Tania, (Coords.), *Cohesión social*,

Además de la pobreza y de otras causas de vulnerabilidad propias del género, la joven **edad** –21 años en el caso de Angelina– constituye otro relevante factor de vulnerabilidad, en cuanto normalmente lleva aparejada una menor madurez en la ponderación de riesgos y toma de decisiones y una menor capacidad para sustraerse a la «captación» de los tratantes. Tal y como afirma la Comisión Europea en su *Tercer informe sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos*, «[l]as víctimas de trata con fines de delincuencia forzada y de mendicidad forzada tienden a ser más jóvenes que las que son objeto de otras formas de explotación»⁹.

b) De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitada la situación de necesidad y vulnerabilidad en la que se encontraba Angelina, no siendo óbice para esta afirmación la definición, escasamente esclarecedora, que de vulnerabilidad ofrece el artículo 177 bis 1 CP *in fine*: «[e]xiste una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión **no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso**» (destacado añadido), precisión recogida en idénticos términos en la Directiva 2011/36/UE.

El juicio sobre la existencia de otra alternativa habrá de ponerse en conexión con las circunstancias que convertían a la víctima de trata en alguien vulnerable y que ya hemos mencionado, sin que quepa negar la vulnerabilidad mediante la apelación genérica a la beneficencia o a la ayuda asistencial, que, por otra parte, Angelina ya había explorado, inscribiéndose en el sistema SIS de aseguramiento gratuito para personas en situación de pobreza o pobreza extrema e insertando anuncios en Facebook solicitando trabajo urgente.

No está de más poner de manifiesto la necesidad de introducir en el juicio de vulnerabilidad **la perspectiva de la víctima**. Así lo acentúa la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en el apartado 2.5 de la *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas*: «El abuso de una situación de vulnerabilidad ocurre cuando la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a esa persona con el fin de explotarla, **de modo que la persona crea** que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso **a la luz de su situación**. Al determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus **características y circunstancias personales**» (destacado añadido)¹⁰.

[políticas conciliatorias y presupuesto público: una mirada desde el género](#), GTZ-UNFPA, México, 2005, pp. 201-234.

⁹ Comisión Europea, [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Tercer informe sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos \(2020\) con arreglo a lo exigido en virtud del artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas](#), Bruselas, 20.10.2020 COM (2020) 661 final, p.7.

¹⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), [Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas](#),

2. El abuso de la situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima

Para que concurra el medio comisivo típico de la trata, no basta la situación de necesidad o de vulnerabilidad, sino que es necesario **un abuso** de tal situación por parte los tratantes.

Según la sentencia de apelación, «la declaración de abuso va intrínsecamente ligada a la declaración de que es una persona en estado de vulnerabilidad» (FJ 14º). Sin embargo, en el caso enjuiciado, y tal y como recogen las resoluciones comentadas, hay algo más que un mero conocimiento de la situación de la mujer, hay una **utilización**. La organización la detectó a través de los anuncios publicados en Facebook. Buscaban personas necesitadas para convertirlas en «mulas» y la contactaron precisamente por su situación de vulnerabilidad.

El que le hubieran ofrecido 4000 euros a cambio de introducir la droga en España en modo alguno interfiere en el elemento *abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad*, ni puede sustentar la existencia de un consentimiento válido por parte de la víctima. Tal y como aclara el art. 177 bis 3 CP, **«[e]l consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo»** (destacado añadido). Esta cláusula de invalidez del consentimiento cuando concurre un medio comisivo típico como es el abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad, se corresponde en parecidos términos con lo dispuesto en el art. 3 b del Protocolo de Palermo, art. 4 b) del Convenio de Varsovia y art. 2.4 de la Directiva 2011/36/UE. El uso de dinero más bien puede ser interpretado como indicio de la presencia de un elemento característico de la descripción criminológica de la trata: la cosificación de la persona, sustituible si es necesario y que para los tratantes no tiene más valor que el de la droga que transporta.

Además de la situación de necesidad y de extrema vulnerabilidad de Angelina, y en coherencia con la comprensión de la trata como un proceso presidido por el control de los tratantes, la Sección de Apelación de Sala de lo Penal y lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña deja constancia de cómo durante el resto del proceso de captación y explotación existió **un férreo control** de Angelina por parte de la organización:

«...es sometida a todo tipo de control personal como ha declarado, siendo llevada, después de confiar al bebe a una amiga diciéndole que se iba unos días por trabajo, a un establecimiento donde, tras una preparación corporal mediante ingesta medicamentosa e inyectable, es obligada a tragar hasta 28 [sic] condones que contenían cocaína líquida, fue transportada al aeropuerto de Lima con 250 euros, dinero que se le interviene a la llegada, portando su billete de vuelta y su reserva de alojamiento en Barcelona.

Tampoco hay duda de que la mujer se encontró al llegar en situación de desarraigo, en un lugar que desconocía, y sin contactos, solo con la indicación de que la recogería

[especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional](#), (V.12-56246).

alguien que la esperaba en el aeropuerto, de quien desconocía cualquier referencia, siendo esta persona (de la organización) la que la esperaba [...]» (FJ 14°).

El proceso de captación y explotación fue extraordinariamente comprimido y rápido. Angelina insertó anuncios solicitando trabajo el 6 y 7 de agosto. Los tratantes contactaron con ella el 8 de agosto y ese mismo día ya se expidió el pasaporte. La llevaron a casa de una amiga donde dejó a su bebé, la trasladaron a un establecimiento donde la prepararon y tuvo lugar la ingesta de la droga y, tan solo dos días después de la captación, el 10 de agosto, ya estaba volando hacia España. A la vista de la velocidad con la que se desarrollaron los acontecimientos, cuesta creer que Angelina tuviera la ocasión de ponderar los riesgos que estaba asumiendo, ni la posibilidad real de desistir una vez en manos de los tratantes. Como apunta la sentencia de apelación, incluso estaría presente un elemento tan típico de la trata como es el desarraigo pues en ese espacio de tiempo entre la captación y la explotación estuvo alejada de su familia y sometida al control de la organización. En resumen, más allá del abuso inicial, existió un intenso control de facto de la víctima y de su voluntad, que sirve al órgano judicial para apuntalar el elemento típico *abuso de la situación de vulnerabilidad* y que conforma una situación de dominio que se considera característico de la realidad criminológica de la trata.

Lo expuesto en este epígrafe permite concluir, en coincidencia con las resoluciones comentadas, que concurre el presupuesto para la aplicación del art. 177 bis 11 CP, es decir, que la persona acusada es una víctima de trata.

IV. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 177 BIS 11 CP

Una vez constatado que la persona acusada tiene la consideración de víctima de trata, procede analizar la concurrencia de los requisitos a los que el art. 177 bis 11 CP condiciona la exención de pena, que son tres: que la infracción penal se haya cometido en la situación de explotación sufrida (i), que su participación en el delito haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida (ii), y que exista una «adecuada proporcionalidad» entre dicha situación y el hecho criminal realizado (iii). Pero con carácter previo procede abordar una de las alegaciones con las que el Ministerio Fiscal sustenta su oposición a la absolución: que el órgano judicial que enjuicia la responsabilidad penal de la víctima no es competente para considerarla víctima de trata a los efectos de la exención.

1. El reconocimiento de la condición de víctima de trata a los efectos del art. 177 bis 11 CP

La prueba practicada en juicio permitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona llegar a la conclusión de que la acusada debía ser considerada víctima de trata de seres humanos, a los efectos de la exención de pena del art. 177 bis 11 CP. La Sección Tercera, además de las propias declaraciones de la procesada, destaca el valor probatorio de

«un extenso y completo informe de SICAR cat, (entidad sin ánimo de lucro que colabora a nivel institucional con las autoridades policiales y administrativas especializadas en la materia y cuya relevancia al respecto en el ámbito de la CCAA de Cataluña es sobradamente conocida) que no deja lugar a dudas sobre el cumplimiento de todas las condiciones y circunstancias personales que definen tal concepto tanto en los Convenios y demás legislación internacional como en el propio art. 177 bis CP» (FJ 4º), acentuando que dicho informe «[e]s además consecuencia de una investigación seria y concienzuda a la que se acompaña numeroso material documental justificativo de sus conclusiones» (FJ 4º).

Según la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la concurrencia o no de exención de pena ha de poder ser valorada por el órgano judicial que ha de determinar la responsabilidad penal respecto de la cual podría estar llamado a operar el apartado 11 del art 177 bis CP (FJ 4º). Como ratifica la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, **«que una persona sea víctima de trata, [...], es una constatación que puede hacer evidentemente la autoridad judicial en base a los hechos que se le presentan y a la prueba que se practica en el juicio»** (FJ 8º, destacado añadido).

La razonabilidad de esta postura contrasta con la alegación del Ministerio Fiscal en su recurso de apelación al sostener que «la declaración de víctima de trata solo cabe en el marco de un procedimiento administrativo para ello». Carece de cualquier fundamento normativo que la responsabilidad penal se condicione a la existencia o no de un procedimiento administrativo que persigue fines muy diversos a los propios del proceso penal. Por otra parte, no concreta el Ministerio Fiscal a qué procedimiento administrativo se refiere. Si se refiere al previsto en el art. 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y preceptos correlativos de su Reglamento, basten dos cuestiones sobre las que llamar la atención. En primer lugar, este procedimiento sólo es susceptible de ser aplicado a posibles víctimas de trata en situación de irregularidad migratoria y, en segundo lugar, se trata de un procedimiento que puede terminar con la concesión de una autorización de residencia y trabajo que, si bien puede traer causa en la constatación de la condición de víctima de trata de seres humanos, no necesariamente ha de contener una declaración formal de dicha condición¹¹.

¹¹ Es importante señalar que no existe un acto formal propiamente dicho de identificación de una víctima de trata. Desde el Derecho de extranjería, a las víctimas de trata en situación de irregularidad migratoria se les ofrece una respuesta en los artículos 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y los artículos correlativos de su Reglamento. Una vez detectada una persona en situación irregular en la que concurren indicios de ser una posible víctima de trata, se le ha de ofrecer un periodo de restablecimiento y reflexión, al tiempo que se suspende el expediente sancionador por estancia irregular que le hubiese sido incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución que hubiera sido acordada. Finalmente, cuando se considere que el extranjero o extranjera es víctima de trata —podríamos hablar ya de identificación—, se le facilitará, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o su regularización migratoria mediante la obtención de permiso de residencia y de trabajo. Como se ha puesto de manifiesto en el texto, esta autorización de residencia y trabajo no necesariamente contiene una declaración formal de identificación del beneficiario del permiso como

La interpretación restrictiva que propone el fiscal no es algo aislado. La Red de Fiscales Delegados de Extranjería, en las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería de 2020, acordó por unanimidad la siguiente conclusión: «[p]or víctima de trata de seres humanos en el sentido del art. 177 bis núm. 11 se entiende una víctima judicializada, es decir, una posible víctima que se halla inmersa como tal en un procedimiento judicial»¹². Es decir, según los Fiscales Delegados de Extranjería solo se puede aplicar la exoneración de pena a aquellas víctimas que hayan sido consideradas como tal en el marco de un proceso penal por el delito de trata del que ha sido víctima.

Esta interpretación, como se destaca en la sentencia de instancia y en la de apelación, haría inviable en buena parte de los casos la exención de pena del art. 177 bis 11 CP, resultando por tanto difícilmente compatible con la función de protección de las víctimas de trata de seres humanos que también compete a la fiscalía y a la jurisdicción penal.

Para finalizar este apartado, se debe hacer referencia a la mención que, en apoyo de su recurso de apelación, hizo el Ministerio Fiscal de la *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, promovida por el CGPJ¹³. Sin embargo, esta Guía ni expresa ni implícitamente mantiene que, para considerar a alguien víctima de trata a los efectos de la exención del art. 177 bis 11 CP, resulte imprescindible que la víctima de trata sea considerada como tal en un proceso penal por delito de trata de seres humanos. La mencionada guía plantea las diferentes situaciones procesales en que podría aparecer el delito de trata y el delito que se imputa a la víctima y ofrece pautas de actuación. Como apunta la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, las consideraciones al respecto contenidas en la guía «se refieren a la hipótesis más frecuente o estudiada con mayor frecuencia por la jurisprudencia, de víctimas de trata para la explotación sexual, pero esta no es la única modalidad contenida en el art. 177 bis.1 del CP» (FJ 7º), y

víctima de trata (al respecto, vid. [Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos](#), adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial). También puede considerarse un supuesto de identificación la concesión de protección internacional de acuerdo con lo establecido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Sin embargo, el acto administrativo de concesión de protección internacional puede no reflejar que trae causa en una situación de trata. También puede considerarse otra forma de identificación precisamente la aplicación por la jurisdicción penal de la exención de pena del art. 177 bis 11 CP. En todos estos supuestos se puede hablar en sentido material de identificación de víctimas de trata, lo relevante es a qué efectos se produce la identificación.

¹² [Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería](#), Bilbao, 24, 25 de febrero de 2020, conclusión 1, p.3.

¹³ Martínez de Careaga García, Clara; Sáez Rodríguez, M^a Concepción; Martínez Tristán, Gerardo; y Díaz Abad, Nuria (Coords.), [Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, CGPJ, noviembre 2018](#).

efectivamente esta guía en ningún momento plantea que la condición de trata no pueda ser declarada en el proceso por el delito del que la víctima ha sido acusada¹⁴.

2. Que la infracción penal se haya cometido en la situación de explotación sufrida y haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que fue sometida la víctima.

El título de este epígrafe incluye dos requisitos para la aplicación de la exención: que la infracción penal se haya cometido en la situación de explotación sufrida y que sea consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima. Un abordaje conjunto de estos requisitos puede facilitar su comprensión.

a) En el caso de Angelina –dado que estamos ante un caso de trata para la realización de actividades delictivas– hay plena coincidencia entre la explotación y la comisión del delito contra la salud pública al que se aplica la exención, es decir, no resulta controvertido que el delito se cometió *en la situación de explotación sufrida*.

En todo caso, más allá del supuesto concreto, es preciso subrayar la defectuosa regulación del artículo 177 bis 11 CP, que limita la exención de pena a los delitos cometidos **en fase de explotación**. Esta limitación ha sido criticada por la doctrina, dado que de forma incongruente excluye del ámbito de aplicación de la exención de pena los delitos cometidos en fases anteriores a la explotación y que configuran precisamente el delito de trata¹⁵.

¹⁴ Las únicas resoluciones del Tribunal Supremo que hasta el momento hacen referencia a la exención de pena del art. 177 bis 11 CP, son sendos Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5159A) y de 17 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:11060A). Como correctamente argumenta la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dichas resoluciones en modo alguno pueden sustentar la tesis del Ministerio Fiscal. Ambos autos versan sobre una mujer de origen subsahariano que fue condenada en conformidad por un delito de coacciones, por el que cumplió una pena de prisión. Estos autos no consideran suficiente para revisar la sentencia firme –respectivamente– ni el periodo de restablecimiento y reflexión concedido de acuerdo con el art. 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ni la posterior concesión del estatuto de refugiado por su situación de vulnerabilidad al ser víctima de trata, en aplicación de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Entiende el Supremo que ninguno de ambos reconocimientos sería por sí mismo demostrativo de la condición de víctima, ni estarían acreditadas el resto de las exigencias del art. 177 bis 11 CP, amén de que se trataría de un hecho –el ser víctima de trata– ya existente al tiempo de los hechos por los que fue condenada y que podía haber sido alegado por su defensa.

En relación con la dificultad para la revisión de sentencias firmes, cabe traer a colación la *Recomendación general núm. 38* (2020), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que en el apartado 98 c) considera que el principio de no penalización «[d]ebe facilitar a las víctimas de la trata la interposición de un recurso para eliminar sus antecedentes penales en los casos en que hayan sido condenadas por delitos cometidos como consecuencia directa de su condición de víctimas de la trata».

¹⁵ Entre otros, Valle Mariscal de Gante, Margarita, [«La víctima de trata como autora de delitos. Dificultades para la exención de su responsabilidad penal»](#), en *Crítica Penal y Poder*, 2019, nº 19; Gómez

También quedarían fuera de su ámbito de aplicación aquellos delitos cometidos una vez que la explotación ha cesado pero la víctima sigue bajo el control de los explotadores y bajo los efectos del proceso de trata y de la explotación¹⁶.

En la medida que la limitación de la exención de pena a los delitos cometidos en fase de explotación no está contenida ni en el Convenio de Varsovia ni en la Directiva 36/2011/UE, los órganos judiciales tienen la posibilidad de acudir a los instrumentos jurídicos habilitados para corregir dicha discordancia, como pueden ser el control de convencionalidad, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la aplicación directa de la normativa comunitaria por su defectuosa transposición. Estas posibilidades se analizan con algo más de detenimiento respecto al requisito de la «adecuada proporcionalidad» (vid. infra epígrafe 3 d).

b) Tampoco existe duda de que el delito contra la salud pública por el que Angelina fue procesada es **consecuencia directa** del abuso su situación de vulnerabilidad, abuso que constituyó el medio comisivo típico de la captación y que, como ya expusimos, se mantuvo e intensificó en los dos días que precedieron al vuelo, generando una evidente situación de control por parte de la organización.

No obstante, al margen del caso enjuiciado, resulta cuestionable la concreta formulación de este requisito, resultando preferible que la vinculación se estableciera entre el delito cometido y el concepto más amplio de «ser víctima de trata». Es importante subrayar que **la trata es un proceso** a lo largo del cual los medios comisivos pueden ir mutando según las circunstancias concurrentes y lo que en cada momento resulte necesario para mantener el dominio sobre la víctima. Así, por ejemplo, si el engaño presidió la captación y el traslado, no será suficiente para lograr la efectiva explotación y necesariamente habrá de transmutar en violencia, intimidación o en abuso de una situación de vulnerabilidad que normalmente se intensifica por el desarraigo que suele acompañar al proceso de trata; o habrá supuestos en que para explotar a la víctima y conseguir que cometa el delito no sea necesario actualizar la violencia o la intimidación empleadas en fases anteriores y cuyo efecto puede permanecer.

Lanz, Javier, «La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos», en Benito Sánchez, Demelsa y Gómez Lanz, Javier (Dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, pp. 235 y ss., p. 246. No obstante, apostando en esta ocasión por una interpretación favorable a la víctima, la [Circular 5/2011](#), de la Fiscalía del Estado, *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, considera que, «como corolario del principio de no persecución de las víctimas de trata, siempre sería proporcional que las víctimas quedarán exentas de la responsabilidad penal en relación con cualquier delito que hubieran cometido con ocasión del traslado a territorio español para facilitar su migración fraudulenta o subrepticia, especialmente los delitos de falsedades documentales» (p. 349); apreciación recogida en los mismos términos en la ya citada *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos* promovida por el Consejo General del Poder Judicial, p. 116, apartado 208.

¹⁶ En este sentido Lafont Nicuesa, Luis, «Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal», en Richard González, Manuel; Riaño Brun, Iñaki; y Poelemans, Maitena (Coords.), *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 137 y ss. p. 195.

Es frecuente, incluso, que lo vivido durante el proceso de trata y/o explotación conduzca a un deterioro psíquico y emocional de la víctima que facilite su control. Por ello, cuando el art. 177 bis 11 CP exige que la infracción «haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida», estos medios comisivos no se limitan a los utilizados en la captación u otras fases de la trata, ni a los utilizados durante la explotación, debiendo entenderse que concurre este requisito cuando el delito es consecuencia directa de ser víctima de trata. En este sentido, recientemente la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ha precisado que «[e]l criterio basado en la relación de causalidad tiene la ventaja de señalar que el delito cometido por una víctima de trata puede ser consecuencia de su falta de independencia o de capacidad para ejercer el libre albedrío. Debido al riesgo de maltrato psicológico y físico continuado, que tal vez no plantee un riesgo inmediato de daño, **el requisito de la causalidad debe interpretarse de forma amplia y tener en cuenta las complejas repercusiones del trauma sufrido**»¹⁷ (destacado añadido).

3. La «adecuada proporcionalidad» entre el delito cometido y la situación de trata.

El art. 177 bis 11 CP condiciona la exención de pena a un juicio de proporcionalidad entre la situación de trata y el delito cometido. En concreto, el precepto exige «que exista una **adecuada proporcionalidad entre la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima y el hecho criminal realizado**».

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que **la proporcionalidad no es un requisito al que la normativa supranacional condicione la exención de pena**. Ni el Convenio de Varsovia, ni la Directiva 2011/36/UE contemplan dicha exigencia, ni excluyen ningún delito de la cláusula de exención¹⁸. Se trata, pues, de un requisito añadido *motu proprio* por el legislador español, sin motivación expresa y cuya pertinencia resulta **cuestionable**, pues dificulta la exención de pena a través de un requisito –el de proporcionalidad– ajeno al

¹⁷ Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, *Aplicación del principio de no penalización. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Siobhán Mullally*, 17 de mayo de 2021, (A/HRC/47/34), p. 17, apartado 46.

¹⁸ En la Directiva 2011/36/UE expresamente se reconoce que «La expresión “explotación para realizar actividades delictivas” debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica» (considerando 11), enumeración que es sólo ejemplificativa. Explícitamente se reconoce que el art. 177 bis 11 CP no excluye ningún delito de su aplicación en la [Circular 5/2011](#), de la Fiscalía del Estado, *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 33. En el mismo sentido, Martínez de Careaga García, Clara; Sáez Rodríguez, M^a Concepción; Martínez Tristán, Gerardo; y Díaz Abad, Nuria (Coords.), [Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, CGPJ, noviembre 2018](#), p. 115, apartado 206.

principio de no punición, que prioriza la atención y protección a las víctimas de trata de seres humanos¹⁹.

Una vez se ha comprobado que una persona está en situación de trata, que el hecho se ha cometido durante la explotación sufrida y que es consecuencia de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, ¿qué sentido tiene excluir delitos graves del ámbito de aplicación de una exención que persigue no revictimizar a quien, ante todo, ha de ser considerada víctima de trata?

Sobre esta cuestión el apartado 37 del reciente *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Siobhán Mullally, sobre la aplicación del principio de no penalización* acentúa que «[e]l principio de no penalización se aplica a los delitos penales, civiles, administrativos y de inmigración, independientemente de la gravedad del delito cometido. Su eficacia se ve mermada cuando la aplicación se limita únicamente a los delitos leves. [...] El GRETA ha recomendado en reiteradas ocasiones que el principio de no penalización se aplique a todos los delitos que las víctimas de trata se vieron obligadas a cometer y ha recomendado la supresión de las excepciones. Según las recomendaciones de la OSCE, la obligación de no penalizar es aplicable a todos los delitos siempre que se establezca el vínculo necesario con la trata. Por lo tanto, debe indicarse claramente que cualquier enumeración de delitos relacionados con el principio de no penalización en la legislación nacional o en las directrices no es exhaustiva»²⁰.

En el apartado d) de este epígrafe se analizarán los instrumentos que tienen los órganos judiciales para no aplicar el requisito de la “adecuada proporcionalidad” debido a discordancia con la normativa internacional y comunitaria. No obstante, para el caso en que el órgano judicial no hiciera uso de estos instrumentos, resulta procedente establecer unas pautas para la aplicación de este requisito.

En principio, el juicio de proporcionalidad es relacional, es decir, exige la comparación entre elementos, en este caso, entre el hecho criminal realizado y la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso.

a) La proporcionalidad en el marco de la exigente de estado de necesidad. Especial consideración al “hecho criminal realizado” como término de ponderación.

1. Casos como el de Angelina son frecuentes en la jurisprudencia penal. Sin embargo, las situaciones de vulnerabilidad o de pobreza que estarían tras la comisión delictiva, vienen siendo abordadas no desde la perspectiva de la trata de seres humanos y el principio de no

¹⁹ La exigencia de proporcionalidad ya fue criticada en Villacampa Estiarte, Carolina, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 474-477.

²⁰ Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, *Aplicación del principio de no penalización. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Siobhán Mullally*, 17 de mayo de 2021, (A/HRC/47/34), p. 11, apartado 37.

punición a las víctimas, sino desde el prisma de la **eximente de estado de necesidad**, según la cual, está exento de responsabilidad penal «el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar [...]» (art. 20. 5º CP).

La respuesta dada por el Tribunal Supremo a las alegaciones de pobreza e incapacidad para satisfacer necesidades básicas, configura una reiterada jurisprudencia en la que resulta necesario detenerse. En primer lugar, para analizar cómo el Tribunal Supremo verifica el juicio de proporcionalidad en el marco del estado de necesidad. En segundo lugar, para poner de manifiesto **la necesidad de avanzar hacia una jurisprudencia más receptiva a los problemas de pobreza y exclusión social y para advertir del riesgo de que parecidas consideraciones se trasladen al principio de no punición y al juicio de proporcionalidad del art. 177 bis 11 CP.**

Según esta jurisprudencia, que ha sido ampliamente criticada por la doctrina académica²¹, «se excluye, con carácter prácticamente general, la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los delitos contra la salud pública, en razón de la calidad del bien jurídico susceptible de ser lesionado y la desproporción de los bienes en conflicto»²². Esta jurisprudencia se sustenta en la **supuesta “desproporción”, en la enorme diferencia axiológica que existiría entre los términos de comparación:** por una parte el mal causado por la persona que transporta la droga, **que se magnifica** y, de otra parte, los males a los que no se puede hacer frente debido a la situación de pobreza severa, **que se minimizan**, llegando incluso a afirmarse su irrelevancia²³.

2. Buena parte de las resoluciones presentan dicha desproporción entre males como algo evidente²⁴, cual acto de fe, y a lo que más se llega es a enumerar los incontables males que el tráfico de drogas conllevaría. Así, se declara que «no cabe duda alguna que el tráfico

²¹ Vid, entre otros, Cigüela Sola, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 313 y ss.; Laurenzo Copello, Patricia, «Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 25 y ss.; Molina Blázquez, Concepción, «Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles», en Benito Sánchez, Demelsa y Gómez Lanz, Javier (Dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 126 y ss.; Martínez Escamilla, Margarita, «Los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 701 y ss.

²² Cita literal del ATS 83/2017, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:12377A), (FJ Único, c). Es una idea que se repite en numerosas resoluciones. Por todas, ATS 121/2021, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2021:2984A), (FJ 3º d); ATS 1520/2017, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:12147A) (FJ 3º).

²³ En este sentido, vid. por todos, ATS 1203/2021, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:15947A), (FJ Único F); ATS 130/2021, 14 de enero (ECLI:ES:TS:2021:2948A), (FJ 1º c); ATS 702/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:8523A), (FJ Único d).

²⁴ Entre otras, STS 1269/1998, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:1998:6329), (FJ 2º): «En el caso concreto que nos ocupa y partiendo de una lógica escala de valores, no ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisor por muy agobiante que sea aquél».

de drogas como la cocaína con las que traficaba el acusado constituyen actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de la comunidad de la gravedad y consecuencias como las que supone el consumo de sustancias tan nocivas como aquellas con las que traficaba la acusada»²⁵.

Conviene llamar la atención sobre esta peculiar forma de valorar los males causados por quien accede a transportar la droga, a quien **no se imputan los efectos de lo que realmente hizo, sino todas las consecuencias del tráfico de estupefacientes.**

La conducta de Angelina consistió en intentar sin éxito introducir en España 474,80 gramos de cocaína, con una riqueza base del 80,10%, que equivaldrían a 253 dosis diarias según los criterios manejados en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2001. Se trata de una cantidad alejada de los 750 gramos exigidos por dicho acuerdo para la aplicación de la agravante de notoria importancia, sin virtualidad para influir en el mercado de la droga, ni en el precio, ni en la oferta. Por otra parte, y sin minusvalorar los efectos de la cocaína en la salud individual y colectiva, ha de tenerse en cuenta que un porcentaje de esas dosis habría ido a parar a personas que nunca llegarían a ser adictos, bien porque su uso es puntual, bien porque mantienen un consumo no problemático. Además, la conducta de Angelina no sólo está distanciada –en el tiempo y en el entramado del tráfico– del momento del consumo, sino que su objetivo de introducir la droga en España se vio frustrado, lo que también ha de tenerse en cuenta a la hora de calibrar el daño causado, por mucho que su conducta sea directamente subsumible en la amplia configuración del art. 368 CP. Así concretados los efectos del hecho criminal realizado, la desproporción entre los términos de comparación deja de ser evidente.

Imputar a Angelina todas las consecuencias del tráfico de drogas resultaría tan incorrecto como atribuir las miles de muertes, lesiones graves, secuelas irreversibles, dramas económicos y familiares, elevado gasto público, etc. que conllevan todas las infracciones de las normas de tráfico, a quien conduce a gran velocidad para llevar a un enfermo muy grave al hospital y causa un accidente provocando lesiones. El principio de culpabilidad impide hacer responder a alguien por consecuencias no derivadas de sus actos, por mucho que la

²⁵ Cita literal de la STS 1629/2002, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:6417), (FJ 1º). En el mismo sentido ATS 713/2001, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2001:7954A), (FJ Único d); STS 1352/2000, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2000:6236), (FJ 3º).

lesión del bien jurídico salud pública necesite de la concurrencia cumulativa de muchas conductas como la enjuiciada.

3. Frente a la exacerbación de los males generados por la conducta de las «mulas», llama la atención el silenciamiento o **la infravaloración** por parte del Tribunal Supremo del otro término de comparación: **la situación de pobreza severa y la imposibilidad de hacer frente a acuciantes necesidades básicas**, lo que podría ser interpretado como muestra de **distanciamiento** de las instituciones, incluidas las que participan en la justicia penal, en su forma de considerar los problemas relacionados con la pobreza y la marginación.

Es cierto que en buena parte de los procesos penales en los que se alega pobreza severa, dicha situación no llega a probarse o las alegaciones de la defensa son genéricas e imprecisas. Sin embargo, ese distanciamiento, esa impermeabilidad por parte del Tribunal Supremo se mantiene cuando existe constancia probatoria de las necesidades reales y acuciantes que la situación de pobreza impide paliar, como pueden ser graves enfermedades, desahucios, cortes de suministros, o la imposibilidad de proporcionar una comida adecuada a los hijos o de enviarles al colegio, por poner algunos ejemplos²⁶. La resistencia a la exención de pena cuando la pobreza severa es la causa del ilícito penal incluso se mantiene cuando lo que está en juego es la vida de un hijo²⁷.

b) Las consideraciones preventivo-generales y el juicio de proporcionalidad

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los «correos de la droga» y la eximente de estado de necesidad aparece otra idea de cuya eventual aplicación a la exención de pena del art. 177 bis 11 CP ha de advertirse. En bastantes resoluciones el alto tribunal rechaza la alegación de estado de necesidad acudiendo a la **merma del efecto preventivo general que supondría la aplicación de la eximente**. Y así, se repiten afirmaciones como las siguientes: «la legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una manifiesta impunidad con imprevisibles consecuencias», lo que sería tanto como «abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semi-impunidad de los que realizan estas

²⁶ Así, por ejemplo, la STS 1998/2000, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9707), (FJ 2º), enjuició la situación del procesado que tenía a su cargo a su esposa y tres hijos menores, carente de recursos, que acreditó el impago del colegio de sus hijos desde el curso lectivo 1996, así como el impago de los recibos de luz, agua y gas de su vivienda, debiendo asimismo abonar 2.000.000 de pesos por impago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda. En este caso el Tribunal Supremo estimó el recurso del Ministerio Fiscal y anuló la Sentencia de instancia que había aplicado la eximente incompleta de estado de necesidad.

²⁷ La STS 1957/2001, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8317), enjuició un supuesto en el que resultó probado que el procesado accedió a transportar droga por necesitar apremiantemente dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica imprescindible para salvar la vida de su hijo, ratificando el Tribunal Supremo la aplicación del estado de necesidad como eximente incompleta y la consiguiente condena a una pena de prisión.

Detestables acciones»²⁸, consideraciones que en muchos casos operan como auténtica *ratio decidendi*²⁹.

Esta argumentación ha sido **ampliamente criticada por la doctrina**. Así se argumenta que, al introducir en la ponderación las supuestas consecuencias preventivo-generales, el Tribunal Supremo estaría presuponiendo la antijuridicidad de la conducta de traficar, cuando es la antijuridicidad lo que se pretende averiguar con la ponderación; se estaría, pues, ante un argumento circular³⁰. Por otra parte, se relativiza el supuesto «efecto llamada», pues la aplicación de la eximente sigue requiriendo de la prueba y el examen de todos los requisitos establecidos en el art. 20.5ª CP, que ha de hacerse caso por caso. La aplicación al caso concreto no es una declaración general de no punición³¹. Incluso resulta cuestionable que dicha interpretación respete el principio de legalidad, en cuanto el art. 20.5ª CP obliga a ponderar el mal causado y el que se trata de evitar, pero la supuesta merma del poder intimidatorio de la norma no sería un efecto generado por quien realiza la conducta, sino que se derivaría supuestamente de la aplicación de una eximente prevista en el Código penal³².

Existe el riesgo de que, también contra la aplicación de la exención de pena del art. 177 bis 11 CP, se quiera hacer valer la idea de que la expectativa de no punición podría conllevar una proliferación de las conductas de tráfico. En este caso, resultaría igualmente aplicable la crítica a la que se ha hecho referencia. Pero es que, además, en casos como el de Angelina, existen aún más razones para rechazar el supuesto «efecto llamada» como argumento para fundamentar la inaplicación de la exención de pena. En el caso de Angelina **no se está solo ante unas necesidades básicas que la situación de pobreza no permite cubrir, sino que**

²⁸ Vid. por todos, ATS 1203/2021, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:15947A), (FJ Único f); ATS 956/2017, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2017:6914A), (FJ 1º b); STS 129/2011, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1308), (FJ 5º b); STS 359/2008, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2961), (FJ 1º); STS 1352/2000, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2000:6236), (FJ 3º); STS 1354/1999, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6009), (FJ 10º).

²⁹ Así, por ejemplo, en la STS 43/1998, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:1998:329), las consideraciones político-criminales fueron el único argumento del Supremo para estimar el recurso interpuesto por el Fiscal y anular la aplicación de la eximente incompleta. Se afirma en la Sentencia: «A la vista de lo expuesto se hace difícil sostener el criterio de la Audiencia porque la defensa del mismo, dentro del lamentable entorno fáctico acertadamente reseñado por los jueces de la instancia, podría llevar expansivamente a situaciones inadmisibles» y continúa en otro párrafo: «La situación descrita en el “factum” recurrido es lamentable como se ha indicado, pero también es genérica, porque puede ser apreciada en otros muchos casos. La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias» (FJ 6º).

³⁰ Cigüela Sola, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 318. En sentido coincidente, Lorenzo Copello, Patricia, «Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 34.

³¹ Cigüela Sola, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 319.

³² Martínez Escamilla, Margarita, «Los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 737-738.

además se está ante una víctima de trata. La exención de pena del núm. 11 del art. 177 bis CP, constituye la plasmación del compromiso asumido por el Estado español a nivel internacional, regional y comunitario, de priorizar la protección a las víctimas de trata frente a los posibles intereses de la persecución criminal.

Las consideraciones político-criminales y en particular las referidas a la supuesta merma de prevención general ya fueron tenidas en cuenta por el Estado español al suscribir dichos instrumentos y resultaría cuestionable la inaplicación de la exención de pena a una víctima de trata, cuando concurren todos los requisitos, por la simple apelación a la supuesta merma de la función preventiva del delito de tráfico de drogas. En buena medida el órgano judicial que adopta el criticado argumento, estaría suplantando la decisión de apostar por la protección a las víctimas ya adoptada al suscribir los instrumentos supranacionales y trasponerlos.

c) La «situación de trata» como elemento de la ponderación

La inercia de la eximente de estado de necesidad podría llevar a comparar el hecho criminal realizado con la situación de pobreza extrema en la que vivía Angelina y su imposibilidad para hacer frente a acuciantes necesidades básicas. Si bien es cierto que estas necesidades no pueden ser omitidas, es importante hacer notar que **el juicio de proporcionalidad del 177 bis 11 CP no puede limitarse a analizar el conflicto entre el incumplimiento de una norma y la grave situación de penuria y los males que esta lleva aparejados. Angelina no es sólo una mujer pobre y vulnerable, es además una víctima de trata y esto añade un desvalor y una gravedad específica a la que la ponderación ha de atender.**

El apartado 11 exige una «adecuada proporcionalidad entre «dicha situación» y el «hecho criminal realizado», entendiéndose «dicha situación» referida a la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, pudiéndose también incluir en este término de comparación la «situación de explotación», a la que asimismo hace referencia el apartado 11. En este informe se opta por denominar a este segundo término de comparación «**situación de trata**», entendida como el resultado del proceso de trata y de explotación. En el caso de autos, Angelina, a causa de su vulnerabilidad, es captada por una organización y en el transcurso de tan solo 48 horas está volando hacia España con cocaína en el interior de su aparato digestivo, siendo expuesta, no sólo a un grave riesgo para su vida, sino también a la posibilidad de ser descubierta y condenada a prisión, lo que a la postre no hace sino añadir una mayor vulnerabilidad a su condición de víctima. De hecho, Angelina estuvo en prisión preventiva desde 13 de agosto de 2019 hasta que recayó sentencia absolutoria (22 de junio de 2020).

En relación con el juicio de proporcionalidad, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que:

«[...] existe una adecuada proporcionalidad entre tal situación y el hecho criminal cometido, tal y como exige el precepto. Requisito este último que, por ejemplo, no permitiría su aplicación en la comisión de otra clase de delitos (piénsese, por ejemplo,

que el encargo consistiera en actuar como “sicario” para dar muerte a otra persona)» (FJ 3º). A ello añade en la sentencia de apelación que «[...] la referencia de la comparación penológica en abstracto entre el delito cometido contra la salud pública (art. 368 1º CP), y el delito de trata de seres humanos art. 177 bis 1º, que evidencia la mayor gravedad del segundo cuya pena prevista es de cinco a ocho años de prisión, respecto del primero de tres a seis años» (FJ 15º).

Se trata de una argumentación que busca un indicio objetivo de proporcionalidad acudiendo, en particular la sentencia de apelación, a la penalidad con que se castiga el comportamiento de Angelina (prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito) y la pena prevista para quienes colocaron a Angelina en situación de trata (prisión de cinco a ocho años).

Si bien se trata de una aplicación razonable, podría plantearse otra interpretación de la «adecuada proporcionalidad», más acorde al sentido de la exención, que no es sino la protección a las víctimas. Mientras que la proporcionalidad permanezca como requisito de la exención, –a salvo la posibilidad de su inaplicación que se aborda más adelante– bien pudiera entenderse **en el sentido de que el delito resulte «acorde» o «explicable» en relación con el proceso de trata y de explotación y con los efectos psíquicos que dicho proceso haya tenido en la víctima**. Esta idea, que este informe se limita a apuntar, evitaría reproducir un juicio de proporcionalidad más propio del estado de necesidad y conectaría mejor con los otros requisitos de la exención de pena del art. 177 bis 11 CP: con la condición de víctima y con la relación causal respecto a la situación de trata.

d) La compatibilidad de la exigencia de proporcionalidad con el Derecho internacional y comunitario.

1. La exigencia prevista en el art. 177 bis 11 CP de que la aplicación de esta exención de pena quede condicionada a que exista una «adecuada proporcionalidad» no está recogida ni en el Convenio de Varsovia ni en la Directiva 2011/36/UE, tal como ya se ha expuesto anteriormente.

En el art. 26 del Convenio de Varsovia se establece que “cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas”. El art. 8 de la Directiva 2011/36/UE, por su parte, también impone la obligación a los Estados miembros de adoptar, “de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”.

2. La exigencia de una «adecuada proporcionalidad», en la medida en que supone una limitación a la obligación impuesta en estos instrumentos normativos del principio de no

punición a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas, puede plantear problemas derivados de esta **falta de concordancia con normas supranacionales**.

El Derecho establece, para este tipo de discordancias, diversas posibilidades a las que puede acudir para clarificar y, en su caso, depurar la normativa interna para cuando no se aprecie la debida transposición de las obligaciones internacionales al derecho interno, como podría suceder en este caso.

3 La defectuosa transposición que parece apreciarse entre la exigencia interna de la «adecuada proporcionalidad» como limitación legislativa a la aplicación de esta exención penal frente a la omisión de cualquier referencia a dicha exigencia en el citado art. 26 del Convenio de Varsovia debería ser resuelta por medio de un **control de convencionalidad**.

El control de convencionalidad tiene por objeto procurar que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, los efectos de dicho tratado no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En España la prevalencia de los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las de rango constitucional, está prevista en el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

En relación con este control de convencionalidad, el Tribunal Constitucional ha establecido que corresponde realizarlo, en cada caso concreto, al órgano judicial quien, en aplicación del art. 96 CE, “puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional” (STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6°).

Por tanto, los órganos judiciales penales tienen la **posibilidad** cuando interpretan la exigencia de la «adecuada proporcionalidad» de la exención de pena prevista en el art. 177 bis 11 del CP **de inaplicar dicha exigencia** si consideran, como resultado del control de convencionalidad que les corresponde realizar bien a instancia de parte bien de oficio, que por ser un requisito restrictivo en relación con la previsión del art. 26 del Convenio de Varsovia resulta de aplicación preferente este último.

4. La **defectuosa transposición**, que también parece apreciarse entre la exigencia interna de la «adecuada proporcionalidad» frente a la omisión de cualquier referencia en el citado art. 8 de la Directiva 2011/36/UE, debería ser resuelta bien por medio del **planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, bien por medio de la **aplicación directa** del citado precepto.

La cuestión prejudicial prevista en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene por objeto, entre otros, posibilitar que los jueces nacionales sometan a la consideración del TJUE la correcta interpretación de las directivas comunitarias y de la transposición de que son objeto por la legislación interna de cada país cuando tengan dudas sobre ello. Por otra parte, la jurisprudencia comunitaria, en atención al carácter de juez de derecho comunitario que tienen todos los órganos judiciales de la UE, ha establecido que en

los supuestos de defectuosa trasposición de las directivas comunitarias los órganos judiciales nacionales, cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada, apliquen directamente la normativa comunitaria con desplazamiento de la norma interna (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto núm. 283/81 –caso Cilfit–).

Por tanto, los órganos judiciales penales también tienen la posibilidad cuando interpretan la exigencia de la «adecuada proporcionalidad» de la exención de pena prevista en el art. 177 bis 11 del CP de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, si les suscita dudas que, por ser un requisito restrictivo en relación con la previsión del citado art. 8 de la Directiva 2011/36/UE, exista una contradicción entre ambas; o, en su caso, si consideran palmaria dicha contradicción, inaplicar directamente la exigencia de la «adecuada proporcionalidad» por considerar desplaza la norma interna.

5. Las posibilidades indicadas en este epígrafe son igualmente **aplicables a cualquier otro elemento del art. 177 bis 11 CP que restrinja el ámbito de aplicación del principio de no punición** más allá de lo previsto en la el art. 8 de la Directiva 2011/36/UE y del art. 26 del Convenio de Varsovia, como ya se indicó que sucede, por ejemplo, con la limitación de la exención a los delitos cometidos “en la situación de explotación”.

4. Breve apunte sobre la naturaleza jurídica de la exención

Una de las cuestiones más debatidas en torno a la exención de pena del artículo 177 bis 11 CP, es su naturaleza jurídica. La controversia se centra, básicamente, en si dicha exención ha de ubicarse en la categoría “culpabilidad”, al considerar que, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, no era exigible a la víctima de trata la obediencia a la norma, o, por el contrario, constituye una suerte de excusa absolutoria a localizar en la “punibilidad” y que responde a consideraciones de política criminal que no están ligadas al injusto del hecho ni al reproche personal que se hace a su autor.

Una vez constatado que en caso de Angelina concurren todos los requisitos del art. 177 bis 11 CP, no resultaría necesario profundizar en la naturaleza jurídica del precepto. Sin embargo, baste un breve apunte para indicar que abordar la cuestión de la naturaleza jurídica a través de un proceso deductivo que parte de los concretos requisitos del art. 177 bis 11 CP, puede inducir a error si esos requisitos –como se ha argumentado respecto a la proporcionalidad– son el resultado de una incorrecta incorporación del principio de no punición al ordenamiento interno.

La discusión sobre la naturaleza jurídica del principio de no punición tiene que ver con la razón por la que el Código penal renuncia al *ius puniendi* en los casos de delitos cometidos por víctimas de trata. Quienes se pronuncian a favor de considerar este principio una causa de inexigibilidad de otra conducta, identifican un conflicto motivacional como causa de la exención. Ahora bien, si ciertamente resulta difícil imaginar supuestos de exención de pena en los que el conflicto motivacional no exista, quizá el concepto de inexigibilidad resulta estrecho para albergar la esencia del principio de no punición, que apuesta decididamente

por la protección a las víctimas de trata, por evitar la criminalización, procesamiento y castigo de quien, ante todo, debe ser protegido.

El art. 177 bis 11 CP comienza: “sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código”. Efectivamente, la realidad y circunstancias de las víctimas de trata que delinquen es muy diversa y el Código penal ofrece variadas herramientas para adaptar la respuesta penal a lo acontecido. Habrá supuestos en que, por los medios utilizados sobre la víctima, esta aparezca como un mero instrumento en manos de un autor mediato. En otros casos, o al tiempo, podrá apreciarse un estado de necesidad justificante, cuando el acento recaiga en el conflicto entre bienes jurídicos, como podría ser el caso en que la víctima de trata delinque para salvar la vida de un hijo. También puede resultar aplicable un estado de necesidad exculpante, o una eximente de miedo insuperable, incluso habrá supuestos en el que el proceso de trata y explotación hayan deteriorado la salud mental de la víctima hasta el punto de poder ser considerada inimputable.

Frente a las posibilidades mencionadas, la exención de pena del art. 177 bis 11 CP atiende expresamente a la circunstancia de ser víctima de trata. Esto no significa que deba prevalecer la aplicación del artículo 177 bis 11 CP por una suerte de especialidad, sino que serán de aplicación aquellas otras formas de exención que por sus efectos puedan resultar más beneficiosas. Ello sin perjuicio de que el órgano judicial, cuando tenga indicios o constancia de encontrarse ante una víctima de trata, lleve a cabo las actuaciones pertinentes para que se proceda a la asistencia y protección a la víctima y a la persecución del delito de trata del que ha sido objeto.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A) Generales:

1. El análisis realizado en el presente informe permite concluir, en concordancia con las sentencias analizadas, (i) procesalmente, que no hay ningún impedimento legal para el reconocimiento de la condición de víctima, a los efectos de la exención prevista en el art. 177 bis 11 CP, en el proceso penal en que se enjuician los supuestos delitos cometidos por esta; y (ii) materialmente, que en el caso expuesto concurrían todos requisitos para la aplicación de la exención prevista en el art. 177 bis 11 CP.

2. El art. 177 bis 11 CP consagra el principio de no punición a las víctimas de trata regulando la exención de la pena para los delitos cometidos como consecuencia de la situación a la que están sometidas. El conocimiento y aplicación del principio de no punición es muy escaso entre los operadores jurídicos por lo que es necesaria la difusión y la promoción de esta exención de la pena en evitación de que el procesamiento y el castigo penal de las víctimas se sumen al daño sufrido durante el proceso de trata y de la explotación.

3. Es preciso superar los estereotipos sobre el delito de trata y sus víctimas, prestando especial atención a tipologías que se mantienen ocultas y cuya prevalencia va en aumento como es la trata para la explotación delictiva, en la que el número de identificaciones es muy limitado. En particular, hay que poner el foco en la situación de las denominadas «mulas», por

ser una realidad muy vinculada a situaciones de vulnerabilidad proclive a la trata para la comisión de hechos delictivos.

4. La condición de víctima de trata, a los efectos de la exención de pena prevista en el art. 177 bis 11 CP, debe quedar vinculada con el hecho de haber sido sujeto de alguno de los comportamientos que el Código penal tipifica como delito de trata de seres humanos (art. 177 bis). La constatación de esta condición puede y debe ser realizada por la autoridad judicial en el marco del proceso penal por el delito atribuido a la víctima.

5. La primacía del interés de la víctima de trata es una exigencia ética y jurídica. Por ello, debe constituirse en principio hermenéutico que ilumine la resolución del caso concreto.

6. La vulnerabilidad como situación de la que se abusa para ser víctima de trata de seres humanos, presenta perfiles cambiantes y correlaciona con el entorno y las circunstancias personales, por lo que también en este elemento han de superarse los estereotipos e introducir en el juicio de vulnerabilidad, cuando proceda, la perspectiva de género.

7. Supuestos como el analizado en este informe, además del conflicto planteado entre la obediencia a las normas y afrontar necesidades familiares vitales básicas muy acuciantes, incorporan el desvalor autónomo derivado de que se produce en el contexto de un delito de trata de seres humanos. Un conflicto como el que tuvo que enfrentar Angelina no debe ser analizado exclusivamente desde la perspectiva del estado de necesidad sino desde la perspectiva de la trata de seres humanos y la singular exención de responsabilidad derivada del principio de no punición a cuyo cumplimiento se comprometió internacionalmente España.

B) Dirigidas al legislador:

8. Han de realizarse las reformas procesales necesarias para implementar el principio de no punición en toda su extensión, incluido el principio de no incriminación, posibilitando y promoviendo la renuncia a la investigación penal y al procesamiento en los casos de víctimas de trata.

9. La redacción del art. 177 bis 11 CP debe ser modificada para evitar que la exención de pena quede limitada a los delitos cometidos «en la situación de explotación», debiendo ampliarse a los ilícitos ejecutados en la totalidad del proceso de trata.

10. Debe eliminarse del art. 177 bis 11 CP el requisito de la «adecuada proporcionalidad», que no está incluido en ninguna norma supranacional y es ajeno a la perspectiva de derechos humanos que inspira el principio de no punición en el contexto del delito de trata de seres humanos.

C) Dirigidas a la judicatura:

11. Los órganos judiciales, ante la discordancia entre la normativa española y la internacional y comunitaria en cuanto a la exigencia de proporcionalidad en la aplicación del

principio de no punición, deben plantearse la posibilidad de acudir a los instrumentos jurídicos habilitados al efecto para corregir dicha discordancia como puede ser proceder a un control de convencionalidad, al planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE o hacer una aplicación directa de la normativa comunitaria ante su defectuosa transposición. Idénticos instrumentos pueden ser utilizados respecto a la limitación del principio de no punición a los delitos cometidos en fase de explotación, al ser esta una limitación no contenida ni en el Convenio de Varsovia ni en la Directiva 36/2011/UE.

12. En el actual contexto normativo y mientras la reforma del art. 177 bis 11 CP no se produzca en los términos propuestos anteriormente, sería deseable que los órganos judiciales, al realizar el juicio de proporcionalidad, superaran la línea argumental mantenida por el Tribunal Supremo de ponderar, desde la perspectiva de la eximente de estado de necesidad y en relación con los delitos de tráfico de drogas, el mal causado y el que se trataba de evitar. Es más adecuada una ponderación medida de las consecuencias que se imputan a la conducta de las víctimas, así como una mayor atención a las situaciones de pobreza severa y de vulnerabilidad, que afectan a los derechos humanos.

13. La interpretación de la exención del art. 177 bis 11 CP orientada a los fines que han justificado su inclusión como concreción del principio de no punición de estas víctimas han de permitir también que en su aplicación no se primen consideraciones de prevención general, de modo tal que (i) esta exención se amplíe a los ilícitos ejecutados en la totalidad del proceso de trata; y (ii) el requisito de causalidad entre el hecho y el contexto de trata tome en consideración las complejas repercusiones de todo tipo que en la víctima se derivan de dicha condición.

D) Dirigidas a la fiscalía:

14. Se considera necesario que la Red de Fiscales Delegados de Extranjería acuerde revocar la conclusión 1 sobre el reconocimiento de la condición de víctima, adoptada en las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería de 2020, sustituyéndola por el criterio mantenido en las sentencias comentadas en el presente Informe.

15. El Ministerio Fiscal, en la labor constitucional que tiene encomendada de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley así como de velar por procurar ante los órganos judiciales la satisfacción del interés social (art. 124 CE), debería ponderar cuidadosamente y desde la perspectiva de derechos humanos que informa el principio de no punición las severas repercusiones que implica la incoación de un proceso penal a estas víctimas de trata minimizándolas en todo lo posible, incluyendo la adopción de medidas cautelares que no impliquen la privación de libertad.