

El principio de no punición de las víctimas de trata en el Código penal español. Problemas aplicativos

María Luisa Cuerda Arnau

Universitat Jaume I

CUERDA ARNAU, María Luisa. El principio de no punición de las víctimas de trata en el Código penal español. Problemas aplicativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-15, pp. 1-56.

<http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-15.pdf>

RESUMEN: De un lado, el trabajo aborda la interpretación del art. 177 bis 11 del Código penal español, que, de conformidad con la normativa internacional, consagra el principio de no punición de las víctimas de trata de seres humanos (TSH), cuya efectividad deben promover los Estados, pese a lo cual presenta graves déficits de aplicación. Un ejemplo de esto último es la STS 960/2023. La sentencia declara no aplicable el precepto a una víctima de trata para explotación criminal en virtud de un entendimiento del delito de TSH que no corresponde con lo dispuesto en el Código penal español, dando, además, prioridad absoluta a consideraciones de prevención general incompatibles con el fundamento del principio de no punición a las víctimas de trata. El trabajo expone las razones por las que no se comparte la exégesis realizada y se ofrecen argumentos a favor de la apreciación de la exención. De otro lado, se postula una aplicación menos restrictiva de la que es tradicional en nuestra jurisprudencia de las eximentes de miedo insuperable o estado de necesidad, eximentes que, de aceptarse la interpretación que aquí se defiende, podrían aplicarse subsidiariamente al caso enjuiciado en la citada sentencia.

PALABRAS CLAVE: Trata de seres humanos, principio de no punición, excusa absolutoria, estado de necesidad, miedo insuperable, tráfico de drogas.

TITLE: **The principle of non-punishment of trafficking victims in the Spanish Penal Code. Application problems**

ABSTRACT: On the one hand, this article studies art. 177 bis 11 of the Spanish Penal Code, which, in accordance with international regulations, contains the principle of non-application of penalties to the victims of trafficking in human beings, whose effectiveness States must promote, despite presenting serious deficits in application. An example of the lack of application is a recent resolution of the Spanish Supreme Court (STS 960/2023), which offers an exegesis of the art. 177 bis 11 that, for the reasons explained in the work, cannot be shared. That judicial decision declares the provision not applicable to a victim of trafficking for criminal exploitation by virtue of an understanding of the crime of trafficking in human beings that does not correspond to the provisions of the Spanish Penal Code, also giving absolute priority to general prevention considerations incompatible with the reasons that support the principle of non-punishment of trafficking victims. On the other hand, the study analyzes the possibility of applying to the case the defenses of duress or necessity, and concludes that it is necessary to review the non-application of necessity to some cases of drug trafficking in situations of extreme poverty and vulnerability.

KEYWORDS: Trafficking in human beings, principle of non-application of penalties to the victim, necessity, duress, drug trafficking.

Fecha de recepción: 15 enero 2024

Fecha de publicación en RECPC: 20 mayo 2024

Contacto: cuerda@dpu.uji.es

SUMARIO: 1. La STS 960/2023: una interpretación discutible del delito de trata y de la excusa absolutoria. 2. Premisa: ¿estamos ante un delito de trata de seres humanos? La respuesta es sí. 3. El principio de no punición en Derecho penal español. 3.1. La regulación legal: su déficit aplicativo. 3.2. Naturaleza jurídica y fundamento del principio de no punición. Sus implicaciones en la interpretación del art. 177 bis 11. 3.3. Presupuesto y requisitos de la excusa absolutoria. 3.3.1. Ser víctima de TSH. 3.3.1.1. La prueba de la condición de víctima y la negativa judicial a su reconocimiento. Consideraciones desde el derecho a la tutela judicial efectiva. 3.3.1.2. Una razón constitucional que se opone a considerar que sólo es víctima a los efectos del art. 177 bis 11 la que se declara como tal en un procedimiento judicial por TSH: su incompatibilidad con la presunción de inocencia como regla de tratamiento 3.3.2. Requisitos. Especial referencia a la proporcionalidad. 3.3.2.1. La adecuada proporcionalidad requerida por el art. 177 bis 11 v. otros parámetros de racionalidad/proporcionalidad exigidos en el Código penal español. 4. ¿Se podía aplicar al caso la exención prevista en el artículo 177 bis 11? La respuesta es sí. 5. Sobre el estado de necesidad y el miedo insuperable. 5.1. El excurso del voto particular. 5.2. Estado de necesidad excusante y tráfico de drogas. 5.3. El miedo insuperable como refugio. Remisión. 6. Conclusiones. Bibliografía. Otros documentos de interés.

A mis estimados estudiantes de la Universidad Jaume I, a quienes procuro transmitir que la humanidad es el faro que debe iluminar nuestra comprensión de las leyes penales.

Y a mi queridísima amiga Idoia Olloquiegui, quien siempre acude cuando se la llama en socorro de las causas nobles y que fue la causa eficiente de esta humilde defensa de la dignidad de los más vulnerables

1. La STS 960/2023: una interpretación discutible del delito de trata y de la excusa absolutoria

Recientemente cayó en mis manos la STS 960/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:6008) en la cual la mayoría de la Sala rechaza la aplicación de la excusa absolutoria prevista para las víctimas del delito de trata de seres humanos (TSH) en el art. 177 bis 11 CP, precepto que declara exentas de pena “por las infracciones penales que hayan cometido en la situación de explotación sufrida a las víctimas de trata de seres humanos, 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”. Esa fue la petición principal de la defensa de la acusada, y, en aplicación de tal precepto, la sentencia 183/2020, de 22 de junio dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a la acusada, siendo

confirmada en apelación por Sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹.

La sentencia objeto de este comentario es la confirmación al más alto nivel de que, como ya dijeron Villacampa y Torres² en sendos estudios pioneros, el trato institucional que se dispensa a las víctimas de TSH para explotación criminal contrasta con los dictados del principio de no punición.

Por el contrario, la sentencia va acompañada de un voto particular que, ante todo, es la expresión concentrada del viejo imperativo kantiano que nos obliga a tratar al otro *siempre* como fin y *nunca* como medio³. El autor del voto particular es Javier Hernández García pero, mientras le leía, creía estar leyendo a mi maestro, pues Tomás Vives dedicó la mejor parte de su vida profesional a defender los derechos de los más desheredados en la convicción de que el referido imperativo kantiano es la clave de bóveda de la justicia penal. La situación de esa joven mujer extremadamente pobre que arriesgó su vida por 4000 miserables euros y que, ahora, lejos de su tierra, sin arraigo alguno en la nuestra y apartada de su madre, de su hermano -que un informe obrante en autos acredita como enfermo- y de su hijo nacido prematuramente y con apenas cuatro meses de edad espera una posible condena, conmueve a cualquier persona sensible. Al jurista le obliga a repensar los tradicionales esquemas preventivo generales que, a veces inapropiadamente, son el principal faro de la interpretación. En el caso del principio de no punición de las víctimas de trata resulta más obvia la necesidad de dar preferencia a otros parámetros interpretativos. Para defender que eso es así y que el TS debió dejar incólume la sentencia absolutoria me apoyaré en el valioso bagaje que son las aportaciones que al delito de TSH han hecho colegas tan admirados como Carolina Villacampa, Maisa Maqueda, Patricia Laurenzo, Esther Pomares, Esteban Pérez, Mercedes García Arán y todo su equipo, Teresa Rodríguez, Javier Gómez Lanz, Alberto Daunis, Margarita Martínez Escamilla y todos los integrantes del proyecto Iusmigrante, Cristina Guisasola, Rafael Alcácer, María Martín, Margarita Valle y quienes han contribuido a enriquecer la obra monográfica que dirigen, Ana Pérez Cepeda, Nuria Torres, entre otros otros compañeros que han estudiado el tema en profundidad.

Como dije, la sentencia en cuestión estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia 183/2020, de 22 de junio dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se absolvía a la acusada del delito de tráfico de drogas por el que siguió la causa al estimar aplicable la causa de exención prevista en el art. 177 bis 11 CP. Articulado el recurso de casación por infracción de

¹ Ambas resoluciones merecieron un excelente informe elaborado por el Grupo de investigación Iusmigrante dirigido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, a quien tanto admiro por el hecho de haber puesto sus conocimientos al servicio de quienes, sin poder pagarlos, más los necesitan. *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)*, 2022. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/8fb761a9-b2f6-40ff-adbf-dea08dc6ec07/content>

² 2012 y 2016, *passim*

³ KANT, I., 2003, p. 67 y ss

Ley al amparo del artículo 849-1 de la LECrim. por indebida aplicación del referido precepto y correlativa e indebida no aplicación del art. 368 CP, la mayoría de la Sala acuerda estimar el recurso y, en su virtud, se ordena la devolución de la causa al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para que, devolviendo la causa a la Audiencia Provincial de procedencia, se analice en dicho órgano jurisdiccional el resto de alegaciones propuestas por la defensa; a saber: si pudiera concurrir la eximente incompleta de estado de necesidad, la calificación de los hechos por el subtipo atenuado del art. 368.2 CP, la aplicación del art. 376.1 CP o la apreciación de la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP.

El relato de hechos probados que se contiene en la sentencia de instancia es el siguiente:

“Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14:15 horas, la acusada A, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa y sin residencia legal en España, el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14.15 horas, la acusada A, 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.

El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo.

El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en: esa fecha habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

La acusada fue captada por una organización delictiva 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 aportaba la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 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 a su destino la estaría esperando una persona”.

A tales hechos, como se señala en el voto particular, cabría adicionar mediante una labor de heterointegración algunos de los que, en beneficio de la acusada, se contienen en la fundamentación jurídica del tribunal de apelación y pueden ser tenidos por probados sin necesidad de valoración alguna⁴, a saber:

1. La acusada “se encontraba en situación de extrema pobreza, mediante la adscripción al sistema SIS de aseguramiento gratuito dependiente del estado de Perú” (FJ 3.3)
2. Los hechos acontecieron en un periodo muy breve. Concretamente, los anuncios solicitando trabajo son de los días 6 y 7 de agosto. La expedición del pasaporte se produce el 8 de agosto Los billetes de avión eran para el 10 de agosto Lima-Barcelona y la vuelta Barcelona-Lima el 4 de septiembre y la llegada a Barcelona se produjo el día 11 de agosto (FJ 12).
3. 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 alguien que la esperaba en el aeropuerto, de quien desconocía cualquier referencia (FJ 14)

Ciertamente, como se precisa, entre otras muchas⁵, en la STS 1062/2010, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6831), " la introducción de los hechos probados fuera del apartado fáctico no es la forma correcta de redactar las sentencias, ya que introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado; y asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación". Por su parte, la heterointegración con elementos fácticos que pudieran encontrarse en la fundamentación jurídica es una labor muy delicada en la medida en que se corre el riesgo de afectar al derecho de defensa y, en general, a los derechos a un proceso justo y equitativo del recurrente. De ahí que el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 28 de marzo de 2006 estableciera " que los elementos del tipo objetivo del delito, incluidos los relativos a las circunstancias modificativas, deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados de la sentencia, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica". Con

⁴ Más discutible resultaría que el TS incorporase por esta vía lo que resulta de informes obrantes en la causa pero precisados de valoración (vg. el que acredita la discapacidad del hermano o el informe del SICAR cat, entidad sin ánimo de lucro que colabora a nivel institucional con la autoridades policiales y administrativas especializadas en la materia y que, según se dice en el FJ 4º de la sentencia de la AP, “no deja lugar a dudas sobre el cumplimiento de todas las condiciones y circunstancias personales que definen tal concepto (sc. el de víctima)”.

⁵ En el mismo sentido, vg, STS 972/2012, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8688): " si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fáctico y jurídico- que intervienen en su configuración. Los fundamentos de derecho no son el lugar Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado".

ello se evita, como ponía de manifiesto la STS 891/2014, de 23 de diciembre, que la heterointegración acabe siendo un “artificio frecuentemente utilizado para fundamentar condenas -que nunca absoluciones-, sobre datos que no han sido declarados de forma taxativa como hechos probados”. Ahora bien, carecería de sentido que el defecto procesal que implica hurtar a los hechos probados extremos que favorecen al acusado, hubiera de operar contra éste, de ahí que, así como es doctrina consolidada la imposibilidad de una heterointegración en perjuicio del acusado (STS 163/2023, de 7 de marzo), se admita- e, incluso, se estime obligada⁶- en sentido contrario. Como se dice literalmente en el voto particular del magistrado Hernández García

“En estos casos, y solo en beneficio del reo, al hilo de los motivos que funden el recurso, el tribunal que lo conozca viene obligado a una suerte de heterointegración que permita identificar el "hecho global" declarado probado. Y sobre el que, solo, insistimos, a favor de la persona acusada o condenada en la instancia, deben analizarse aquellos gravámenes que traen causa de este (vid. STS 57/2022, de 24 de enero, 173/22, de 24 de febrero, 401/22, de 22 de mayo, 468/22, de 18 de mayo)”.

Sentado lo anterior, sintetizaré las razones que llevan a la mayoría a excluir la aplicación del art. 177 bis 11 CP.

La *ratio decidendi* es que no estamos ante un delito de trata de seres humanos, sino ante un acto de participación delictiva y, por tanto, no puede entrar en aplicación la excusa específica prevista para aquel delito, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, en su caso, el estado de necesidad. A ello cabe añadir lo que el TS, reproduciendo la fórmula empleada por el Ministerio Fiscal, llama argumento “de orden práctico”⁷

En cuanto a lo primero, los principales argumentos que llevan al tribunal a descartar el delito de trata son de índole diversa, a saber:

1.- El delito de trata comporta una sujeción de la víctima prolongada en el tiempo o, al menos, con vocación de permanencia, de modo que hay que descartarla cuando estamos ante un acto ocasional. En palabras de la sentencia:

“(…) dicha excusa absoluta ha de incardinarse en la situación de explotación sufrida, como adjetiva el propio precepto, o lo que es lo mismo, en un escenario de aprovechamiento de la víctima por los tratantes, situación que no puede confundirse con un acto aislado de contribución delictiva, y siempre que su participación en las actividades delictivas, haya sido consecuencia directa de

⁶ Vid STS 486/2022, de 18 de mayo, con cita de las SSTS 401/2022, de 22 de abril, 173/2022, de 24 de febrero, 57/2022, de 24 de enero.

⁷ Según se dice en la sentencia, el Ministerio Fiscal sostiene que “de aceptarse tal tesis, constituiría un factor de primer orden para potenciar el tráfico de drogas, pues los cárteles de la droga dejarían de utilizar sofisticados medios para el transporte de las mismas, valiéndose de personas indigentes para el traslado de la misma, dado que su situación de precariedad les otorgaría una patente de corso para la comisión del delito, sin mayor riesgo que, en caso de ser descubierto, pudieran perder "la mercancía" (FJ 3).

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 (FJ. 4)

(...) no se describen en los autos los elementos del delito de trata, sino de una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de tal finalidad, que no era otra que la comisión de un delito contra la salud pública (FJ 5)

(...) parece claro que el mecanismo aplicado en la sentencia recurrida está pensado para una situación de trata de seres humanos, entendiéndose por tal delito aquel que exige una situación más o menos prolongada en el tiempo, pero no, desde luego, el acto aislado mismo de aceptar llevar a cabo un viaje internacional para transportar en el organismo de la acusada cocaína, a cambio de 4.000 euros (FJ 5)

(...) En efecto, trata y comportamiento penal aislado son dos comportamientos incompatibles; la trata siempre supone un acto dinámico” (FJ 5)

2.- La sujeción a la organización es la esencia del delito de trata

“En efecto, es la sujeción a la organización la esencia y el núcleo del delito de trata, no la aportación de un acto aislado, como ocurre en este caso, siendo así que la excusa absolutoria no puede interpretarse sino en dicho marco de sujeción y, al menos, cierta permanencia.

Nada de ello resulta de la causa.

En los hechos probados se cita a una organización sin más identificación, y sin que nadie, por cierto, haya tenido la más mínima oportunidad de defenderse de tal imputación. Por el contrario, se trasluce más bien un encargo de tercero.” (FJ 5)

3.- La exención prevista en el art. 177 bis 11 es exclusivamente aplicable a situaciones directamente conectadas con la investigación y represión de un delito de trata

“(…) nuestra jurisprudencia ha analizado y aplicado tal excusa absolutoria en el marco de un delito de trata de seres humanos, pero no lo ha extendido, por lo menos hasta el presente, a situaciones que no estén directamente conectadas con la investigación y represión de tal delito, como fenómeno social y delictivo en donde se enmarque la actuación forzada del acusado, pero nunca en el espacio de actuación de otros delitos, que tienen sus propias reglas exonerativas o atenuatorias de la responsabilidad penal, sin que debamos acudir a interferencias que jurídicamente no son procedentes”(FJ 4).

“Dicho lo que antecede, lo primero que debemos destacar es que la causa judicial tramitada que soporta estas actuaciones, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por delito contra la salud pública ((FJ 5)”

“Repetimos, no estamos, en consecuencia, en el curso de delito de trata de seres humanos, al menos no ha existido acusación con dicho título de imputación” (FJ 5)

4.- Interpretar el art. 177 bis 11 del modo que se hizo en la instancia es asistemático porque priva al estado de necesidad de su ámbito propio de aplicación.

“(…) el Código Penal prevé para estos casos, como el enjuiciado, en el que una persona, a causa de su penuria económica y sus condiciones personales, se encuentra inducida a llevar a cabo la infracción del tipo penal, de la que es perfectamente conocedora (en este sentido la sentencia recurrida entiende que no se puede hablar de falta de dolo, porque la acusada era perfectamente conocedora del traslado de droga a instancias de terceros que iba a llevar a cabo), resortes exonerativos del estado de necesidad, analizando si concurre tal exigente como completa o como incompleta” (FJ 5).

“(…) En tercer lugar, de operar como lo hace la sentencia recurrida, sobraría el estado de necesidad, pues la aplicación general del art. 177 bis.11 del Código Penal, sería tan expansiva que dejaría de estar limitada al marco para el cual fue diseñado, desplazando, sin razón aparente, otros instrumentos legales” FJ 5).

Por lo que respecta al argumento “de orden práctico”, esto es lo que dice la sentencia:

“(…) bastaría con reclutar personas intensamente necesitadas en el lugar de origen del viaje, lo cual resulta una constante contrastable, o bien contratar a indigentes, para tener asegurada su impunidad. En ese caso, dice el Ministerio Fiscal, y no le falta razón, el riesgo del transporte es cero, pues de ser interceptados policialmente no podría imponerse sanción alguna” (FJ 5).

A mi modesto entender, ninguno de los argumentos de legalidad ordinaria en que la mayoría de la Sala basa su decisión es acertado. Dejaré de lado la cuestión relativa a la exigencia de motivación “reforzada” que, entre otras cosas, es exigible a las sentencias que anulan a otra absolutoria, y me centraré en defender las tesis siguientes:

1.- Estamos ante un delito de trata de seres humanos, delito cuya tipicidad no incorpora en modo alguno una situación más o menos prolongada de sometimiento de la víctima.

2.- La sujeción a la organización no es la esencia del delito de trata. Es una característica fenomenológica del delito que, de darse, permite estimar la agravación prevista en el art. 177 bis 6 CP

3.- La exención prevista en el art. 177 bis 11 no exige que exista abierto un procedimiento por un delito de trata. Ni el precepto ni la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo del mismo lo requieren a modo de presupuesto o marco exclusivo donde haya que dilucidar la concurrencia de la exención.

4. Interpretar el art. 177 bis 11 del modo que se hizo en la instancia no priva al estado de necesidad de su ámbito propio de aplicación. Es más, sólo una interpretación como la realizada dota de sentido al precepto en cuestión, pues precisamente está llamado a aplicarse en casos no cubiertos por el estado de necesidad.

5. El supuesto argumento de “orden práctico” no es del todo coherente con las razones de orden utilitario que esgrime y, además, se opone al fundamento pragmático que, junto al humanitario, justifica el principio de no punición en el delito de trata.

2. Premisa: ¿estamos ante un delito de trata de seres humanos? La respuesta es sí

Como avanzaba, la respuesta es sí porque el Código penal español, siguiendo fielmente a la normativa internacional, no exige ninguno de los elementos que esa resolución considera indispensables para estimar cometido el delito previsto en el art. 177 bis. Repasemos con la mejor doctrina y jurisprudencia cuáles son los requisitos típicos.

Como es de común conocimiento⁸, el delito que nos ocupa se integra por tres elementos, a saber:

a) Una acción de las recogidas en los diversos verbos típicos que muestran las diferentes modalidades de conducta que se pueden realizar durante el proceso de trata. En nuestro caso interesa la captación, que, como sostiene la mayoría de los especialistas en la materia⁹, es algo más que una simple oferta y exige, al menos, el cierre de un acuerdo que vincula a la persona tratada a realizar aquello a lo que el mismo se refiere. En nuestro caso, nadie duda de que la mujer- al margen de que se la considere víctima de trata o mera partícipe del delito- fue captada para realizar la conducta de tráfico de drogas, que, *en los términos en que se produjo*, es lo que constituye la explotación, esto es, la obtención del beneficio que para los autores supone el viaje de la persona forzada en las circunstancias que ya conocemos. Por tanto, concurre el requisito de que esa captación fuera objetiva y subjetivamente dirigida a la consecución de una situación de sometimiento a explotación de la víctima, circunstancias que, como bien señala Pomares¹⁰ es imprescindible para que las conductas típicas adquieran significado como modalidades de trata.

El recurso a uno de los medios comisivos que se consignan en el art. 177 bis, de los cuales los que nos conciernen son los que normalmente se engloban en la amplia fórmula de “trata abusiva”. De los diferentes medios de que puede servirse el sujeto activo este es, como bien dice la doctrina¹¹, el de contornos más difusos, pero, aún así, existe acuerdo en entender que se concreta en “el aprovechamiento de una posición de dominio del autor sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal, que favorece la trata porque la

⁸ En extenso, VILLACAMPA 2011, pp. 410 y ss

⁹ VILLACAMPA 2011 p. 416

¹⁰ 2024, p. 1097

¹¹ Entre otros, PÉREZ ALONSO 2008, p. 329.

víctima está más fácilmente expuesta a las conductas posteriores de explotación personal, o, conforme establece el art. 2.2 de la citada Directiva 2011, la persona en cuestión no tiene "otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso"¹², una fórmula que, como ha reconocido el TS obliga a descartar planteamientos abstractos, pues "en abstracto siempre existirá otra alternativa: negarse al abuso, denunciar, resistir, oponerse, rechazar las condiciones... Pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen. Por tanto, no basta con señalar posibles alternativas si estas *in casu* no resultaban viables, atendidas las circunstancias de los hechos y de la víctima"¹³

b) En nuestro caso, no parece discutible que la mujer acusada estaba en una situación de necesidad económica por la extrema penuria en que se encontraba. Los hechos probados dan cuenta de esa situación y, en tanto que deben ser respetados por el tribunal de casación, no sólo no son discutidos por el TS, sino que se elude cualquier pronunciamiento al respecto por entender¹⁴, a mi modo erróneamente, que tal cosa no es competencia de la Sala, pese a que el deliberado abuso de esa situación para la explotación es la esencia de la trata y el TS está enjuiciando si la acusada era víctima o no de esa situación. En todo caso, a esa indignancia extrema se suman otros factores que colocan a la víctima en una situación de vulnerabilidad, de modo que aquí no estamos ante una vulnerabilidad que nazca exclusivamente de la necesidad económica. El voto particular del magistrado Hernández hace bien en poner de manifiesto otras muchas circunstancias que, al margen de la situación de precariedad económica, contribuyen a aumentar la vulnerabilidad de la acusada. Concretamente, su juventud (21 años) y, muy singularmente, su condición de mujer y madre primeriza en un país que, como la mayoría de los países latinoamericanos, están todavía anclados en ancestrales patrones patriarcales que provocan que la mujer no alcance ni de lejos las cotas de igual dignidad y derechos que se reconoce a los hombres, razón por la que no es casual que, como nos recuerda Hernández, el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer, en su Recomendación General núm. 38 (2020) insista en que "la 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"¹⁵. Como se afirma en el Informe elaborado por

¹² STS 146/2020, de 15 de mayo, ECLI:ES:TS:2020:1935).

¹³ STS 639/2017, de 28 de septiembre, ECLI:ES:TS:2017:3389, FJ. 5, aptdo 4

¹⁴ "(...) la situación de necesidad suele ser palpable en dichos casos, aunque sobre esta situación no podemos nosotros pronunciarnos en este momento, ya que están pendientes de resolver alegaciones de la defensa precisamente en dicha órbita exonerativa o atenuatoria" (FJ 5)

¹⁵ Con este argumento no se pretende situar a la mujer en una especie de situación de vulnerabilidad genérica, ni, menos aun, estigmatizarla como sujeto incapaz de decidir libremente acerca su futuro. Entiendo - y, hasta cierto punto, comparto- las críticas de DAUNIS (2013, p. 103, con ulteriores citas) a las posiciones que niegan en todo caso capacidad para decidir a las mujeres pobres que consienten en ser prostituidas. Pero ello no obsta a tomar en consideración un dato que es objetivo, que intensifica la vulnerabilidad de esas personas

el equipo dirigido por Martínez Escamilla, la comprensión de la pobreza sin una perspectiva de género es incompleta porque no sólo posterga que son las mujeres las que más la sufren, sino también que son ellas las que cargan con los cuidados y las que, por añadidura, tienen menores posibilidades de salir a delante en el mercado laboral¹⁶. A ello se añade el corto lapso de tiempo en que se producen los hechos. Como también se dice en el Informe acabado de citar, “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”¹⁷.

Es importante subrayar todos esos factores porque permiten calificar la situación de la acusada como de gran vulnerabilidad ya que todos ellos condicionan el juicio acerca de si, conforme a lo que el CP exige, “la persona en cuestión no tiene otra alternativa *real o aceptable*, que someterse al abuso” (art. 177 bis.1, p. 3). Y parece obvio, como dice el magistrado discrepante, que tal acumulación de factores- exógenos y endógenos- “debilitaba intensamente, como efecto consustancial, su capacidad para activar estrategias eficaces de autoprotección contra los actos de trata a los que fue sometida”. Por otra parte, es oportuno recordar que para la apreciación de la vulnerabilidad que da entrada al tipo básico de trata no es preciso que concurren factores que dan paso a la agravación por especial vulnerabilidad prevista en el art. 177 bis.4 b), que, como dice la STS 677/2022 de 4 julio (ECLI:ES:TS:2022:2818), “contempla la vulnerabilidad desde un plano de fragilidad subjetiva, de modo que operará en supuestos en los que, además de una restricción de la libertad de opción que determina

y que motiva que su consentimiento en ese contexto resulte viciado.

¹⁶ “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” (<https://docta.ucm.es/entities/publication/9075fe0b-b50f-4828-9fcf-82e2107370e0>, p. 10). Vid. LAURENZO (2019), especialmente, p. 25 y ss. En general, sobre las consecuencias injustas que comporta no tomar en consideración bastante la singular situación de exclusión mujeres pobres en determinados países, vid. NUSSBAUM, M. (2015), *passim*.

¹⁷ P. 13

la existencia del tipo básico, exista una erosión de las reglas más básicas de solidaridad humana” (FJ 8.2). Es decir, la vulnerabilidad suficiente para apreciar el tipo básico del delito de trata no es incompatible con el hecho de que la persona que está en esa situación acepte aún consciente de los riesgos y lo haga por precio, pues, como acaba por reconocer la sentencia que nos ocupa, el acto que aceptó realizar lo hizo en condiciones que “como es evidente, no han sido enteramente libres”, con lo que el tribunal de casación demuestra, al menos, tener una sensibilidad ligeramente superior a la del fiscal recurrente en apelación, a juicio del cual “Ella pudo elegir el empleo, tuvo una entrevista, y pudo decirles (a los ofertantes) que no le interesaba (...)”¹⁸ A mi modo de ver, sin embargo, hay razones sobradas para estimar que en la situación en que la acusada se encontraba no se planteó otra alternativa real o, dicho en palabras de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, a tenor de sus características y circunstancias personales la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable es una creencia razonable¹⁹. Y si eso es así antes de acceder a que la droga le fuera introducida en su organismo, qué decir a partir del momento en que la lleva en el interior de su organismo. Autoincriminarse no parece que sea para nadie una razonable opción.

c) La finalidad de explotación, introducida en nuestro CP por la LO 1/2015, se configura como el tercer, y *último*, elemento de la tipicidad. Estamos ante un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente que se cumple con la concurrencia de cualquiera de las finalidades referidas en el art. 117 bis, de las cuales nos interesa la relativa a “la explotación para realizar actividades delictivas”, modalidad en la que la comisión del delito constituye, en este caso, la propia explotación²⁰. La Directiva 2011/36/UE indica en su considerando 11 indica lo que se entiende por tal:

“La expresión «explotación para realizar actividades delictivas» debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carteterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”

Como pone de manifiesto un estudio empírico reciente²¹, las víctimas de trata para explotación criminal detectadas normalmente son explotadas haciéndolas intervenir

¹⁸ STSJ de Cataluña, FJ 2.4

¹⁹ “2.5. 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” (https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf)

²⁰ Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, p. 117, apartado 212. <https://www.icagi.net/archivos/archivoszonapublica/noticias/ficheros/Guia%20de%20criterios%20de%20actuacion%20judicial%20frente%20a%20la%20trata%20de%20serres%20humanos.pdf>

²¹ VILLACAMPA/GÓMEZ/TORRES/MIRANDA (2022), p. 209

en delincuencia patrimonial callejera (31,4%) y mendicidad forzada (31,4%) mientras que su intervención en conductas relacionadas con el tráfico de drogas en general, tanto en las de producción o cultivo (14,3%) como adoptando el rol de correos o “mulas” (14,3%) es menor que lo que resultaba de anteriores investigaciones. Pero, menor o mayor, la explotación existe con independencia de que el “sistema” evidencie sus muchas carencias a la hora de detectar a esas víctimas.

En nuestro caso, la fase de captación y de explotación, como señala el voto particular, la “se presentaron en términos temporales súbitos, casi sincrónicos” pero, aún así, es posible identificar que la explotación comienza desde el momento mismo en que, abusando de su situación, es desarraigada de su familia y localidad y sometida a tratamiento médico para que ingiera la droga, instante en el que, teniendo ya la víctima la “disponibilidad” de la sustancia, se produce la consumación del delito de tráfico por el que resulta acusada.

Hasta aquí los elementos del delito previsto en el art. 177 bis. Entre ellos, ninguno que haga referencia a que la explotación tenga vocación de permanencia o que exija una “situación más o menos prolongada en el tiempo”, todo ello sin perjuicio de reconocer que la TSH es, en efecto, un delito permanente o que la realidad demuestra que generalmente se comete a través de organizaciones o grupos criminales más o menos estructurados. En cuanto a la vocación de permanencia, no creo que el TS lo hubiera sostenido si estuviésemos hablando de explotación para transplante de órganos o para contraer un matrimonio forzado. Por lo que afecta al supuesto requisito de que se trate de una organización, la presencia del tipo agravado habla por sí misma y el asunto no precisa, pues, de ulteriores comentarios. No obstante, cumple dejar constancia de los resultados del estudio de SALAT (2022) que, tras analizar las sentencias dictadas en la materia por las Audiencias Provinciales entre 2011 y 2019, concluye que el número de casos vinculados con el crimen organizado es menor que el que preside el imaginario colectivo.

3. El principio de no punición en Derecho penal español

3.1. *La regulación legal: su déficit aplicativo*

El art. 117 bis 11 CP consagra el principio de no punición de las víctimas de trata en los siguientes términos:

“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”

Tal precepto ha trasladado al derecho español la recomendación establecida por

el artículo 26²² del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia y trae causa directa de la trasposición de la Directiva 36/2011/ CE, que en su artículo 8²³ consagra el principio de no punición en términos incluso más amplios que el art. 117 bis 11, ya que la referida Directiva, en la línea de lo que han defendido los especialistas²⁴, contempla el no enjuiciamiento de las víctimas de trata, lo cual, pese a ser lo que mejor se acomoda al doble fundamento de la exención, se ajusta mal a nuestro modelo procesal que, salvo en el proceso penal de menores, otorga un juego muy limitado al principio de oportunidad. No obstante, en los casos en que las diligencias de investigación comprendan tanto la TSH como los delitos cometidos por quienes ya desde el inicio del procedimiento son claramente víctimas de trata, lo que procede es que el Ministerio Fiscal se abstenga de ejercer con respecto a éstas la acusación²⁵, sin perjuicio de solicitar la apertura del juicio oral contra los tratantes tanto por el delito de TSH como por los que indujeran a realizar a las víctimas.

En cualquier caso, más preocupante que el hecho de no haber contemplado la posibilidad de no someter a enjuiciamiento a las víctimas o no haber previsto un mecanismo que permita no conceder la extradición de víctimas de TSH²⁶ es la infrutilización que en la práctica se hace de tal principio, en parte por las dificultades que siempre rodean a la propia identificación de las víctimas de trata²⁷, que, a su vez, se acentúan en los casos de las víctimas captadas para delinquir²⁸. De ahí que, como se

²² “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”. (Instrumento de ratificación en [https://www.boe.es/eli/es/ai/2005/05/16/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2005/05/16/(1)))

²³ Art. 8 (No enjuiciamiento o no imposición de penas a la víctima) 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.

²⁴ Vid. VILLACAMPA/ TORRES 2016, pp. 814 y ss; VILLACAMPA 2022 a, p.530, con ulteriores citas

²⁵ En tal sentido, la conclusión 2ª de las Jornadas de Fiscales de extranjería celebradas en 2020:

“La causa de exoneración de responsabilidad de las víctimas de trata prevista en el Núm. 11 del art. 177 bis CP, debe plantearse en cualquier fase anterior a la apertura del juicio oral si está debidamente justificada su concurrencia, solicitándose el Sobreseimiento Provisional con base a lo establecido en el art. 641 de la LECrim Aprobada por mayoría”.

²⁶ Sobre esta interesante cuestión, vid. ECHARRI, 2019

²⁷ Sobre tal cuestión y la imperiosa necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2023 a y VILLACAMPA/ TORRES (2016), *passim*.

²⁸ En relación con éstas, resultan contraintuitivas las cifras que ofrece el último Balance estadístico elaborado por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado. Concretamente, en 2018 se identifican 3, 31 en 2019, 7 en 2020, 0 en 2021 y 9 en 2022. El hecho de que no respondan al estereotipo de “buenas” víctimas es, sin duda, crucial. De hecho, como señalan VILLACAMPA y TORRES en el estudio con profesionales que llevaron a cabo, observaron que el trato dado a las mujeres que actuaban como correos de la droga “consistió en que ya desde el inicio se consideró por parte de los agentes que no actúan forzadas. Los mismos indicaron que lo hacían por dinero, para retornar una deuda pendiente o que sabían a lo que venían. Pudimos observar que este maltrato institucional se evidenciaba en las distintas fases del proceso penal que acostumbraba a instrumentarse contra ella” 2022 a), p. 518

señala en el Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 17 de mayo de 2021 la efectividad del principio que nos ocupa está íntimamente relacionada con la obligación de los Estados de identificar y proteger a las víctimas de la trata²⁹, y deben asignarse recursos a ese fin para identificar efectivamente a las víctimas y ofrecer un conjunto de medidas de protección basadas en un enfoque multidisciplinario y adaptadas a cada víctima. A la anterior dificultad, hay que añadir, como veremos, la interpretación que los tribunales y la Fiscalía hacen del concepto de “víctima” como presupuesto y del resto de elementos que integran la exención. Hasta tal punto es así que, como nos ilustran Valle³⁰ y Villacampa³¹, el Grupo de Expertos contra la trata de seres humanos (GRETA) en el informe emitido en 2018 sobre la implementación del Convenio de Varsovia (segunda ronda de evaluación) se indica que las autoridades españolas deberían revisar la aplicación de la previsión de no sanción contenida en el art. 177 bis 11 así como los criterios establecidos en la Circular de la FGE 5/2011. A la misma conclusión llega, en fin, la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en el Informe presentado el 17 de mayo de 2021 en el que se analizan a las dificultades que plantea actualmente la aplicación del principio de no incriminación y su falta de efectividad en la mayoría de los Estados³²

3.2. Naturaleza jurídica y fundamento del principio de no punición. Sus implicaciones en la interpretación del art. 177 bis 11

Como señala la doctrina³³, se ha discutido mucho la naturaleza jurídica de la exención. La mayoría se inclina por entender que estamos ante una excusa absolutoria, pero también hay quien estima que es una causa de inexigibilidad³⁴, o bien una causa de exclusión de la pena³⁵, cuestión en la que no estimo necesario entrar a terciar, salvo para indicar que, en ocasiones, se confunde el fundamento de las causas de exención con la naturaleza jurídica que quepa otorgarles. Esta confusión conceptual resulta, sin embargo, irrelevante si a ello no se anuda una limitación del ámbito de

²⁹ Parágrafo 52

³⁰ 2019, p. 133

³¹ 2022 a, p. 531

³² file:///C:/Users/HP/Downloads/A_HRC_47_34_S.pdf

³³ VILLACAMPA, 2011, p. 474 y ss, 2022, p. 528. Asimismo, HERNÁNDEZ RUEDA, 2023, p. 1195 y 1196; MARÍN FIEL, 2022, p. 8 y ss

³⁴ GÓMEZ LANZ, 2020, p. 257 y ss

³⁵ Esta última opción sólo la defiende, hasta donde alcanzo, FARALDO CABANA (2000, p. 43 y ss), autora que importa la distinción alemana entre las "Strafausschließungsgründe" y "las Strafaufhebungsgründe", una terminología que tiene la ventaja de expresar de un modo muy gráfico la diferencia que media entre aquellas causas que concurren ya en el momento del hecho -como v.g. el parentesco en determinados delitos contra la propiedad- y aquellas otras que -como es el caso del desistimiento o el arrepentimiento activo- aparecen una vez realizada la conducta antijurídica y culpable. En todo caso, no le faltaba razón en esto a JAKOBS cuando en su segunda edición del *Tratado* decía que, puesto que las consecuencias son las mismas que las de cualquier otra mera causa *personal* de exclusión de la pena, era una distinción “absolutamente superficial y dogmáticamente estéril” (p. 341, nota 13)

aplicación de la norma, que, para ser coherente, es lo que debiera hacerse cuando se califica esta causa de exención como causa de inexigibilidad en sentido estricto, cuya apreciación requeriría analizar con carácter excluyente³⁶ si a *esa* víctima *en el caso concreto* le era o no exigible un comportamiento distinto y podría conducir a negar la exención pese a la concurrencia de los tres requisitos legales. Sin embargo, como bien dice una joven promesa de la doctrina penal, la causa de exoneración que nos ocupa “no analiza la culpabilidad o no de la víctima, sino que entiende la situación excepcional a la que se ha visto sometida y por ese motivo se le exonera de pena”³⁷. De hecho, hasta donde alcanzo, nadie postula la necesidad de un examen individualizado de exigibilidad de conducta conforme a Derecho. Por el contrario, se opera con los parámetros propios de una excusa absolutoria, esto es, se aplica objetivamente a todas las víctimas que hayan cometido el delito a consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, siempre que exista la adecuada proporcionalidad exigida en el precepto. Así las cosas, al margen de la denominación que cada uno quiera darle, existe unanimidad en entender que estamos ante una mera causa de exención de la pena aplicable *a todas* y exclusivamente a las víctimas de trata, que, por lo demás, deja subsistente la responsabilidad penal de los tratantes y de terceras personas en el delito, que deberán responder asimismo por los daños civiles eventualmente causados por la víctima de trata.

Las razones en que se funda tal proceder son de índole distinta y ambas debieran proyectarse por igual en la interpretación del precepto. De un lado, como unánimemente sostienen doctrina y jurisprudencia, la exención se funda tanto en consideraciones de inexigibilidad genéricas cuanto en la convicción de que las víctimas de TSH precisan de una protección reforzada por las peculiaridades del delito del que son sujeto pasivo, lo que motiva el que el principio de no incriminación goce de plasmación en diversos instrumentos internacionales que nuestro Estado se ve obligado a cumplir. Por consiguiente, a la hora de interpretar la exención no pueden los jueces poner exclusivamente el acento en consideraciones de prevención general pues, sin perjuicio de que, como veremos al analizar la proporcionalidad, los fines de la pena no son ajenos a la exégesis del art. 177 bis 11, no pueden, sin embargo, sobreponerse hasta anularla a una ponderación que el legislador ya ha realizado *prima facie* a favor de las víctimas de trata.

A esta perspectiva victimocéntrica se suma un argumento utilitario del máximo interés: incentivar la colaboración de la víctima de trata en la condena de los responsables del delito de TSH o, como dice las STS 960/2023 “animarlas a actuar como

³⁶ Obviamente, al margen del debate sobre su naturaleza, el juez deberá atender a cuestiones de exigibilidad a efectos de valorar el requisito de proporcionalidad pero no para poder negar la exención sino para otorgarla cuando, pese a la gravedad del delito cometido, la situación en que la víctima se encontraba convertía en inexigible una conducta distinta.

³⁷ MARÍN FIEL, 2022, p.14

testigos en los procesos penales contra los autores”³⁸ Me centraré en este último al sólo objeto de precisar, en primer lugar, que esa razón de política criminal no debe, sin embargo, entenderse como requisito de aplicación de la exención, cuya operatividad es independiente del hecho de que la víctima se preste a testificar o a prestar cualquier otro tipo de colaboración con las autoridades. En segundo lugar, interesa poner de manifiesto que la rigidez con que se aplica el referido principio puede producir consecuencias diametralmente opuestas a las que, desde esta perspectiva utilitaria, se persiguen, toda vez que es previsible la colaboración no tenga lugar si las víctimas llegan a la conclusión de que se exponen a los peligros ciertos que representa testificar sin una garantía probable de absolución. Dicho de otro modo: un instrumento que está llamado a servir para luchar contra la trata de seres humanos pierde eficacia como consecuencia de una interpretación contraria a la razón- a una de las razones, en este caso- que lo fundamenta. Este es también un argumento de “orden práctico”, tan digno de ser tomado en consideración como el que, con cierta tosquead, expuso el Ministerio Fiscal para oponerse a la aplicación de la excusa en el asunto que motiva este comentario.

3.3. *Presupuesto y requisitos de la excusa absolutoria*

Dicho lo anterior, procederemos a una breve exégesis de los elementos que integran la causa de no punición, comenzando por lo que es su presupuesto: el ser víctima de un delito de trata

3.3.1. *Ser víctima de TSH*

Como señala Gómez Lanz, el concepto de víctima no es unívoco, pero, por las razones que este autor señala y a las que me permito remitir al lector³⁹, a los efectos que aquí interesan “víctima” lo es sólo el sujeto pasivo del delito de TSH, esto es, la persona física sometida directamente a la acción descrita en el art. 177 bis, sin que otros eventuales perjudicados puedan ampararse en la exención que nos ocupa. Por otra parte, como también precisa el mismo autor, la exención está prevista para las víctimas de TSH y, por ende, no es aplicable a personas sometidas a desplazamientos ilegales sin finalidad de explotación⁴⁰

3.3.1.1. La prueba de la condición de víctima y la negativa judicial a su reconocimiento. Consideraciones desde el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el epígrafe 2 se ha tratado de argumentar sobre la existencia del delito de TSH excluyendo del análisis la cuestión que ahora se va abordar, lo cual pudiera parecer metodológicamente cuestionable, toda vez que si se constata el delito de TSH, la

³⁸ Asimismo, entre otras muchas, STS 214/2017, de 29 de marzo, (ECLI:ES:TS:2017:1229)

³⁹ 2020, p. 237 y ss

⁴⁰ 2020, p. 243

conclusión es que la afectada por el mismo es víctima del mismo. Sin embargo, en este caso conviene distinguir ambos planos- el ser y la prueba de serlo- porque, a mi modo de ver, se gana claridad con ello. En el fondo, en la STS 960/2023 se rechaza la TSH por faltar las notas de permanencia y organización, que, como dijimos, no son elementos típicos, mientras que se rechaza que la acusada sea víctima por el hecho de estimar que la declaración de tal exige que ésta se produzca en el marco de un procedimiento penal por TSH⁴¹.

El TS se alineó con la restrictiva posición que mantuvo el fiscal que apeló⁴² la sentencia, fiel trasunto de la primera de las conclusiones aprobadas en 2020 en las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería celebradas aquel año, según la cual “por 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”. En parecidos términos se pronuncia la STS 960/2023:

“Dicho de otro modo, nuestra jurisprudencia ha analizado y aplicado tal excusa absolutoria en el marco de un delito de trata de seres humanos, pero no lo ha extendido, por lo menos hasta el presente, a situaciones que no estén directamente conectadas con la investigación y represión de tal delito, como fenómeno social y delictivo en donde se enmarque la actuación forzada del acusado, pero nunca en el espacio de actuación de otros delitos, que tienen sus propias reglas exonerativas o atenuatorias de la responsabilidad penal, sin que debamos acudir a interferencias que jurídicamente no son procedentes” (FJ 4).

“(…) Dicho lo que antecede, lo primero que debemos destacar es que la causa judicial tramitada que soporta estas actuaciones, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por delito contra la salud pública” (FJ 5)

“(…) Repetimos, no estamos, en consecuencia, en el curso de delito de trata de seres humanos, al menos no ha existido acusación con dicho título de imputación, sino que nos encontramos en presencia de un delito contra la salud pública.” (FJ 5)

⁴¹ Probablemente, de haber sido así, la excusa se habría aplicado. No cuesta imaginar que las cosas podrían haber sido distintas si esa mujer desvalida hubiera reconocido ante las autoridades españolas los hechos al llegar al aeropuerto, aportando datos que hubieran conducido a detener a los individuos y a descubrir que, con toda probabilidad, ella no era la primera persona a quien captaron con idéntico fin. Imaginemos también, dejando al margen los problemas de competencia, que en el mismo proceso se sustancia la responsabilidad por todas esas conductas. ¿También habría negado el TS la condición de víctima a la acusada y se habría contentado con aplicarle el art. 376.1 CP?

⁴² El fiscal recurrente en casación fue muy parco en sus alegaciones y, por lo que refiere la propia sentencia, no entró a discutir si estamos o no ante una víctima de TSH, sino que basó su recurso, de un lado, en que “la sentencia recurrida se opone de manera abierta y frontal a la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal Supremo, en orden a admitir eximentes o atenuantes de estado de necesidad de tipo económico en el tráfico de drogas, que sería perfectamente trasladable a la excusa absolutoria”. De otro lado, recurrió al argumento de “orden práctico” al que ya se ha hecho alusión y sobre el que luego volveremos.

Se opone así a lo dicho primero por la AP de Barcelona y luego por el TSJ de Cataluña, cuyas declaraciones al respecto me permito compendiar

“5. Rechazamos la conclusión de la recurrente que la declaración de víctima de trata solo cabe en el marco del procedimiento administrativo para ello. No lo dice el código penal, ni este remite a ningún procedimiento administrativo. Desde el punto de vista de la definición de víctima de trata, que es lo que aquí importa, ha de referirse a una persona sometida a la acción del art. 177 bis 1 del CP, es decir a las víctimas de la conducta delictiva (de los tratantes).

6. Dicho esto, y aceptando un concepto restringido de víctima a los efectos de apreciación de la circunstancia n. 11 del citado art. 177 bis 1 del CP no es imprescindible que para considerar, desde el punto de vista judicial, a una persona como víctima de trata deba de existir un pronunciamiento judicial, anterior o simultáneo, sobre la existencia del delito de trata. Es decir, tal declaración puede producirse perfectamente en el seno de un proceso penal en el que se enjuicia la infracción penal que ha cometido la persona sometida a trata”.

Los argumentos acabados de transcribir no dejan mucho espacio para oponerse a ellos. Si, como es el caso, ninguna norma exige que la prueba de ser víctima de TSH deba sustanciarse en un procedimiento destinado a la prueba de la trata, pareciera que quienes deben justificar la limitación son quienes defienden dejar de aplicar una norma que favorece al reo y que, además en este caso, forma parte del conjunto de compromisos internacionales firmados por España – e indiscutiblemente incorporado a nuestro ordenamiento en el art. 177 bis 11- destinados a ofrecer a las víctimas de TSH una tutela reforzada, que, por otra parte, una jurisprudencia consolidada no duda en tomar en consideración a efectos de facilitar su colaboración procesal (así, vg., en lo referido al recurso a la prueba preconstituida y, en general, en lo que afecta a la evaluación individual del riesgo a efectos de desvelar la identidad de los testigos u otorgarles protección). Resultaría paradójico que esa tutela reforzada se tomara en menor consideración cuando el objetivo ya no es favorecer el funcionamiento de la Administración de Justicia sino, ni más ni menos, que tutelar los derechos fundamentales de un ser humano.

A lo anterior cabe añadir un argumento que se infiere de lo dicho en la Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos publicada por el CGPJ en 2018⁴³. En la misma, se traen a colación dos autos del TS resolviendo sendas solicitudes de autorización para interponer recurso de revisión instadas por una mujer que fue condenada por un delito de coacciones con carácter previo a ser identificada como víctima de trata. Dicha identificación fue realizada por la Brigada Local de Extranjería y, poco después, le fue concedido el periodo de restablecimiento y reflexión del artículo 59 bis de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los

⁴³ https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menu-item.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=457f60254a047610VgnVCM1000006f48ac0aR-CRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=ca&lang_chosen=ca

extranjeros en España y su integración social, a efectos de decidir si deseaba colaborar con las autoridades en la investigación del delito y en su caso, en el procedimiento penal, solicitud que paralizó la ejecución de la expulsión. Las resoluciones (AATS de 20 de mayo de 2013, y de 17 noviembre de 2017) desestiman la petición por múltiples razones, de las que en este momento interesa destacar la referida a que la recurrente pudo hacer valer su condición de víctima de TSH en el juicio en que fue condenada, toda vez que el art. 117 bis ya estaba vigente, de donde se infiere la posibilidad de declarar tal condición en ese procedimiento.

Cuestión distinta es que en la referida Guía se reafirme la idea- también contenida en los autos acabados de citar- de que no basta a los efectos del precepto que nos ocupa que la persona que alega ser víctima haya sido identificada como tal por la policía o por organismos públicos o privados dedicados a la lucha contra la TSH o, incluso, que le haya sido reconocido el referido periodo de restablecimiento y reflexión. Todo ello, normalmente, motivará la solicitud de archivo por parte del Ministerio Fiscal pero si así no fuera y tuviera lugar la apertura de juicio oral, es al órgano encargado de juzgar el delito a quien compete decidir si la excusa absolutoria- como ocurriría con cualquier otra causa de exención, incluidas las eximentes- está tan probada como el hecho mismo.

Ahora bien, como acontece en relación con cuantos elementos integran el objeto procesal, el juez no puede desconocer o apartarse arbitrariamente- menos en perjuicio del reo- de periciales documentadas o de otros elementos probatorios (vg. testificales) que conduzcan a reconocer la condición de víctima a quien la alega. Por ello, lo más frecuente será otorgar valor probatorio a las identificaciones realizadas por la policía y otras instituciones especializadas en la identificación de víctimas de TSH, a menos que existan indicios poderosos que permitan motivar una decisión en sentido contrario. Dicho de otro modo: la negativa del juez a tener por víctima a quien implora la aplicación del art. 177 bis 11 deberá estar cumplidamente motivada, sin que pueda estimarse bastante un razonamiento apodíctico limitado a afirmar que no está acreditada tal condición, pues tal cosa supondría una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.3.1.2. Una razón constitucional que se opone a considerar que sólo es víctima a los efectos del art. 177 bis 11 la que se declara como tal en un procedimiento judicial por TSH: su incompatibilidad con la presunción de inocencia como regla de tratamiento

El Ministerio Fiscal hizo una interpretación de lo dicho en la ya citada Guía de criterios de actuación judicial, según la cual el Consejo General del Poder Judicial apoyaba la tesis de que la prueba de la condición de víctima debía sustanciarse en el

proceso por trata. Esta es también la lectura que de tal documento han hecho otros colegas⁴⁴, de cuya opinión, sin embargo, me veo obligada a disentir.

En la referida Guía en ningún momento se plantea el reconocimiento de la condición de víctima como una suerte de cuestión prejudicial. La Guía se limita a plantear las múltiples hipótesis de coexistencia de ambos procedimientos (el de TSH y el del delito “secundario”) con la finalidad de hacer recomendaciones de eficiencia procesal relativas a la acumulación de procedimientos⁴⁵ o, cuando esto no haya sido posible por causas diversas, ofrecer pautas que permitan al juzgador del delito secundario conocer “dicha decisión firme⁴⁶, así como los demás testimonios que puedan deducirse de la causa principal por su relevancia en la secundaria (que), deben ser tomados en consideración, junto con el resto del acervo probatorio, para determinar adecuadamente la participación y la culpabilidad de la persona, presunta víctima de trata, en el hecho delictivo enjuiciado”⁴⁷. Es cierto que la Guía del CGPJ recomienda suspender el procedimiento por el delito secundario para conocer la decisión adoptada en el juicio de TSH. Sin embargo, lo que parece una recomendación razonable, ni deja de ser una recomendación, ni siempre resultará posible. De un lado, porque, en muchos casos, ni siquiera se habrá iniciado el proceso por TSH o, pese a estar iniciado, su tramitación puede que no contemple todavía a esa persona como eventual víctima⁴⁸ o, incluso, aunque la contemple, ello no tiene por qué conocerse por el órgano que enjuicia a la eventual víctima de trata⁴⁹. De otro, y esto es mucho más

⁴⁴ Así, con ulteriores citas, GÓMEZ LANZ, 2020, p. 242, nota 17

⁴⁵ P. 117 (212)

⁴⁶ A mi modo de ver, con independencia de la firmeza de la sentencia y sin perjuicio del diferente alcance desde la perspectiva de la cosa juzgada, lo decidido en el juicio por TSH es un conocimiento relevante a efectos de que se permita su incorporación a la causa, que será obligada a instancias de las partes si la sentencia es firme. Si lo enjuiciado como delito secundario lo fuera por la vía del juicio rápido, el órgano judicial competente del enjuiciamiento debiera admitir que las diligencias practicadas no son suficientes y proceder de conformidad con lo establecido en el art. 798.2.2º de la LECRIM, transformado el procedimiento en Diligencias Previas, en cuyo marco habrán de practicarse las indagaciones para el total esclarecimiento de los hechos, entre ellas la aportación de los testimonios necesarios de la causa que se siguió por el delito de TSH. De tratarse de un Procedimiento Abreviado, cualquiera de las partes podrían aportar lo procedente al inicio del acto como cuestión previa (art. 786.2 LECRIM) o, incluso, solicitar la suspensión del juicio acordando una instrucción suplementaria de conformidad con lo establecido en los arts. 788.1 y 746.6 de la LECRIM. De tratarse de un sumario, si bien no cabe la proposición de prueba ni la aportación de documentación al inicio del juicio, el Tribunal puede y debe acordar la suspensión del juicio y practicar una sumaria instrucción suplementaria en los términos previstos en el citado art. 746.6 LECRIM.

⁴⁷ P. 118 y 119 apt. 218

⁴⁸ *No es infrecuente que la detección de víctimas de la misma red se produzca en momentos muy separados en el tiempo y, según como, el objeto del procedimiento por TSH no podrá abarcar a esa víctima concreta (vg. si su identificación hubiera tenido lugar una vez dictado el auto de apertura y formulado escrito de acusación, en cuyo caso, lo que procede es iniciar nuevas diligencias por un delito de TSH que, dada la doctrina sentada por el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31-05-2016, tiene sustantividad propia, sin perjuicio de que, en caso de condena, proceda apreciar los límites de cumplimiento previstos en el art. 76 CP.*

⁴⁹ Como dice VALLE (2019, p. 132), la idea de suspender a la espera del fallo por TSH es un *iter* prácticamente imposible. En el mismo sentido, MARÍN (2021, p. 21)

relevante, la “solución” de suspender el procedimiento olvida que, entretanto, la presunta víctima de trata mantiene el *status* de imputada y que los tiempos de los procedimientos por TSH son extraordinariamente dilatados, lo que supone un gravamen incompatible con la presunción de inocencia como regla de tratamiento, así como con la tutela reforzada que el Estado español se ha comprometido internacionalmente a otorgar a estas víctimas. Sin pretensión alguna de “cientificidad” y sin el fácil recurso al conocimiento privado de quien suscribe, invito al lector a repasar cualquier base de datos para comprobar comparando los Antecedentes de hecho y los hechos declarados probados que lo dicho es cierto. Sin necesidad de llegar al extremo de que la sentencia de instancia (y, además, de conformidad) se dicte once años después de acontecidos los hechos⁵⁰, lo habitual⁵¹ es que desde la presentación del escrito de calificaciones provisionales- o, en el mejor de los casos, desde el comienzo de la instrucción- hasta el dictado de la primera sentencia transcurra un promedio de cinco años, a los que falta añadir los correspondientes a la fase de recursos hasta que aquella devenga firme. Que esa sea la dilación se comprende por la dificultad inherente a la investigación de estas causas, lo cual explica también la disparidad que existe entre los resultados que arrojan las estadísticas del Ministerio del Interior⁵² en relación con el número de atestados por TSH y número de víctimas identificadas con el número de procedimientos calificados en el año siguiente por los fiscales de toda España. Así, por ejemplo, en el año 2021 se instruyeron 74 atestados por TSH, mientras que la Memoria de la FGE de 2022⁵³ da cuenta de la presentación de solo 17 escritos de acusación. Nada distinto a lo ocurrido en el año 2022, último de los que se da cuenta en esa sede. En ese periodo, los atestados policiales ascienden a 100, mientras que el número de escritos de calificaciones, según la Memoria FGE 2023⁵⁴, se reduce a 16. En esos mismos años, el número de sentencias por TSH dictadas fue de 15 en 2021 y de 13 en 2022. En resumen, exigir que la declaración tenga lugar en el procedimiento por TSH aboca, si se quiere ser realista, a uno de estos dos escenarios: a) la identificación en el proceso por TSH se produce cuando ya ha recaído sentencia por el delito secundario, con las dificultades que, incluso con la ampliación del recurso de revisión, ello supone para el reconocimiento de la condición de víctima⁵⁵ y b) los

⁵⁰ SAP Málaga 466/2021, de 27 de octubre, ECLI:ES:APMA:2021:3956

⁵¹ La AP de Sevilla acorta en ocasiones de la media (así, vg. sólo median 2 años en el caso enjuiciado en la SAP 318/2022, de 22 de julio, ECLI:ES:APSE:2022:1362 y menos de 3 en el caso de la SAP(494/2021, de 26 de noviembre ECLI:ES:APSE:2021:1677

⁵² <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/trata/situacion-en-espana/>

⁵³ https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html

⁵⁴ <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/Inicio.html>

⁵⁵ Precisamente por las dificultades que ya conlleva la estimación del recurso, hay que facilitar la aplicación de la exención, de modo que acierta ECHARRI cuando defiende que tras la anulación de la resolución recaída, y acreditada la condición de víctima de la trata, y por ende la excusa absolutoria, deba bastar con devolver la causa al Juzgado o Tribunal competente, para que dicte una sentencia absolutoria, sin necesidad de un nuevo juicio, o bien un auto de sobreseimiento libre (2019, https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC2NQQ-CMAyFf407GsCo8dALcjTGKPFerGnLxqZbh_DvbYAmL31Nv_Z9E4W5ponBeppUnJ138wB1SKQYmw

efectos de la identificación en el proceso por el delito secundario tendrán lugar muchos años después de la imputación de la víctima como responsable del mismo con el consiguiente mantenimiento de la penosa condición procesal de imputada lo que, entre otras consecuencias, autorizaría mantener las medidas cautelares eventualmente acordadas. Ambas situaciones son, a mi modo de ver, poco compatibles no sólo con los compromisos internacionales sino, como decía, con la presunción de inocencia como principio estructural del proceso penal que, en cuanto tal, no sólo opera como regla de juicio sino también como regla de tratamiento. Como decía la ya clásica STC 109/1986, de 24 de septiembre, esa vertiente del derecho reconocido en el art. 24 CE “constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”. Claro está, sin embargo, que ese reconocimiento es, como también señala la referida sentencia “criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes” y carecería de efectividad si no proscribiese, con mayor razón, las que no viniendo exigidas por la ley supusieran un perjuicio para el reo.

Por todo lo expuesto, hay que aplaudir la reciente decisión del TS (STS 59/2023, de 6 de febrero; ECLI:ES:TS:2023:375) en la que se sostiene justo lo contrario de lo defendido en la STS 960/2023, lo que obligará a uno de los magistrados que formó Sala en ambos asuntos a tomar partido. En esta última e importante resolución se excluye directamente cualquier tipo de prejudicialidad y se admite la prueba de la condición de víctima derivada de fuentes diversas a la declaración como tal en un procedimiento por TSH, ya que, como afirma el Tribunal, “la existencia de un procedimiento penal en trámite por trata de mujeres (...) no debiera haber sido óbice para ese pronunciamiento expreso que interesaba la defensa, pues, lo que aquí se dijera, en nada debería interferir en lo que resultare de lo que se actuase en esa otra causa, y ello porque no hemos de olvidar la autonomía propia de cada proceso penal en lo que a su propia prueba y objeto concierne, que, por lo tanto, no condiciona a lo que en otro pueda resultar. En este sentido, decía este Tribunal en Sentencia 528/2020, de 21 de octubre, que “a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso

jZ7qxzUaFQc0JbeQ2LNyPV2ECmfGgpILM49oz2SRGKXMXe_-44mg7ZeFdiWH-
atoWqzqSKyzE7HdRIIQoAb9ORY1K96fqbiFc-
EgbdP7AjkOQ0COP3GD_TtikTs1w37F7LrLSVXiHTFS25dsv9A8nLldXnAAAAWKE

distinto (FJ 1.4). Sentado lo anterior, el TS declara la posibilidad de estimar probada tal condición en el mismo proceso y por los medios de prueba ordinarios, que en el asunto sometido a enjuiciamiento fueron el propio testimonio de la interesada, los informes de los servicios sociales, el testimonio de los agentes y la resolución de la Delegación del Gobierno por la que se aprecian "motivos razonables sobre su posible condición de víctima de tráfico de seres humanos" y se acuerda "comunicarle que le asiste la posibilidad de solicitar, autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

3.3.2. *Requisitos. Especial referencia a la proporcionalidad*

Acreditado el presupuesto de ser víctima de un delito de TSH, el art. 177 bis 11 condiciona la exención a los tres requisitos siguientes

- a) Que el delito se haya cometido en la situación de explotación sufrida,
- b) Que la participación de la víctima en el delito haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, engaño o abuso, y
- c) Que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal

Por lo que respecta al primero de los requisitos, como dice Pomares, supone que el delito tenga lugar una vez que "se materializa el objetivo explotador", lo cual plantea problemas en los casos en que el delito se produce en la fase de trata en sentido estricto⁵⁶, por lo que aciertan Guisasola⁵⁷ y Valle⁵⁸ cuando considera tal decisión legislativa incongruente con la definición de trata⁵⁹. De ahí que la propia FGE en su ya citada Circular 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, considere 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

⁵⁶ 2024, p. 1137; en el mismo sentido, VILLACAMPA 2022 a, p. 530

⁵⁷ 2024, p. 240

⁵⁸ De ahí que la autora critique la decisión legislativa en estos términos: "Siendo que todas estas fases anteriores forman parte del proceso de la trata, da la impresión de que lo que verdaderamente ha buscado el legislador ha sido eximir de pena a las víctimas de explotación, y no a las de trata de seres humanos, objetivo para el cual no tendría sentido haber incluido la exención de pena en el delito de trata de seres humanos y no en la explotación concreta. Desde el punto de vista tanto teleológico como sistemático, el ámbito de aplicación de la excusa debería entenderse desde el mismo momento de la captación. De esta manera el fundamento de la exención de pena se comprendería dentro del amplio proceso que es la trata de seres humanos, y en ningún caso únicamente vinculado a la fase de explotación" (2019, p. 129). También críticamente, GÓMEZ LANZ, 2020, p. 246

⁵⁹ De ahí que se hayan ofrecido interpretaciones alternativas que, no obstante, son discutibles atendido el tenor literal de la ley. Así MARÍN defiende la aplicación de la excusa a cualquier fase del proceso de trata, "ya que en todas ellas se da el elemento subjetivo de la finalidad de explotación por el tratante, y todas conforman el propio delito de trata" (2022, p. 27).

para facilitar su migración fraudulenta o subrepticia, especialmente los delitos de falsedades documentales»⁶⁰

Gómez Lanz plantea en relación con este requisito una cuestión del máximo interés⁶¹. El autor distingue a estos efectos entre las modalidades de trata dirigidas a la explotación sexual o a la explotación para realizar actividades delictivas y las demás contempladas en el precepto. Sólo para referirse a las dos primeras utiliza el CP el término “explotación”, con lo que, como señala el citado autor, el legislador reconoce que la explotación es consustancial al resto de modalidades, donde, bajo ningún concepto, es concebible un consentimiento válido. Por el contrario, no cabe descartar casos de captación, traslado, etc para realizar actividades sexuales o delictivas que - sin perjuicio de otras responsabilidades a que, en su caso, haya lugar - no sean constitutivas de trata por faltar la “explotación”⁶². Llegados a este punto, el autor señala que las pautas para estimar que hay explotación sexual son las referidos en el art. 187.1, pues son los criterios que determinan la tipicidad de una conducta que, en caso contrario, carece de relevancia penal. Esas mismas pautas, dice el autor, son las que nos permiten hablar de explotación cuando la trata es para la realización de actividades delictivas, de modo que “explota” quien determina a otro a delinquir en su propio beneficio utilizando para ello los medios típicos que ya conocemos⁶³. El anterior planteamiento, que comparto⁶⁴, en modo alguno vincula la explotación en estos casos a la ya criticada vocación de permanencia pero creo que conduce – aunque el autor no llegue tan lejos⁶⁵- a limitar los casos en que puede hablarse con rigor de explotación pese a existir un aprovechamiento por parte de terceros de una situación de necesidad económica o vulnerabilidad, que, sin embargo, no alcance a ser un verdadero “abuso” y, por tanto, no constituya, en sentido estricto, “explotación” a los efectos del delito de TSH.

En segundo lugar, el art. 177 bis 11 requiere que la infracción cometida sea *consecuencia directa* de la situación de violencia, engaño o abuso. Eso es también lo que dice el art. 8 de la Directiva 36/2011/ CE, que, en cuanto a esto, también configura

⁶⁰ Asimismo, ECHARRI considera exonerables los delitos cometidos durante el proceso de trata, 2019, https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQQ-CMAyFf407GsCo8dALcjTGKPFerGnLxqZbh_DvbYAmL31Nv_Z9E4W5ponBeppUnJ138wB1SKQYmwjZ7qxzUaFQc0JbeQ2LNyPV2ECmfGgpILM49oz2SRGKXMXe_-44mg7ZeFdiWH-atoWqzqSKyzE7HdRIIQoAb9ORY1K96fqbiFc-EgbdP7AjkOQ0COP3GD_TtikTs1w37F7LrLSVXiHTFS25dsv9A8nLldXnAAAAWKE

⁶¹ 2020, p. 244 y 245

⁶² Aunque el autor no ofrece ejemplos, pensemos en quien traslada, facilita documentación falsa y acoge en su vivienda a una compatriota mayor de edad (no así menor ex art. 177 bis.2) que libremente decide compartir con su captadora la prestación de servicios prostitucionales.

⁶³ 2020, p. 245

⁶⁴ Pese a que conlleva negar la explotación aunque exista un delito de TSH en el caso de menores captados para la prostitución o para la realización de actividades delictivas pero sin el recurso a ninguno de los medios a que se refiere el precepto. A menos que entendamos que, dada la minoría de edad, la prostitución o la instrumentalización para la comisión de delitos constituye, de suyo, “explotación”

⁶⁵ Y, por ende, asumo las críticas que procedan.

la exención en términos muy próximos- pero no idénticos⁶⁶- al *duress-based model*⁶⁷, y ello podría impedir su aplicación en casos en que el delito concreto es fruto del recurso a medios de coerción más sutiles o, sencillamente, se comete “con ocasión” de la situación de violencia, intimidación, abuso o engaño. Se plantea, pues, la duda de si es posible aplicar la exención a casos en que, como señala Valle, la infracción no sea consecuencia directa del ejercicio de violencia, intimidación, engaño o abuso pese a que sí lo sea como consecuencia del dominio total de la voluntad de la víctima, en cuyo caso, cabe entender que la víctima actúa obligada por la situación de explotación en que se encuentra y, en esa medida, la infracción está conectada directamente a esa situación contextual⁶⁸. Por ello, como se señala en el Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 17 de mayo de 2021 el requisito de causalidad debe interpretarse de forma amplia (parágrafo 46). No obstante, facilitaría enormemente una exégesis en tal sentido una redacción similar a la contenida en el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos⁶⁹

Por último, el precepto exige la adecuada proporcionalidad entre la situación en que la víctima de TSH se encuentra y el delito cometido, un requisito que merece que le dediquemos una atención singular, toda vez que un erróneo entendimiento del mismo es, según creo, lo que motivó el recurso y, en parte, explica la decisión de la mayoría.

3.3.2.1. La adecuada proporcionalidad requerida por el art. 177 bis 11 v. otros parámetros de racionalidad/proporcionalidad exigidos en el Código penal español

Antes de entrar de lleno en el análisis de este requisito, hay que recordar que esta exigencia no se contempla, sin embargo, ni en el art. 26 del Convenio de Varsovia, ni en el art. 8 de la Directiva 36/2011/ CE. Precisamente por esto último, en el ya

⁶⁶ De ahí que aquí se rechace que la conexión causal deba resolverse necesariamente en el marco trazado por la teoría de la imputación objetiva (cfr., aunque críticamente, GÓMEZ LANZ, 2020, p. 248)

⁶⁷ VILLACAMPA 2022 a, p. 530; 2022 b, epígrafe IV

⁶⁸ 2019, p. 129 y 130

⁶⁹ El art. 177 septies 4 operaba con una fórmula más propia del *causation-based model*, según la cual: “Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de exención de la responsabilidad penal establecidas en este Código, la víctima de los delitos previstos en este título quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido con ocasión de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a la que se encuentra sometida, siempre que exista una adecuada y directa vinculación entre dicha situación y el hecho criminal realizado”

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf>

El pasado 8 de marzo de 2024 el Consejo de Ministros recuperó y aprobó el texto que quedó varado en la anterior legislatura

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/refc20240308.aspx>

citado Informe jurídico elaborado bajo la dirección de Martínez Escamilla⁷⁰, se defiende una tesis que, por su radicalidad, transcribiré de manera literal:

“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 6º). 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”⁷¹.

Por lo que se refiere a la falta de mención a la proporcionalidad en el art. 8 de la Directiva 36/2011/ CE, el Informe sostiene que

“La defectuosa transposición (...) 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 (...) (...) 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”⁷².

⁷⁰ Vid. nota 1

⁷¹ P. 26

⁷² P. 26 y 27

La tesis es sugerente pero no estimo que pueda prosperar. A mi juicio, en el Informe se parte de la difundida pero altamente discutible premisa de que, sobre la base de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 96.1 CE, los Tratados gozan de un rango superior al de cualesquiera leyes internas, ya que eficacia directa y primacía son, como bien se ha dicho, “el anverso y el reverso de la misma moneda”⁷³. Sin embargo, el propio TC ha dicho expresamente que “el artículo 96 CE (...) no atribuye superioridad jerárquica a los Tratados sobre las Leyes internas” (STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6) y, desde luego, nadie acepta la posibilidad de que la norma convencional goce de eficacia directa cuando impone obligaciones de penalización. Ciertamente es que lo que el Informe propone va en la dirección opuesta y, como yo misma he defendido, dado el efecto vertical de las Directivas, éstas puedan ser invocadas por los particulares a efectos despenalizadores cuando estemos ante un caso de verdadero conflicto entre la norma interna y la internacional. Pero ni este es, en sentido estricto, un caso de esa naturaleza en el cual el control de convencionalidad que corresponde al juez ordinario le permita seleccionar el derecho aplicable, ni, lo que es más relevante, pueda, aunque quisiera, optar por la norma internacional. En efecto, sin necesidad de entrar en la debatida cuestión de si la relación entre el Tratado y la Ley es de jerarquía o se asemeja, más bien, a la de competencia, lo cierto es que en lo que todos estamos de acuerdo es que la aplicabilidad directa de la normativa internacional, sean Tratados o Directivas, depende de que sean directamente aplicables (*self-executing*), lo que no cabe predicar en modo alguno de lo dispuesto en el art. 26 del Convenio de Varsovia, ni del art 8 de la Directiva 36/2011/ CE, ya que ambos apelan a la adopción de medidas legislativas para su ejecución⁷⁴.

Descartado, pues, que nuestros tribunales puedan obviar el juicio acerca de la adecuada proporcionalidad, cumple señalar el alcance de esta exigencia.

Para empezar, conviene precisar los términos de la ponderación: la “situación” y el “hecho criminal”. En cuanto a lo primero, asiste la razón a Gómez Lanz, cuando dice que por “situación” cabe entender tanto la situación de violencia, intimidación, engaño, vulnerabilidad etc, como la situación de explotación. Es decir, la comparación, en los términos a los que a continuación me referiré, debe tomar en cuenta tanto la intensidad de la explotación a que se ve sometida la víctima, como el influjo causal que los medios empleados tienen en el delito cometido por ella⁷⁵. El hecho criminal

⁷³ DÍEZ-HOCHLEINER, J, (2015) Comentario al art. 30.1 p. 536

⁷⁴ A mi modo de ver, este es un caso claro de instrumento internacional que carece de auto-suficiencia normativa, pues no reconoce derechos directamente invocables DÍEZ-HOCHLEINER, J, (2015, p. 536), ni provoca tampoco lo que se ha dado en denominar “influencia negativa” del Derecho internacional en el Derecho penal interno (vid. NIETO MARTÍN, A. , 1994, 395 y ss). Por lo demás, discrepo de que estemos ante un caso de “defectuosa trasposición de directivas comunitarias”, ya que ambos instrumentos remiten a los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico a efectos de incorporar el principio de no punición y, entre tales principios, está la propia defensa del orden jurídico que impone límites a otras excusas e, incluso, a las causas de justificación. En cualquier caso, aún estimando que la trasposición fuera defectuosa, el desplazamiento de la norma interna exigiría también que la Directiva fuera- que no lo es- directamente aplicable.

⁷⁵ 2020, p. 251

es, claro está, el concreto delito de que se trate, sin que el precepto excluya infracción alguna. Así lo reconoce la tan citada Circular FGE 5/2011⁷⁶ o la Guía de criterios de actuación del CGPJ⁷⁷, y el también citado Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que reitera la necesidad de aplicarlo a todos los delitos independientemente de su gravedad⁷⁸, recordando que “el GRETA ha recomendado en reiteradas ocasiones que el principio de no penalización se aplique a todos los delitos que las víctimas de la 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”⁷⁹.

Ahora bien, ¿quiere con ello decirse que cabe aplicar el principio de no punición a cualquier delito al margen de las peculiaridades que rodeen, objetiva y subjetivamente, su ejecución? Evidentemente, no. Es ahí donde el legislador deja en manos del juez el juicio acerca de la “adecuada proporcionalidad”, que, a fin de cuentas, persigue la defensa del orden jurídico que está a la base de otros límites de proporcionalidad o racionalidad exigidos por nuestro Código, que, como es sabido, los proyecta, en ocasiones, sobre las mismas causas de justificación. Se trata, en fin, de evitar que la no punición conduzca a anular los efectos preventivos de la pena, generales y especiales pero, prioritariamente, los vinculados a la prevención general negativa. Decía Valle en relación con esta cuestión que, en principio, “el legislador entiende que la pena que podría aplicarse al supuesto concreto no está indicada ni desde el punto de vista de la prevención general ni desde la prevención especial. En los supuestos en los que la víctima de trata haya cometido, por ejemplo, determinados hurtos o haya “trapi-cheado” con drogas, no se habrá producido una alarma social, siendo que la colectividad no se escandalizará por la impunidad en estos casos dadas las especiales circunstancias que concurren. La sociedad en su conjunto comprende las circunstancias que han obligado a la víctima a llevar a cabo el delito y se asume el hecho de que, en la representación dual de víctima como autor de delito, prime el factor víctima sobre el de sujeto activo y por tanto no sea castigada. Por otro lado, la pena tampoco sería necesaria desde un punto de vista de la prevención especial, puesto que en el caso de una víctima de trata, la evitación de delitos futuros o la rehabilitación social del autor no dependen de la imposición de una pena, sino del efectivo abandono de la red de trata y con ello del dominio que de su voluntad hace el tratante”⁸⁰.

⁷⁶ P. 33. En el mismo sentido, entre otros, Valle 2019, p. 130

⁷⁷ P. 115

⁷⁸ Incluido el propio delito de TSH, pues, como la realidad demuestra, en ocasiones son las propias víctimas de TSH las que cooperan en la trata de otras

⁷⁹ P. 17, apartado 46.

⁸⁰ 2019, p. 128

La cuestión, sin embargo, es distinta cuando lo cometido es un delito especialmente grave. Esos son los casos en que la exigencia legal de proporcionalidad suscita problemas, pues lo cierto es que aplicar la exención a delitos especialmente graves obliga a tomar en consideración los efectos que la exoneración puede tener sobre los fines preventivos de la pena. Pese a todo, ante hipótesis de esa naturaleza, lo primero que conviene considerar es que el hecho de que el legislador haya previsto para las víctimas de TSH una exoneración específica indica que no procede trasladar automáticamente a esta sede las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a la racionalidad que se exige en la legítima defensa o los rígidos criterios de proporcionalidad exigidos por el TS en relación con el estado de necesidad o el miedo insuperable. Se equivoca, pues, el Ministerio Fiscal cuando en el caso que nos ocupa sostiene, según se recoge en la STS 960/2023, que

“la sentencia recurrida se opone de manera abierta y frontal a la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal Supremo, en orden a admitir eximentes o atenuantes de estado de necesidad de tipo económico en el tráfico de drogas, que sería perfectamente trasladable a la excusa absolutoria aplicada, pues como hemos afirmado en otras ocasiones, el tráfico de drogas entraña una gravedad extrema para la salud pública” (FJ 3).

Pareciera, más bien, que es el fiscal el que se equivoca cuando traslada, sin más, esas exigencias a la exégesis del art. 177 bis 11, que, por mor de esa interpretación, se convierte prácticamente en un precepto superfluo. Así es por cuanto resultaría del todo asistemático acabar por configurar la causa de exención como un estado de necesidad o un miedo insuperable específicamente previsto para la trata que actuaría a modo de norma especial frente a las eximentes generales. Nada obliga, antes al contrario, a llegar a semejante conclusión. Como se lee en la Circular FGE 5/2011 el apartado 11 del artículo 177 bis «(...) está pensando en aquellos supuestos en que — sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable— se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que se haya sido sometida, que por su situación de sometimiento se ve compelida a realizar los delitos ordenados por el tratante (...)»⁸¹. Lo pretendido ha sido— como reconoce la Guía del CGPJ⁸²— dar un tratamiento más benévolo a las víctimas de TSH por razones especialmente tanto victimocéntricas pero también de utilidad procesal como forma de incentivar la colaboración de las propias víctimas en la persecución y sanción del delito de TSH. En ese sentido dice el voto particular de la STS 960/2023 que el acento hay que

⁸¹ p. 19

⁸² “Podría afirmarse que este apartado está pensando en aquellos supuestos en que —sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable—...” (p. 115, apartado 204)

ponerlo en el hecho de que se delinque por ser víctima del delito de TSH. Ese debe ser el norte y guía de la interpretación. Es por ello que acierta Villacampa cuando exige una aplicación “generosa” de esta cláusula de exención⁸³.

A todo lo anterior cabe añadir que la proporcionalidad es algo mucho más amplio que la comparación de ilícitos (delito de trata v. delito cometido). Claro está que la gravedad del delito secundario no resulta irrelevante y forma parte del juicio de proporcionalidad, ya que la intensidad de la protección penal de cada uno de los bienes jurídicos afectados es un criterio a considerar. Pero en ningún caso determina el juicio definitivo acerca de la proporcionalidad. Así es por cuanto cualquier juicio de adecuación que deba realizar el juez penal apela al sentido total del ordenamiento jurídico y, por tanto, no es posible desconocer el valor de los bienes jurídicos enfrentados. Pero, al mismo tiempo, esa comprensión total del sistema de valores jurídicos obliga al juez a no limitarse a comparar la jerarquía de los bienes jurídicos implicados, sino también a ponderar el carácter de la afectación a los bienes (lesión o peligro), así como a considerar la intensidad de la lesión -contenido de injusto que sí es regulable- de cada uno de los bienes afectados. Y todo ello habrá que ponerlo en relación tanto con las posibilidades efectivas que en el caso concreto haya tenido la víctima a su alcance para sustraerse a la comisión del delito⁸⁴, como con la exigibilidad jurídica de hacerlo. A tal efecto, no hay que olvidar que, como dije en otro lugar⁸⁵, las referencias constitucionales representan un elemento imposible de obviar a la hora de realizar la ponderación y, en nuestro caso, entra en juego la dignidad de las víctimas de TSH un valor que, por imperativo del art.10 CE se constituye en fundamento del conjunto de derechos y libertades constitucionales, lo que, a juicio de Morales Prats lo convierte en “criterio vértice” de la interpretación penal⁸⁶. Sin olvidar, por último, que tal ponderación, como acontece con las exigidas por la legítima defensa o el estado de necesidad, debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*, lo que, generalmente, obliga a eliminar la rigidez que proporciona una perspectiva *ex post*. De algún modo, un razonamiento de este tipo es el que está a la base de la importante sentencia de la Corte de Casación italiana en la que- contra el criterio de los tribunales inferiores fundado, prioritariamente, en razones de prevención general- se reconoce que los migrantes del caso Vos Thalassa actuaron amparados en la legítima defensa⁸⁷.

⁸³ 2011, p. 476

⁸⁴ Extremo, como es sabido, que también condiciona la valoración de la racionalidad en la legítima defensa (vid. FARALDO, 2023, p. 259)

⁸⁵ 1996, p. 158

⁸⁶ 1996, p. 174

⁸⁷ S. de la Sección VI de 26 de abril de 2022. Vid comentario de TIGRINO, A. (2024), p. 242 y ss

4. ¿Se podía aplicar al caso la exención prevista en el artículo 177 bis 11)? La respuesta es sí

A la luz de lo expuesto, estimo que hay que concluir que la respuesta a la pregunta que sirve de título al epígrafe debe ser afirmativa por las razones siguientes:

La acusada es víctima de un delito de TSH, ya que concurren todos los elementos previstos en el art. 177 bis, precepto que no incorpora como elemento típico la vocación de permanencia. Asimismo, la condición de víctima puede ser objeto de prueba en el mismo proceso donde se sustancia su responsabilidad por el delito cometido, toda vez que la ley no obliga a convertir tal extremo en una suerte de cuestión prejudicial y, además, existen razones de orden constitucional vinculadas a la presunción de inocencia que apoyan la solución aquí defendida.

Como dijera el magistrado discrepante, es difícil encontrar un hecho global declarado probado que describa con mayor claridad la esencia de la trata, en la que .

“(…) no cabe decantar un elemento del tipo como la "cierta permanencia de la situación de explotación" que este no contempla.

Entre otras razones, porque resulta de imposible identificación en otros supuestos de trata como los que tienen como finalidad la extracción de órganos o el matrimonio forzado. No parece imaginable que en estos casos se exija una situación de explotación sucesiva o de cierta permanencia.

Como tampoco considero que pueda exigirse en el supuesto de trata con la finalidad de explotación para la comisión de actividades delictivas. Su exigencia plantea muchos interrogantes -¿Cómo se mide esa continuidad? ¿Por número de delitos ideados? ¿Por duración temporal? ¿Se excluye si la detención se produce después de cometido un solo delito o mientras se está ejecutando? ¿Por qué se excluye en este caso?- cuyas respuestas no se identifican en la sentencia” (FJ 15).

Por otra parte, continúa diciendo,

(…) no hay regla alguna que establezca una suerte de prejudicialidad devolutiva penal que obligue a que la situación de explotación por trata se declare en una sentencia que ponga fin a un procedimiento por delito de trata de seres humanos -piénsese, por ejemplo, en supuestos en que los responsables hubieran fallecido, se encontraran ilocalizados o que la responsabilidad estuviera prescrita-. Además, el Código Penal previene distintos delitos en los que la previa comisión de actividades delictivas constituye presupuesto de tipicidad y cuya acreditación no exige, sin embargo, una previa sentencia firme que lo establezca -así, los delitos de receptación o de blanqueo de capitales, entre otros-; la segunda, porque el Estado, desde el momento en que disponga de datos precursores de que una persona ha podido ser víctima de trata, tiene una obligación positiva de brindarle una protección efectiva” (FJ. 22).

El delito se cometió en la situación de explotación sufrida, pues, conforme a lo expuesto, los tratantes explotaron a la mujer en el sentido del verbo típico, toda vez

que la determinaron a delinquir en su propio beneficio abusando clamorosamente, de un lado, de la situación de necesidad económica y, de otro, de la vulnerabilidad derivada de sus condiciones personales (mujer joven y madre primeriza de un hijo prematuro), una vulnerabilidad que ellos mismos acrecentaron desde el momento en que en un plazo tan exiguo la desarraigaron de su entorno, “cosificando” su cuerpo con riesgo cierto para su vida, hasta el punto de que, desde el momento mismo en que contiene la droga mortal, pasa a convertirse en un instrumento inerte en manos de los tratantes. Como se observa, la explotación es prácticamente sincrónica al momento en que el delito de tráfico de drogas se consume, de modo que, no sólo es innegable que no estamos ante un “correo” de la droga cualquiera, sino también que la víctima accedió a delinquir a consecuencia de la situación ya descrita, sin tener otra alternativa *real o aceptable* que seguir adelante.

En palabras del voto particular del magistrado Hernández:

6.“(...) el hecho global que determina el análisis del motivo, permite identificar con extremada claridad que la acusada cometió el delito contra la salud pública como consecuencia directa de la explotación a la que, como víctima de trata de seres humanos, estaba sometida.

7. Los hechos probados no dejan, en mi opinión, atisbo a la más mínima duda sobre la muy marcada vulnerabilidad de Natividad. Sus circunstancias sociales y personales -su edad (21 años), su condición de madre primeriza de un hijo prematuro que contaba con cuatro meses de edad al tiempo de los hechos, sin trabajo, residiendo en los arrabales de Lima, en una vivienda precaria con problemas de habitabilidad, junto a su madre [la única que aportaba algunos recursos para la subsistencia], dos hermanos [uno de ellos con discapacidad, según el informe pericial aportado a las actuaciones] y otras dos personas- permiten calificar su situación como de extrema vulnerabilidad que debilitaba intensamente, como efecto consustancial, su capacidad para activar estrategias eficaces de autoprotección contra los actos de trata a los que fue sometida.

Sin poder obviarse que la condición de mujer y madre agudiza de manera aún más extrema dicha situación en realidades como la Latinoamericana. Como se destaca por el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer, en su Recomendación General núm. 38 (2020), "la 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 (...)

9. Esta situación descrita en los hechos probados, en mi opinión, encaja en la definición normativa de vulnerabilidad que se contempla en el artículo 177 bis 1 CP pues, en efecto, determinó que la víctima se sometiera al abuso de los tratantes al no identificar otra alternativa real o aceptable.

Sobre esta cuestión, creo necesario destacar que la medición de la no alteratividad de la consecuencia -someterse al abuso- a la que se refiere la norma, debe hacerse siempre en términos situacionales y desde la perspectiva de la víctima vulnerable, lo que comporta que no pueda descartarse por la existencia en abstracto de un medio alternativo de evitación. El hecho, por ejemplo, de

que, en supuestos de grave precariedad económica, se hayan recibido ayudas por parte de los servicios públicos para mitigar o reducir dicha situación no implica, sobre todo en situaciones de riesgo permanente y en realidades como las que se viven en países en vías de desarrollo, que siempre pueda contarse con la ayuda pública necesaria.

A los efectos del artículo 177 bis CP lo que debe valorarse es si, en términos situacionales, la víctima disponía de medios alternativos en condiciones reales y eficaces para, como precisa la norma, "no someterse al abuso".

10. Sentado lo anterior, tampoco tengo duda alguna sobre que los hechos identifican que los tratantes abarcaron dicha vulnerabilidad y que todo el plan criminal trazado se fundó en el abuso grave de dicha situación en la que se encontraba la víctima. Abuso de la situación de vulnerabilidad que produjo el efecto prohibido: la explotación de la Sra. Natividad teleológicamente orientada para la comisión del delito contra la salud pública por el que fue acusada, en los términos exigidos por el artículo 177 bis.1 d) CP.

11. Los hechos probados identifican con toda crudeza la nota constitutiva de la situación de explotación por trata como lo es el control sobre la propia víctima con un alcance que, en el caso, adquiere, además, unos niveles de intensidad cualitativa y dramatismo extremos. (...)

Se crearon condiciones de sujeción que me atrevo a denominar como de "efecto túnel" del que la víctima no podría salir sino es por la intervención de terceros. Desde que Natividad contactó con los tratantes, casi de manera inmediata, se le desarraigó de su entorno familiar, de su ciudad, de su País y se le dispensó un trato inhumano y degradante que comprometió su autonomía, su integridad física, su dignidad personal hasta extremos gravísimos. La desplazaron, la desarraigaron, cosificaron su cuerpo, sometiéndola a un altísimo riesgo para su vida (...)",

Atendido lo anterior, parece asimismo acreditado que existe la adecuada proporcionalidad exigida por el art. 177 bis 11. Una interpretación sistemática y teleológica del precepto conduce a no enjuiciar este requisito con los rígidos criterios de proporcionalidad exigidos por el TS en relación con otras causas que eximen de responsabilidad criminal, cuyo ámbito propio no viene a invadir esta excusa absolutoria, que debe ser interpretada a la luz de su doble fundamento. Sentado lo anterior, la situación, en su doble vertiente de situación de necesidad/vulnerabilidad y situación de explotación en los términos ya conocidos es de tal intensidad que ello favorece, a su favor, el juicio de adecuación requerido. Estamos, sí, ante un delito contra la salud pública pero, como vimos, no hay argumentos para excluir *ab initio* del ámbito de la exención delito alguno. Son, por otra parte, sustancias de las que causan grave daño a la salud pero, aún así, no tratándose de un subtipo agravado, es un delito- como señaló el TSJ (FJ. 15)- penológicamente de menor gravedad que el propio delito de trata, lo cual, sin ser determinante, es un elemento a considerar al valorar la propor-

cionalidad requerida. En parecidos términos, el voto particular entiende que este requisito

“debe interpretarse a la luz de los principios de no punición y de protección de la víctima a los que responde la normativa convencional antitrata (FJ 17, in fine).

18. En efecto, la cláusula del artículo 177 bis 11 CP, tanto por su finalidad como por su naturaleza jurídica, se separa de manera muy clara " del ecosistema del estado de necesidad ". La propia norma lo precisa cuando se refiere a que la cláusula actúa con independencia de "la aplicación de reglas generales de este Código".

Aunque la cláusula de no punición pueda nutrirse de trazos de justificación o de no exigibilidad de otra conducta, la clave normativa de su aplicación radica, no en que una persona delinca por necesidad sino en que al encontrarse en dicha situación de necesidad, terceros la captan y la explotan para que delinca.

Delinque por ser víctima de un delito, lo que es significativamente distinto a delinquir por necesidad

El juicio de proporcionalidad, por tanto, no puede perder de vista qué términos son los que deben ponderarse. Por un lado, la gravedad e intensidad de la situación de explotación sufrida y, por otro, la conexión de consecuencias necesarias con la infracción que la persona explotada se ve compelida a cometer”.

He dejado deliberadamente para el final el denominado por el TS argumento de “orden práctico”, esto es, los efectos que sobre los fines de la pena puede provocar la exención.

Este parece ser, pese a su alegación casi *obiter dicta*, la razón última que explica que la exégesis del art. 177 bis 11 se realice, como se dice en el voto, desde una perspectiva político-criminal “de lucha contra los cárteles de la droga, en lugar de hacerlo desde la perspectiva dramática de quien los ha sufrido”, y, en su virtud, se interprete la cláusula de exención “como una suerte de quiebra catastrófica de la eficacia persecutoria del sistema, como una pendiente resbaladiza hacia una situación descontrolada de tráfico de droga”.

Ciertamente, los fines de la pena son razones que no pueden ser desatendidas por el juzgador, máxime cuando es la propia ley la que le obliga a emitir, como es el caso, un juicio acerca de la proporcionalidad. Ahora bien, en primer lugar, ese no puede ser el factor determinante de la decisión. En segundo lugar, atender a los fines de la pena no equivale a un juicio simplista acerca de lo que ocurriría si ante la indigencia se exonerase *siempre* de pena. Eso es lo que parece presuponer el Ministerio Fiscal y de ahí que afirme que *eso* “constituiría un factor de primer orden para potenciar el tráfico de drogas, pues los cárteles de la droga dejarían de utilizar sofisticados medios para el transporte de las mismas, valiéndose de personas indigentes para el traslado de la misma, dado que su situación de precariedad les otorgaría una patente de curso para la

comisión del delito, sin mayor riesgo que, en caso de ser descubierto, pudieran perder "la mercancía" (FJ 3). Con todo respeto, la perspectiva expuesta es desacertada por, al menos, tres razones. En primer lugar, incurre en el error categorial de mezclar términos que no son intercambiables. Tutelar a las víctimas de un delito y prevenir la comisión de otros son decisiones políticocriminales de signo muy distinto que discurren por senderos diversos que es conveniente respetar. En segundo lugar, resulta muy aventurado pensar que cualquiera está dispuesto a arriesgar su vida por unos pocos miles de euros. En tercer lugar, parece dar por supuesta la exención para cualquier persona menesterosa que se preste a servir de correo de la droga. Sin embargo, hasta donde alcanzo, nadie ha sostenido que la exención deba apreciarse a cualquier delito y a cualquier autor en cualesquiera circunstancias y, en lo que ahora nos concierne, a cualquier "correo" de la droga por necesitado que esté. Esa no sería, a tenor del art. 177 bis 11, una conclusión correcta. Para empezar, porque el mero "aprovechar" la situación de indigencia para inducir a otros a cometer delitos es inmoral y, en su caso, incriminable a título de inducción, pero no es sinónimo de abusar de esa situación con finalidad explotadora y en beneficio propio. Es decir, en los casos de mero aprovechamiento de la necesidad, no habrá lugar a hablar de trata, ni, por ende, a aplicar la exención que nos ocupa. Por consiguiente, puesto que no todos los "correos" podrán beneficiarse de la exención, se diluyen los reparos desde la perspectiva de la prevención general negativa. Por último, por lo que a la prevención general positiva se refiere, debo decir que desde que comencé a escribir sobre el tema no he encontrado un solo ciudadano cumplidor de la ley que estime que la aplicación de la excusa genera una inadmisibles pérdida de confianza en la Ley, sino, más bien, -y lamento decirlo- es la dureza de la sentencia lo que debilita la confianza que los ciudadanos sensibles depositan en el Derecho para la consecución de un mundo menos injusto.

5. Sobre el estado de necesidad y el miedo insuperable

5.1. *El excursus del voto particular*

El art. 177 bis 11 deja abierta expresamente la puerta a la aplicación de "las reglas generales" del Código penal, referencia que debe entenderse hecha a otras causas de exclusión de la responsabilidad penal, desde el estado de necesidad, hasta el miedo insuperable, pasando por la posibilidad del indulto, expedientes que todos los que han abordado el art. 177 bis 11 CP estiman subsidiariamente aplicables. Ahora bien, también todos son conscientes de que cualquiera de estas vías es más dificultosa, ya sea por lo incierto que resulta el derecho de gracia, ya sea por el rigorismo con que la jurisprudencia aborda la insuperabilidad del miedo o realiza la ponderación en el estado de necesidad.

Precisamente en relación con esto último, el voto particular reflexiona en estos términos:

“19. (...) a modo de excurso, frente a posicionamientos de esta Sala que niegan cualquier posibilidad ponderativa si el delito cometido en una situación de necesidad es contra la salud pública, creo que es posible mantener, sin alterar los presupuestos normativos sobre los que operan las fórmulas de justificación o de inculpabilidad, que sin perjuicio de la relevancia del bien jurídico de la salud pública, ello no puede comportar que siempre, en todo caso y circunstancia, deba reconocérsele prevalencia frente a otros bienes jurídicos individuales conectados con los artículos 10 y 15, ambos, CE hasta el punto de decantar una regla de imponderabilidad ontológica.

Es cierto que el delito de tráfico de drogas supone un adelantamiento de la barrera de protección de la vida y la integridad física, pero no cabe obviar que los efectos sociales y sistémicos sobre la salud de las personas reclaman innumerables acciones individuales de tráfico y que, a la postre, los concretos daños producidos por el consumo de drogas son autoinfligidos por las propias personas que las consumen.

20. Con ello no pretendo afirmar, ni mucho menos, que la producción del resultado de peligro abstracto sobre la salud colectiva no merezca una decidida respuesta penal, pero sí destacar que hay situaciones extremas en las que resulta obligado identificar la probabilidad de que si no se lesiona dicho bien jurídico colectivo se produzca un efectivo daño sobre un bien jurídico personal de máximo rango constitucional. Porque solo así podrá ponderarse si ese daño probable debe ser considerado de menor entidad que el daño que, en forma de peligro abstracto, se proyecta sobre la salud pública por la conducta de tráfico de drogas. En efecto, tomar en cuenta la cantidad y calidad de daño esperado sobre un bien jurídico individual y la tasa de probabilidad de que ese daño suceda permite una valoración adaptada a las particularidades del caso concreto. Insistimos. No siempre resultará proporcional atribuir al individuo de manera indiferenciada el total daño social ocasionado por la existencia de un mercado ilegal de drogas hasta el punto de ocluir cualquier expectativa de justificación de la conducta típica realizada con la finalidad de proteger bienes jurídicos individuales tan relevantes como, por ejemplo, la vida, la libertad o la dignidad personal”.

5.2. *Estado de necesidad excusante y tráfico de drogas*

No puedo entrar aquí a analizar con detalle ni la eximente de estado de necesidad, ni tampoco la de miedo insuperable⁸⁸ pero sí apuntaré algunas consideraciones que, a mi modesto entender, avalan la idea de que voto particular transcrito se orienta en la buena dirección: la que defiende un entendimiento del estado de necesidad excusante acorde con un Derecho penal que concibe la categoría dogmática de la exigibilidad de un modo más humanitario. Como dice Silva en esa gran obra que es *Malum*

⁸⁸ Razón por la cual me permitirá el lector que omita citas y referencias que serían obligadas si el propósito fuera una exégesis profunda de las eximentes referidas.

passionis (2018), el jurista debe reflexionar acerca de si es posible mitigar el dolor del Derecho penal tomando en consideración las circunstancias extremas y los males que afligen a los delincuentes, habida cuenta de que una parte de esos males tienen su origen en la pobreza extrema o la exclusión social que los Estados no han sido capaces de remediar y, por ende, su legitimidad a la hora de exigir rígidamente el cumplimiento de su sistema normativo está debilitada⁸⁹. No se trata, como bien dice el autor, de construir una suerte de “eximente de pobreza”⁹⁰ que sustituya la responsabilidad individual por la responsabilidad social⁹¹, como defendieron inadmisibles construcciones de finales del siglo pasado, pero sí de tomar en consideración la indigencia en el marco mismo de la teoría jurídica del delito. La propuesta de este autor⁹² es mucho más compleja de lo que se puede exponer aquí pero baste con subrayar lo acertada que resulta su apelación a la exigibilidad como un “concepto relacional”⁹³, que va mucho más allá del clásico entendimiento de esta categoría como excluyente de la responsabilidad sobre la base de que nadie podría exigir al sujeto un comportamiento conforme a Derecho porque todo el mundo- el famoso hombre medio- habría hecho lo mismo en esas circunstancias. “La cuestión- dice Silva- no es, por tanto, efectuar un juicio moral relativamente contenido sobre la conducta del agente- o al menos, no sólo eso-. De lo que se trata fundamentalmente es de efectuar un juicio jurídico-político sobre la pretensión del Estado -sólo del Estado- de exigirle al agente una conducta distinta. El agente, en efecto, puede ser culpable, pero un Estado dado, con déficits institucionales tan relevantes, no le podría exigir el comportamiento adecuado a Derecho”⁹⁴

No pretendo en modo alguno utilizar el planteamiento de Silva para defender la impunidad de *cualquier* “correo de la droga” en situación de indigencia. De hecho, el propio autor muestra sus reticencias acerca del alcance que todo ello pueda tener precisamente en estos casos⁹⁵. Esas reservas son comprensibles e incluso yo misma las manifesté en su momento, aunque sin los debidos matices de los que, a menudo, se prescinde por bisonñez dogmática e inexperiencia vital. Aún así, también entonces defendí que esas reservas no pueden conducir inexorablemente a establecer como máxima la condena a quien trafica con drogas cualesquiera que sean- más allá de la indigencia- las circunstancias objetivas y subjetivas que llevan a cada una de esas personas a buscar esa salida. Silva subraya incluso - y esto es importante- la consideración de víctimas de TSH que en muchos casos merecen.

⁸⁹ El germen de estas ideas ya las plasmó el autor en 2013, especialmente, p. 722 y ss

⁹⁰ 2018, p. 92.

⁹¹ Sobre esta cuestión, del mismo autor, 2023, p. 153 y ss

⁹² Sobre el concreto alcance que el autor estima posible otorgar a la indigencia en la responsabilidad del sujeto y la afectación que aquella puede provocar en las categorías de la infracción, vid. 2018, p. 98 y ss

⁹³ 2018, p. 109 y ss

⁹⁴ 2018, p. 110

⁹⁵ 2018, p. 89. Por el contrario, en relación con el microtráfico de sustancias de las que no causan tan grave daño a la salud, SILVA se muestra proclive a aplicar el estado de necesidad (2018, p. 89)

Las reflexiones apenas esbozadas son compartidas por un buen sector de la doctrina, que, con razón, pone de manifiesto que la idea misma de Justicia obliga a tomar en consideración las situaciones de pobreza y exclusión social⁹⁶. Y si eso es así con carácter general, con mayor motivo ha de serlo cuando hablamos del estado de necesidad. Así lo han hecho colegas como Molina Blázquez⁹⁷ o, aún antes, Martínez Escamilla, a quien debemos uno de los trabajos⁹⁸ más críticos con la tradicional concepción del estado de necesidad y su concreta aplicación a los correos de la droga. En ese trabajo, como luego haría el equipo autor del Informe que Martínez Escamilla dirige⁹⁹, se denuncia la automática exclusión jurisprudencial de esos casos del ámbito de la eximente por mor de una ponderación que incluye criterios como la alteración de la paz pública o la referencia a valores ético-sociales, que, dice, están necesitados de mayor concreción¹⁰⁰, considerando singularmente incorrecta la inclusión en dicho juicio de consideraciones preventivo-generales, lo que, a su juicio, supone una restricción de la eximente con vulneración del principio de legalidad¹⁰¹.

Por lo que hace al TS, parece que empieza a abrirse paso, aunque muy tímidamente, lo que podría llegar a ser una nueva concepción de la eximente caracterizada por una relajación tanto de la rígida ponderación clásica, cuanto de la idea de necesidad “absoluta”. Además de lo dicho en el voto particular formulado a la STS 960/2023, la STS 75/2024, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2024:692) aborda directamente la posibilidad- luego rechazada¹⁰²- de apreciar la eximente a un caso de tráfico de drogas por parte de personas en situación de precariedad económica y comienza por reconocer “que el fiel muy mayoritario de la doctrina de esta Sala se inclina por negar toda posibilidad ponderativa en supuestos en los que, invocada una situación de necesidad por penuria económica, se cometan delitos contra la salud pública” (FJ 13). Frente a ello, la sentencia cuestiona, en primer lugar, la exclusión categórica del estado de necesidad en hipótesis de tráfico de drogas y, en segundo lugar, sugiere un modo distinto de afrontar la idea misma de necesidad. En palabras de la propia sentencia:

“14. Ahora bien, no puede ocultarse que el mantenimiento de dicha doctrina, con independencia de las concretas circunstancias del caso de que se trate, supone una suerte de virtual derogación por vía jurisprudencial del instituto del estado de necesidad en relación con el delito de tráfico de drogas que no parece

⁹⁶Entre otros, CIGÜELA (2019); BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (2020).

⁹⁷ 2020, p. 126 y ss

⁹⁸ 2004, p. 727 y ss

⁹⁹ 2022, p. 20 y ss

¹⁰⁰ 2004, p. 727 y ss. Ya muy críticos con la referencia de CÓRDOBA a los criterios ético sociales, COBO/VIVES (1999), p. 525, nota 22)

¹⁰¹ 2004, p. 735 y ss

¹⁰² Las razones de la inadmisión de este motivo del recurso condensan en las siguientes: a) la incerteza sobre las condiciones de evitabilidad del mal; b) la comisión del delito no reúne el grado de aptitud necesaria para neutralizar eficazmente el peligro que se cierne sobre el bien jurídico se buscaba proteger y c) no está acreditado que el riesgo fuera perentorio (FFJJ 20 y 21).

del todo compatible con los fines de protección político-criminal a los que responde la causa de justificación.

No puede cuestionarse la relevancia del bien jurídico de la salud pública, pero ello comporta que siempre, en todo caso y circunstancia, deba reconocérsele prevalencia frente a otros bienes jurídicos individuales conectados con los artículos 10 y 15, ambos, CE hasta el punto de decantar una regla de imponderabilidad ontológica.

El mandato general de ponderación que se contempla en el artículo 20. 5º CP no puede eludirse porque la acción que busca proteger un bien jurídico individual de máxima relevancia como la vida, la integridad física o la dignidad comporte poner en peligro un bien jurídico colectivo como el de la salud pública.

Es cierto que el delito de tráfico de drogas supone un adelantamiento de la barrera de protección de la vida y la integridad física, pero no cabe obviar que los efectos sociales y sistémicos sobre la salud de las personas reclaman innumerables acciones individuales de tráfico y que, a la postre, los concretos daños producidos por el consumo de drogas son autoinfligidos por las propias personas que las consumen.

Con ello no queremos afirmar, ni mucho menos, que la producción del resultado de peligro abstracto sobre la salud colectiva no merezca una decidida respuesta penal, pero sí destacar que hay situaciones extremas en las que resulta obligado identificar la probabilidad de que si no se lesiona dicho bien jurídico colectivo se produzca un efectivo daño sobre un bien jurídico personal de máximo rango constitucional. Porque solo así podrá ponderarse si ese daño probable debe ser considerado de menor entidad que el daño que, en forma de peligro abstracto, se proyecta sobre la salud pública por la conducta de tráfico de drogas.

15. En efecto, tomar en cuenta la cantidad y calidad de daño esperado sobre un bien jurídico individual y la tasa de probabilidad de que ese daño suceda permite una valoración adaptada a las particularidades del caso concreto.

16. Insistimos. No siempre resultará proporcional atribuir al individuo de manera indiferenciada el total daño social ocasionado por la existencia de un mercado ilegal de drogas hasta el punto de ocluir cualquier expectativa de justificación de la conducta típica realizada con la finalidad de proteger bienes jurídicos individuales tan relevantes como, por ejemplo, la vida, la libertad o la dignidad personal cuando se identifique un alto riesgo de lesión próxima o inmediata.”

Merecía la pena transcribir tan largo párrafo por la importancia de la doctrina que contiene, pues de consolidarse se pondría fin a una reducción *a priori* del ámbito de aplicación de la eximente que ni la ley impone expresamente, ni se deriva ineluctablemente de la ponderación que la norma exige.

Es, en efecto, el modo de realizar la ponderación lo primero que debe cambiar. Este ha sido históricamente el fulcro del estado de necesidad y lo que, sin duda, más

polémicas ha suscitado, tanto sobre lo que si hay que ponderar son bienes o males o sobre los criterios a utilizar. Aquí no se puede entrar en ellas, pero, a los efectos que interesan, sí cabe recordar, al menos, que, aunque el principio del interés preponderante esté a la base de la eximente, el hecho, entre otras cosas, de que nuestro Código de también entrada a la causación de un mal igual, permite dar entrada a un estado de necesidad excusante¹⁰³, lo que también tiene efecto reflejo en el juicio de ponderación, que, como es pacíficamente admitido, no se limita a comparar los tipos de injusto sino que debe tomar en consideración, entre otros extremos, los siguientes:

- a) La gravedad e intensidad del daño esperado y producido, lo que depende tanto de los bienes implicados como de su grado de afectación (lesión v. puesta en peligro e, incluso, dentro de esas categorías, procedería establecer las oportunas distinciones¹⁰⁴)
- b) La mayor o menor inminencia del daño ante el que se actúa, así como
- c) Principios y valores constitucionales, toda vez que en la medida que es una ponderación realizada en y desde el ordenamiento, las referencias constitucionales representan un elemento imposible de obviar a la hora de realizar la ponderación, lo que, como ya dijera Cobo y Vives, puede, incluso, obligar a colocar la libertad y la dignidad por encima de la vida¹⁰⁵

Precisamente es en este último orden de consideraciones donde tiene entrada lo que es la gran rémora del estado de necesidad: la prevención general. Aquí no se comparte la idea de que haya que excluir tal criterio¹⁰⁶, ni, menos aún, que su toma en consideración contravenga el principio de legalidad, pues, aunque la literalidad de la norma no lo exija, el juicio de ponderación no puede ser ajeno a la función de tutela de bienes jurídicos que es, a la postre, lo que justifica el derecho del Estado a castigar. Ahora bien, lo que no cabe es que sean esas consideraciones las que terminen por decantar *siempre* la ponderación a favor del castigo cuando, como sucede en muchos casos de extrema penuria, puede estar en juego la vida y, en prácticamente

¹⁰³ Aquí se comparte la tesis de que, a partir del texto refundido de 1944, en nuestro ordenamiento tienen cobijo tanto el estado de necesidad justificante como el excusante (teoría de la diferenciación), al desaparecer de la redacción de la eximente la referencia a que el mal causado fuera siempre menor. Sin embargo, como es sabido, no faltan autores partidarios de la teoría de la unidad que solo admiten un estado de necesidad justificante aunque el conflicto enfrente intereses equivalentes, hipótesis en la que algunos otros explican la renuncia a la pena a partir de categorías dogmáticas como la responsabilidad por el hecho o la que agruparía las llamadas causas de exclusión del injusto penal.

¹⁰⁴ Vg en el caso del tráfico de drogas es de crucial importancia el tipo y cantidad de las mismas. De hecho, resulta llamativo que, tras el Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001, no se haya introducido matiz alguno en la jurisprudencia en relación con los correos de la droga que la ingieren (boleros) y, por ende, no pueden trasladar cantidades que, antes de ese Acuerdo, se estimaban como de notoria importancia. Así las cosas, el propio TS al elevar las cuantías venía a reconocer como de menor gravedad esas conductas, pese a lo cual, su orientación no ha variado un ápice.

¹⁰⁵ 1999, p. 525, nota 22

¹⁰⁶ Además de MARTÍNEZ ESCAMILLA (2004, p. 735 y ss), CIGÜELA (2019, p. 318 y ss) y también parece sumarse a la opinión de ambos, MOLINA BLÁZQUEZ, (2020, p. 130 y 131)

todos, la dignidad. Es decir, no se trata sólo de valorar el conglomerado de males físicos y psíquicos- consustanciales a las situaciones de pobreza extrema, sino también de atender al conjunto de circunstancias que impiden ignorar que, como impone el art 10 CE, la dignidad y los derechos fundamentales son fundamento del orden político y de la paz social, lo que, como nos recuerda la ya clásica STC 215/1994, de 14 de julio quiere decir que “cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado, como dice la STC 53/85, a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (FJ 2). A tenor de lo anterior, la *prioridad* de la prevención general debiera, a mi juicio, descartarse.

A partir de ahí, esto es, una vez admitida la posibilidad abstracta de aplicar el estado de necesidad al delito de tráfico de drogas, habrá que valorar la concurrencia del resto de requisitos que exige la eximente, siendo el que más problemas suscita el que es su requisito esencial: la situación de necesidad.

En cuanto a esto, hace décadas que mantuve¹⁰⁷ que había que poner en tela de juicio la orientación doctrinal y jurisprudencial que reclama para el estado de necesidad el carácter de conflicto absoluto, esto es, que *siempre y en todo caso* se hayan agotado todas las vías legítimas para la salvación del bien y se haya recurrido a la menos lesiva para evitar el mal amenazante. Ciertamente, así se configuraba el estado de necesidad en nuestros Códigos históricos hasta 1932¹⁰⁸, pero en ellos, conviene no olvidarlo, la referencia lo era exclusivamente al estado de necesidad justificante. Ahora bien, nuestro actual Código no incorpora la vieja exigencia de que “no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”, lo que permite descartar la necesidad absoluta como una exigencia *conceptual* de la eximente quinta. Es más, si esa exigencia condicionara la existencia misma de la situación de necesidad, ni siquiera cabría la aplicación de la eximente incompleta al faltar el requisito conceptual- y, por ende, esencial- de la eximente. Como señalaba Baldó Lavilla, hay que distinguir lo que son dos problemas distintos: de un lado, la que tiene por objeto fijar lo que son los presupuestos objetivos del estado de necesidad, y, de otro, la que consiste en dilucidar -según sus propias palabras- "los criterios conforme a los cuales se atribuirá la condición de necesaria a una acción con posibilidades de salvación, cuando existan múltiples acciones alternativas con posibilidades de salvación"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ 1996, p. 149 y ss y 1997, p. 193 y ss, con ulteriores citas de la doctrina y jurisprudencia en sentido opuesto que por razón de espacio omito reproducir.

¹⁰⁸ Fue el Código republicano quien dió al estado de necesidad su configuración actual, haciendo desaparecer la referencia a que “no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”, incluyendo esta modificación dentro del conjunto de reformas que la Exposición de Motivos titulaba “Humanización y elasticidad del Código”

¹⁰⁹ 1994, p. 150

Esa es también la opción por la que se decantaban Cobo y Vives, quienes no dudaban en afirmar que "negar la naturaleza de justificado al acto mediante el cual se sacrifica un bien para salvar otro, cuando dicha salvación podría haberse obtenido por medios menos lesivos, no significa negar que dicha conducta deba, en cualquier hipótesis, producir responsabilidad criminal"¹¹⁰; y, en efecto, para cuando no resultase exigible recurrir a la vía menos perjudicial, proponían la posibilidad de aplicar el estado de necesidad excusante, solución que postulaban también para algunos casos en que la acción de salvamento careciese de aptitud necesaria para preservar el bien¹¹¹.

Mantener otra cosa es argumentar bajo el peso de configuraciones pretéritas de la eximente, articuladas a partir de su consideración como causa de justificación, o bajo el peso de concepciones que se empeñan en atribuir a la eximente esta única naturaleza y, en consecuencia, se ven obligadas a extremar el rigor a la hora de fijar lo que sólo es su presupuesto básico.

En el fondo, las consecuencias de ese planteamiento no difieren del que hicieran quienes como Córdoba o Paredes, pese a mantener que cuando se puede acudir a otras vías no hay estado de necesidad, se cuidaban de precisar que esa exigencia debe "ser estimada en un sentido de concreción definido por la idea de exigibilidad"¹¹². Esa es también la idea que late en la STS 75/2024 con la que iniciábamos estas líneas. En cuanto a esto, la sentencia se pronuncia en los términos siguientes:

(...) el análisis de la evitabilidad del mal mediante la comisión de un delito que proteja un bien jurídico de igual o menor relevancia debe hacerse siempre en términos situacionales. Negarla absolutamente por la existencia en abstracto de un medio lícito alternativo de evitación del mal supondría una restricción excesiva, y "contra legem", del ámbito de aplicación de la eximente. El hecho de que, en supuestos de grave precariedad económica, se hayan recibido ayudas por parte de los servicios públicos para mitigar o reducir los riesgos derivados de dicha situación no implica que siempre pueda contarse con la ayuda pública necesaria.

Lo que debe valorarse es si quien invoca la eximente ha acreditado suficientemente que, en términos situacionales, no podía acceder a medios alternativos en condiciones reales y eficaces para evitar la lesión del bien amenazado y que,

¹¹⁰ 1999, p. 520

¹¹¹ 1999, p. 696. Aunque en la obra no se matiza, puedo dar fe de que sus autores no pretendían dar entrada a todos los casos de inidoneidad de la acción de salvamento, sino solo a aquellas en las que al sujeto no le fuera exigible percatarse de la misma pese a que objetivamente lo fuera desde una perspectiva *ex ante*. Sentado lo anterior, es discutible que concurra el requisito -y, por consiguiente, tampoco la eximente completa aunque sí la incompleta- en la mayoría de casos en que se perciben cantidades de dinero poco significativas a cambio de traficar con droga, ya que normalmente ello solo servirá para disminuir el estado de precariedad pero no para mitigar sustancialmente o neutralizar el peligro para el bien jurídico. Una inidoneidad de la que, rara vez, no tendrá conciencia el infractor. Todo ello sin perjuicio de poder aplicar a algunos de estos casos la eximente de miedo insuperable.

¹¹² CÓRDOBA (1972), p. 279; PAREDES (1989), p. 115 y ss

por tanto, solo mediante el sacrificio del otro bien jurídico dicho riesgo de lesión podía evitarse” (FJ 19).

En similar sentido se manifiesta la STS 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389) al evaluar el concepto de necesidad a los efectos de aplicar el art. 311 CP. La sentencia parte del concepto de necesidad que proporciona el art. 177 bis y, dando por sentado que la valoración debe realizarse desde una perspectiva “ex ante”, subraya que “de esa definición hay que destacar el inciso “real o aceptable». En abstracto siempre existirá otra alternativa: negarse al abuso, denunciar, resistir, oponerse, rechazar las condiciones... Pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen. Por tanto no basta con señalar posibles alternativas si estas *in casu* no resultaban viables, atendidas las circunstancias de los hechos y de la víctima” (FJ 5.4)

Trasladado todo lo anterior al asunto que motivó estas líneas hay razones a favor y algunas en contra de apreciar la eximente quinta. A favor habla claramente la situación de extrema precariedad y vulnerabilidad ya conocida, así como otras que se exponen en el voto y, aún antes, se recogieron en el tan citado Informe elaborado en el marco del Proyecto “Iusmigrante”, de las cuales me permito rescatar las que siguen:

“no se imputan los efectos de lo que realmente hizo, sino todas las consecuencias del tráfico de estupefacientes. La conducta (...) consistió en intentar sin éxito introducir en España 474,80 gramos de cocaína, con una riqueza base del 80,10%, (...) Se trata de una cantidad alejada de los 750 gramos exigidos (...) 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. (...). 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”¹¹³

En contra de su apreciación pesa, sobre todo, la opinión ya emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona. El Tribunal, pese a alinearse con las tesis partidarias de la diferenciación, parece concebir la eximente en términos de conflicto absoluto y, tal vez por ello, acaba excluyendo su aplicación al caso como eximente completa, al tiempo que estima innecesario pronunciarse sobre la posibilidad de apreciarla como

¹¹³ P. 21

incompleta o como análoga a ésta antes de descartar todas la pretensiones absolutorias de la defensa. Todo hace pensar, sin embargo, que su aplicación como incompleta no debiera encontrar obstáculo alguno en la argumentación dada por el tribunal para excluir la completa¹¹⁴. No obstante, y pese a no haber sido expresamente alegado por la defensa, la Audiencia tiene en sus manos la posibilidad de acudir al miedo insuperable, eximente que, desde la redacción que le diera el CP 1995, cumple también una útil función supletoria del estado de necesidad.

5.3. *El miedo insuperable como refugio. Remisión*

Hay quien estima que la eximente prevista en el art. 20.6 “es simplemente un caso particular de estado de necesidad absolutorio cuya regulación expresa resulta absolutamente superflua”¹¹⁵. Sin embargo, por no servirme de mis propias palabras, tiene razón Daniel VARONA cuando defiende su necesidad, pues, como dice este autor, “las razones para eximir de pena que contiene no se encuentran recogidas en ninguna otra eximente. Mientras los tribunales sigan desconociendo este carácter autónomo de la eximente de miedo insuperable, ciertos casos recibirán una pena injustificada, o deberá ello remediarse, tal y como puede apreciarse en algunas sentencias que deniegan la aplicación de la eximente, mediante el inseguro recurso de la atenuación de la pena o la petición de un indulto. Pero la absolucón en los supuestos de miedo insuperable, no es una cuestión de piedad o benevolencia, sino de justicia”¹¹⁶.

En otro trabajo expuse los requisitos y límites de la eximente¹¹⁷ y la elegancia obliga a evitar la autocita constante, por lo que me permito remitir el lector a ese

¹¹⁴ “La configuración normativa de tal eximente (que según la jurisprudencia más moderna comparte elementos de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad con una causa de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta) exige un conflicto entre bienes jurídicos que sólo puede solventarse mediante el sacrificio de uno de ellos. La doctrina viene exigiendo además que la situación de peligro que se pretende evitar, además de ser grave, objetiva, real y actual, sea inminente y no pueda ser soslayada por otras vías o procedimientos menos lesivos o perjudiciales. De la prueba practicada no puede predicarse la existencia de un verdadero conflicto de bienes jurídicos que cumpla con todos los requisitos antes mencionados al no haberse acreditado una situación de peligro tal que justifique la conducta de la acusada al participar en un delito de tráfico de drogas de las que causan un grave daño a la salud” (FJ 4)

¹¹⁵ En tal sentido, sin embargo, se pronuncia MORENO-TORRES (2022), por entender que “a través del art. 20. 6º CP, el legislador ha creado un supuesto restringido de estado de necesidad, pues le agrega la condición de que el autor haya actuado impulsado precisamente por el miedo. En consecuencia, en los casos en los que sólo concurra la relación entre el mal causado y el que se evita será siempre aplicable el art. 20. 5º CP y solo cuando además concurra el efecto subjetivo del miedo será aplicable el art. 20. 6º CP. La significación práctica del miedo y, naturalmente, de esta eximente, queda por lo tanto totalmente anulada: existiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquellos”, p. 306). Siento disentir radicalmente, ya que nada obliga a interpretar asistémicamente una eximente tan valiosa, que, como decían nuestros clásicos, es un buen ejemplo de los elogios que, a menudo, la brevedad merece, pues con esa escueta fórmula dice la ley todo lo que le corresponde decir.

¹¹⁶ 2010, p. 92; del mismo (2000), p. 267 y ss

¹¹⁷ *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997

trabajo, ciñéndome aquí a resumir las cuestiones que resultan clave para la aplicación de la misma.

En primer lugar, pese a las contradictorias declaraciones jurisprudenciales, lo cierto es que, *de facto*, hoy existe cierta unanimidad en entender el miedo como el temor que si bien tiene entidad suficiente¹¹⁸ para alterar la capacidad de decisión o, si se quiere, la libertad de autodeterminación, no afecta hasta anularlas¹¹⁹ a las bases psicobiológicas de la imputabilidad. Si así fuera, acabaríamos por convertir la exención en un trastorno mental transitorio de todo punto superfluo. Es cierto que, desde antiguo, nuestra jurisprudencia viene refiriéndose a esta eximente de manera contradictoria y en el seno de la misma resolución es posible encontrar referencias a su conceptualización tanto como causa de inimputabilidad como de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho¹²⁰. Sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia más antigua, la contemporánea repite la letanía de las viejas resoluciones pero confiere a la eximente el tratamiento propio de las causas de inexigibilidad, poniendo el acento, como debe ser, en la insuperabilidad del miedo, esto es, en la inexigibilidad de vencer el temor de sufrir un mal que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias exigen que sea ilícito, pues, por pura coherencia interpretativa, no cabe eximir frente a un acto lícito, de modo que, aunque éste pudiera generar miedo, éste nunca podría tenerse jurídicamente por insuperable. Más discutible es la realidad del mal a la que invariablemente se refiere la jurisprudencia con la fórmula “mal real, efectivo y

¹¹⁸ Lo cual, desde luego, deja fuera de la causa de exención el miedo leve que sólo induce a la prudencia

¹¹⁹ No obstante, las afecta en la medida en que la libertad de acción de quien actúa “impulsado por miedo” no es la misma, lo que, tal vez debería llevarnos a catalogar – y, sobre todo, a interpretar– la eximente como una suerte de causa de exención a caballo entre la inexigibilidad y la imputabilidad. O, si se quiere, como una causa de inexigibilidad entre cuyos criterios para decidir acerca de esto último está también el grado de alteración emocional que objetivamente provoca el miedo.

¹²⁰ Vid. entre las más recientes, v.g. STS 211/2018, de 3 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1572), dentro del mismo FJ 1.2: “Es en la inexigibilidad de otra conducta (STS de 8-3-2005, núm. 340/2005) donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor, mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa, sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable”. Pero también:” La STS 3088/2017, de 19 de julio, recuerda que «la eximente de miedo insuperable lleva implícita una anulación del nivel de consciencia que es la verdadera razón de su existencia, anulación psíquica que también constituye el fundamento del trastorno mental transitorio». STS 805/2021, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3781): dentro del mismo FJ 8 podemos leer que el miedo es el “temor que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo”; y que “es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado”. STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 49/2019 de 13 marzo, FJ 9: “la doctrina más solvente y mayoritaria sitúa el miedo insuperable -salvo casos extremos de paralización que excluye la existencia misma de una acción o, por su entidad, dan lugar a un estado patológico que limita la imputabilidad- entre las causas de exculpación, por no exigibilidad al autor de una conducta diversa lo que hace que la observada no merezca reprochársele (...) El miedo para eximir de responsabilidad ha de ser "insuperable", en el sentido de imposibilidad de vencimiento o apartamiento del estado emotivo del sujeto, con la correspondencia de un efecto psicológico parangonable a la inimputabilidad del individuo”

cierto”. Por el contrario, en la doctrina, con razón, es mayoritaria la opinión de quienes dan entrada a los males irreales¹²¹, siempre que su existencia no se funde en una mera sospecha o sean de todo punto imposibles¹²². Ni siquiera hay razón para exigir como presupuesto¹²³ la inminencia del mal cuando el paso del tiempo no va a resolverlos y, por ende, el miedo es más que fundado. Como dice Varona, “requisito de la eximente (...) no es pues la realidad del mal, sino la razonabilidad de la creencia de la persona en la existencia del mal amenazante”¹²⁴

Queda lo que es el núcleo de la eximente sexta: la insuperabilidad del miedo, que es la barrera de contención de la inexigibilidad o, como prefiere decir Varona, de la preferencia legítima por los propios intereses¹²⁵. Ni la inexigibilidad como categoría ni la preferencia legítima por los propios intereses puede ser ilimitada. “Si así fuera dice Varona- el miedo insuperable ya no podría concebirse como un mecanismo que pretende regular la difícil tensión entre las exigencias colectivas y la promoción de los propios intereses, sino que sería simplemente una puerta abierta a la arbitrariedad y al nepotismo”¹²⁶. De ahí, como ya dijimos, que no pase, por ejemplo, el cedazo el miedo ante males lícitos o, incluso, frente a determinados males futuros pero no inmediatos que, como regla general, es razonable exigir que se venzan (vg. a perder el empleo). Los múltiples criterios que se han propuesto¹²⁷ para determinar la insuperabilidad del miedo son tantos y de tanta complejidad que ruego al lector que disculpe si aquí me limito a referirme a lo que, a mi juicio, es la cuestión más polémica y de la que podría depender la solución del caso real que nos ocupa: si puede tenerse por insuperable la causación de un mal mayor que el mal amenazante.

Como sabemos, el legislador de 1995 hizo desaparecer de la eximente sexta la referencia al mal igual o mayor (“para evitar un mal igual o mayor”) contenida en nuestros Códigos históricos y ello, simplificando mucho el problema, permite sostener que, a diferencia de lo que acontece en el estado de necesidad, en el miedo pueden cobijarse conductas en las que el mal causado por quien obra impulsado por aquél puede ser mayor que el que se trata de evitar. Ahora bien, a partir de ahí las interpretaciones han sido muy distintas. Así,

¹²¹ Vid CUERDA ARNAU (1997, p. 115 y ss), (VARONA GÓMEZ (2000, p. 188 y ss)

¹²² De hecho, los casos de temor intenso ante males de todo punto imposibles suelen tener una base patológica que obliga a reconducirlos a la eximente primera

¹²³ Cuestión distinta es que la falta de inminencia sea un criterio a la hora de valorar la insuperabilidad del miedo.

¹²⁴ 2000, p. 197

¹²⁵ Aquí no puedo entrar en la interesante propuesta de este autor pero sí dire al menos que desde su primer trabajo (1996)- en el que desafortunadamente tampoco pude considerarla como merecía por estar el mío ya en prensa- nos propone un modo de mirar la eximente que amplía considerablemente sus posibilidades de aplicación al abandonar la extendida teoría del hombre medio a favor de una consideración más individualizada de las especiales circunstancias y características en que se encuentra el sujeto. También prescinde del hombre medio aunque la propuesta difiera mucho de la anterior, QUINTANAR, (1998), p. 134, (2001), p. 145 y ss.

¹²⁶ 2010, p. 89.

¹²⁷ Vid con ulteriores citas, VARONA GÓMEZ (2000), p. 159 y ss; QUINTANAR (1998), p. 143 y ss, p. 145 y ss CUERDA ARNAU (1997), p. 93 y ss.

Higuera¹²⁸ o Quintanar¹²⁹ han defendido que con ello el legislador daba entrada a una ponderación subjetiva de los males enfrentados de modo que, en palabras del primero “será la persona concreta que sufre o padece el miedo y que está motivada, junto a sus circunstancias, la que tenga que realizar la citada ponderación”¹³⁰.

A mi modo de ver, sin embargo, se trata de tesis que son producto de un entendimiento de la eximente presidido por un psicologismo extremo que no se puede compartir. Aquí, se aprecia con nitidez la confusión entre imputabilidad y exigibilidad en que se incurre, así como los resultados intolerables a que tal cosa conduce. Conforme a esto, la inexigibilidad deja de ser el fruto de una valoración normativa y acaba convertida en un concepto puramente psicológico. Aquella se identifica sin más con la anormalidad motivacional y se olvida que dejar totalmente a merced de las valoraciones individuales la determinación de cuándo y en qué medida esa anormalidad motivacional lo es en grado de excluir la exigibilidad, conduce al insatisfactorio resultado de conceder una relevancia excusante indeterminada a todas las causas de inexigibilidad con el coste que ello supone para la libertad de todos, cuya salvaguarda, sin embargo, exige el que no se otorgue al miedo una eficacia excusante indeterminada, que es lo que sucedería si la aplicación de la causa de inexigibilidad quedase totalmente supeditada a las valoraciones individuales.

Cuestión distinta es que, en efecto, la redacción otorgada al miedo por el CP 1995 permite *prima facie* que el mal causado pueda ser mayor que el evitado. Ahora bien, la insuperabilidad se proyecta también sobre ese extremo y habrá de argumentarse acerca de por qué la causación de un mal mayor que el mal amenazante es, pese a todo, una conducta que el Derecho tolera. En el estado de necesidad- incluido el excusante- el legislador ni siquiera nos ofrece la oportunidad de dar entrada a un mal mayor. Aquí sí pero resulta obvio que admitir, sin más, que el miedo insuperable pueda amparar en cualesquiera condiciones la causación de un mal mayor no sólo es una insensatez, sino que casa mal con la insuperabilidad que la norma predica del miedo. A mi modo de ver, la alteración motivacional que está a la base del mismo (“impulsado por miedo”) explicaría que el legislador haya querido dejar abierta la posibilidad de considerar que, a diferencia de cuanto acontece en la eximente 5ª, bajo ciertas circunstancias, quepa excusar la causación de un mal mayor¹³¹. Ahora bien, no se trata de medir, como se ha sugerido¹³², con pericias psicológicas la entidad

¹²⁸ (1991), p. 128

¹²⁹ (1998), p. 134 y ss

¹³⁰ (1991), p. 128

¹³¹ Me permito aprovechar la ocasión para volver a reiterar que personalmente nunca he negado a la situación de anormalidad motivacional el papel que la Ley le asigna. Naturalmente, para que entre en juego la eximente sexta es preciso que aquella exista, pues ese es el primero de los presupuestos que condiciona su aplicación; lo que niego es que su sola presencia desplace la eximente de estado de necesidad en favor de la que nos ocupa o, dicho en otros términos, lo que no se acepta es que ese sea el elemento diferenciador, sino, a lo sumo, lo único que explica que- pese a no existir un auténtico conflicto objetivo e ineluctable entre bienes- también se conceda, en su caso, la impunidad.

¹³² QUINTANAR (2001), p. 147

concreta de la alteración en el individuo enjuiciado. Ese es un baremo aplicable a las causas de inimputabilidad. Pero aquí no estamos debatiendo sobre la imposibilidad psíquica de vencer un miedo que pueda llevar al sujeto a sacrificar un bien mayor. De lo que se trata es de ver si las singulares circunstancias subjetivas permiten *objetivamente* llegar a la conclusión de que a ese sujeto imputable que actuó por miedo—con las características ya conocidas— hay que tolerarle la producción del mal mayor. Se trata, pues, de medir la inexigibilidad con un parámetro objetivo-subjetivo, esto es, partiendo del llamado hombre medio pero puesto en la posición del autor. No se me oculta que, como críticamente, ha señalado Varona se trata de un criterio con grandes insuficiencias¹³³, de modo que es muy probable que la propuesta de este autor permita alcanzar mejores resultados. “Lo decisivo a la hora de aplicar la eximente de miedo insuperable— dice Varona— no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, qué es lo que puede razonablemente esperarse que una determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal”¹³⁴

Desde el parámetro del hombre medio o desde la razonabilidad, lo incuestionable es que la inexigibilidad no es la expresión de lo que es estadísticamente común. Se trata de analizar al sujeto y sus circunstancias desde la perspectiva de los requerimientos que la comunidad puede dirigirle. Esto ya lo decía Pacheco cuando criticaba la regulación que del miedo insuperable hacía el CP 1848, pues la exigencia de un mal igual o mayor, hacia, en palabras de nuestro clásico que “se echase de menos en la ley algo que correspondiere en este punto a lo *racional*”¹³⁵. Por ello se lamentaba de lo insatisfactorio que resultaba el condenar a quien acababa claudicando ante la amenaza de cortarle una mano si no prendía fuego a una casa habitada. “¿Quién será el juez que me condene— se preguntaba— a pesar de las palabras del artículo?. No es el miedo de un mal mayor el que me ha hecho obrar, pero ha sido el de un mal grave, el de un mal próximo. Esto — concluía— basta para la conciencia: esto debía haber bastado para la ley”¹³⁶

Las mismas reflexiones hay que proyectar sobre el hecho de que la eximente sexta no contenga una referencia explícita a la imposibilidad de evitar el mal por otros medios distintos. También en este caso, la posibilidad real y efectiva de acudir a otras vías eliminará la insuperabilidad del miedo, que, por el contrario, seguirá siéndolo si, tal y como ya vimos, no hay una alternativa razonablemente exigible en el caso concreto. De ahí, por ejemplo, que en los casos de males inminentes el ordenamiento deba relajar el grado de exigencia, ya que, en muchos casos, el recurso a vías legítimas supondrá el acaecimiento del mal. Mayores problemas suscitan males permanentes como los derivados de la pobreza extrema o de otras circunstancias que no

¹³³ 2000, p. 163 y ss

¹³⁴ 2000, p. 179

¹³⁵ 1848, p. 173, cursiva del autor

¹³⁶ 1848, p. 173

siempre tienen que comprometer la pérdida o grave lesión inminente de bienes como la vida o la salud (aunque ésta última siempre resultará, en mayor o menor medida, afectada). Es en estos casos donde puede surgir nuevamente la tentación de decir que hay un deber de superar el miedo que nace de esos males permanentes cuya solución corresponde a las instituciones y organismos que, de un modo u otro, tienen entre sus funciones la de aliviar la pobreza. Sin embargo, si se admite que hablar de insuperabilidad es hablar de inexigibilidad de otra conducta distinta, habremos de convenir que, en muchos, casos no es exigible acudir a tales vías (el colapso sufrido por los bancos de alimentos durante la pandemia- especialmente en lo relativo a alimentos para neonatos- creo es un buen ejemplo de vía alternativa escasamente razonable)

Me consta que son muchas las cosas que quedan pendientes pero es tiempo de cerrar. Lo haré con una apelación a la utilidad de la eximente sexta, que no sólo no es superflua, sino que se erige como el último refugio que a la pobreza extrema y a la desesperación vital le queda en nuestro Código. Circunstancias tan extremas como las que relata la resolución que motiva este comentario o la conocida STS 1957/2001, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8317), son un ejemplo paradigmático de cómo en determinados casos excepcionales el ordenamiento debe modular los estándares objetivos y, aún sin olvidarlos, dar entrada a consideraciones subjetivas. En palabras de Varona “El miedo insuperable, como eximente fundada en el principio de inexigibilidad, permite entonces acoger (y con ello eximir de pena) determinados supuestos en los que tiene lugar una valoración parcial del conflicto por parte de la persona implicada. En este punto radica su singularidad y, con ello, su irremplazable papel como cláusula de cierre del sistema de causas de exención de la responsabilidad. El valor de esta eximente reside en constituir una apelación de justicia que pretende explicar la ausencia de pena aun cuando el hecho no pueda considerarse socialmente beneficioso o acorde con las valoraciones objetivas (imparciales) del ordenamiento”¹³⁷

Se equivocan, pues, quienes reclaman su supresión¹³⁸, ya que el miedo tiene una muy útil función supletoria; no solo con respecto al estado de necesidad, pero, prioritariamente, en relación con éste. Tanto en los casos en que, acertadamente o no, se estime que el mal causado es mayor, como en aquellos en que en abstracto podía existir otro medio para evitar el mal causante del miedo. Si, conforme a lo expuesto, concurren circunstancias excepcionales que permiten, pese a ello, seguir estimando inexigible la obligación de vencerlo, lo que procede es su aplicación. La negativa a hacerlo en casos como el de Angelina requerirá de una motivación que, al menos yo, no estoy en condiciones de ofrecer. Espero que la Audiencia Provincial de Barcelona, pese a no poder permanecer ajena a las legítimas exigencias de la prevención general, no se deje engañar por su fantasma.

¹³⁷ 2010, p. 76

6. Conclusiones

PRIMERA: Si se dan los requisitos exigidos en el art. 177 bis 11, la obligación de no penalizar a las víctimas de trata que hayan cometido un delito a consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida es aplicable a todos los delitos, incluido el delito de tráfico de drogas.

SEGUNDA: La referida exención no exige una situación más o menos prolongada de sometimiento de la víctima, ni la existencia de una organización que la explote. Ni el art. 177 bis 11 lo requiere, ni tales elementos integran la tipicidad del delito de TSH

TERCERA: La aplicación de la exención no puede condicionarse al hecho de que exista abierto un procedimiento por un delito de trata donde se acredite la condición de víctima de TSH. Exigir la prejudicialidad es contrario al principio de legalidad. Asimismo, supondría un gravamen incompatible con la presunción de inocencia como regla de tratamiento, lo cual, por añadidura, es contradictorio con la tutela reforzada que el Estado español se ha comprometido internacionalmente a otorgar a estas víctimas. Será, pues, el órgano encargado de juzgar el delito cometido por la supuesta víctima quien deberá decidir si los requisitos de la excusa absolutoria están tan probados como el hecho mismo. Ahora bien, la negativa del juez a tener por víctima a quien implora la aplicación del art. 177 bis 11 deberá estar cumplidamente motivada, sin que pueda estimarse bastante un razonamiento apodíctico limitado a afirmar que no está acreditada tal condición, pues tal cosa supondría una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTA: A la hora de interpretar la exención no pueden los jueces poner exclusivamente el acento en consideraciones de prevención general, sustituyendo con tal criterio al legislador, quien ya ha realizado una ponderación *prima facie* a favor de las víctimas por estimar que hay razones humanitarias que lo justifican. Esa perspectiva victimocéntrica se opone, pues, a que razones de prevención general terminen en el caso de delitos graves por decantar *siempre* la ponderación a favor del castigo. Asimismo, una aplicación en exceso rigorista del art. 177 bis 11 se opone a su fundamento pragmático que, junto al humanitario, justifica el principio de no punición, toda vez que es previsible que la colaboración de las víctimas no tenga lugar si llegan a la conclusión de que se exponen a los peligros ciertos que representa testificar sin una garantía probable de absolución.

QUINTA: En consecuencia, una vez acreditado el presupuesto de ser víctima de un delito de TSH, deberán los tribunales interpretar de manera flexible el requisito de causalidad. De igual modo, en materia de proporcionalidad, se abstendrán de trasladar automáticamente a esta sede las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a la racionalidad que se exige en la legítima defensa o los rígidos criterios

de proporcionalidad exigidos por el TS en relación con el estado de necesidad o el miedo insuperable. El juicio de adecuación apela al sentido total del ordenamiento jurídico y, ello obliga al juez a no limitarse a comparar la jerarquía de los bienes jurídicos implicados, sino también a ponderar el carácter de la afectación a los bienes (lesión o peligro), así como a considerar la intensidad de la lesión -contenido de injusto que sí es regulable- de cada uno de los bienes afectados. Y todo ello habrá que ponerlo en relación tanto con las posibilidades efectivas que en el caso concreto haya tenido la víctima a su alcance para sustraerse a la comisión del delito, como con la exigibilidad jurídica de hacerlo. A tal efecto, no hay que olvidar que las referencias constitucionales representan un elemento imposible de obviar a la hora de realizar la ponderación y, en nuestro caso, entra en juego, a menudo, la vida y siempre la dignidad de las víctimas de TSH, un valor que, por imperativo del art.10 CE se constituye en fundamento del conjunto de derechos y libertades constitucionales.

SEXTA: El art. 177 bis 11 no produce efectos oclusivos en relación con otras causas exención. Por tanto, para los casos en que se estime no aplicable, cabe recurrir al miedo insuperable, una eximente que no sólo no es superflua, sino que se erige como el último refugio que a la pobreza extrema y a la desesperación vital le queda en nuestro Código, ya que tiene una muy útil función supletoria, singularmente con respecto al estado de necesidad, tanto en los casos en que, acertadamente o no, se estime que el mal causado es mayor, como en aquellos en que en abstracto podía existir otro medio para evitar el mal causante del miedo.

Bibliografía

- BALDÓ LAVILLA, F. (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona.
- BLASCO, P. L., (2023) *Trata de seres humanos: inmoralidad e injusticia*, Zaragoza.
- CIGÜELA SOLA, J. (2019), *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia.
- COBO, M/VIVES, T.S, (1999) *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia.
- CÓRDOBA RODA, J.; RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1972) *Comentarios al Código Penal*, Tomo I (Art 1-22), Barcelona.
- CUERDA ARNAU, M.L. (1996) “Comentario al artículo 20, n. 5 y 6 del Código penal”, en Vives Antón (dir.): *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia.
- CUERDA ARNAU, M.L. (1997), *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., (2013) *El delito de trata de seres humanos*, Valencia.
- DÍEZ-HOCHLEINER, J, (2015) “Comentario al art. 30.1”, en Andrés Sáez de Santamaría, P.; Díez-Hochleiner; Martín y Pérez de Nanclares (dirs.): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales*, Cizur Menor.
- ECHARRI CASI, F. J. (2019), “La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas”, en *Diario La Ley*, N. 9434, Sección Doctrinal.

- FARALDO CABANA, P. (2000), *Las causas de levantamiento de pena*, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2023), “Comentario al artículo 20, n. 5 y 6 del Código penal”, en Cuerda Arnau (dir.): *Comentarios al Código penal*, Valencia, Tomo I, pp. 262 y ss.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011), *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*.
- GÓMEZ LANZ, J. (2020), "La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos", en Benito Sánchez; Gómez Lanz (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Cizur Menor.
- GUISASOLA LERMA, C. (2024), “El delito de trata en la era de la globalización. ¿Hacia una futura ley integral?”, en Núñez Castaño; García Arroyo (dirs.): *Reformas penales y Estado de Derecho*, Valencia, pp. 233 y ss.
- HERNÁNDEZ RUEDA; M. (2023), “Comentario al artículo 177 bis del Código penal”, en Cuerda Arnau M.L. (dir.): *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Valencia, pp. 1191 y ss.
- HIGUERA GUIMERÁ, LF. (1991), *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Barcelona.
- KANT, I., (2003), *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Madrid.
- LAURENZO COPELLO P. (2019), “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-21, pp. 1 y ss.
- MARÍN FIEL, N. (2022), “Análisis de la excusa absolutoria regulada en el apartado 11 del artículo 177 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, n. 10051.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2023) "La inaplazable necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata. Especial consideración al Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022", en *Revista sistema penal crítico*, vol. 4, pp. 1 y ss.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.; SEGOVIA BERNABÉ, J.L.; ASÚA BATARRITA, A.; GIMBERNAT ORDEIG, E.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.; RÍOS MARTÍN, J.; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., y VIEYRA CALDERONI, M.: (2022) *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)*. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/8fb761a9-b2f6-40ff-adbf-dea08dc6ec07/content>
- MIR PUIG, S. (2006), *Derecho penal. Parte General*, 8º ed., Barcelona.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2020), “Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles”, en Benito Sánchez; Gómez Lanz, (dirs.): *Sistema penal y exclusión social*, Pamplona, 2020, p. 126 y ss.
- MORALES PRATS, F. (1996), “Comentario al artículo 20, n. 5 y 6 del Código penal”, en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentarios al Código penal español*, Cizur Menor, pp. 156 y ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.R., (2021), “La ubicación sistemática del estado de necesidad no justificante”, en Marín de Espinosa (dir.): *El derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia, pp. 287 y ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.R., (2022), *El delito de trata de seres humanos. Un estudio político-criminal*, Madrid.
- NUSSBAUM, M. C. (2015), *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, Barcelona.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M (1989), "Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad", en *Poder Judicial*, n. 13, p. 115 y ss.

- NIETO MARTÍN, A. (1994), “Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 395 y ss.
- PÉREZ ALONSO, E. J. (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia.
- PÉREZ ALONSO, E. J. (2017), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia.
- PÉREZ ALONSO, E.; POMARES CINTAS, E., (2019), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Valencia.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada.
- POMARES CINTAS, E. (2013), *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia.
- POMARES CINTAS, E. (2024), “Lección 18: el Delito de trata de seres humanos”, en Álvarez García (dir.): *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) Delitos contras las personas*, 4ª ed., Valencia, pp. 1085 y ss.
- QUINTANAR DÍEZ, M. (1998), *La eximente de miedo insuperable*, Madrid.
- QUINTANAR DÍEZ, M. (2001), “La nueva eximente de miedo insuperable: reflexiones críticas sobre algunas interpretaciones en torno a la misma. Especial análisis jurisprudencial”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 73, pp. 143 y ss.
- SALAT PAISAL, M. (2020): “Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: Un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019”, en *REIC*, vol. 18, pp. 1-27.
- SALAT PAISAL, M. (2022), “Qué casos de trata de seres humanos conocen las Audiencias Provinciales. Análisis cuantitativo de sentencias”, en Villacampa (dir.): *La Trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación : ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 255 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2013), “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en Fernández Teruelo (dir.): *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, pp. 715 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2018), *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2023), “¿Responsabilidad individual o responsabilidad social en el delito?”, en *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires/Montevideo.
- TIGRINO, A. (2024), “El caso Vos Thalassa. El principio de non refoulement y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia”, en *Revista Penal*, n.º 53, pp. 242 y ss.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: (2019) “La víctima de trata como autora de delitos. Dificultades para la exención de su responsabilidad penal”, en Martínez Escamilla; Sánchez Tomás (Coords.): *La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización*, Monográfico de la Revista Crítica Penal y Poder, n. 18, pp. 124 y ss.
- VARONA GÓMEZ, D. (1996) “El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento”, en *Actualidad penal*, n. 39.
- VARONA GÓMEZ, D. (2000), *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada.
- VARONA GÓMEZ, D. (2010) “El miedo insuperable y la ética del hormiguero. Reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12.

- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2022). *La Trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2022), “El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación”, en *Diario La Ley*, n. 10101, Sección Doctrina.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011), *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Cizur Menor.
- VILLACAMPA, C.; TORRES, N. (2015), “Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimisation”, en *European Journal of Criminal Policy and Research*, n. 21 (1), pp. 99 y ss.
- VILLACAMPA, C.; FLÓREZ, K. (2016), “Guerrilleras víctimas de trata de seres humanos en prisión en Colombia”, en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, n. 3, pp. 87 y ss.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.; TORRES ROSSEL, N. (2016), “Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, pp. 771 y ss.
- VILLACAMPA, C.; TORRES ROSSEL, N. (2017), “Human Trafficking for Criminal Exploitation: the failure to Identify Victims”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, n. 23 (3), pp. 393 y ss.
- VILLACAMPA, C.; TORRES ROSSEL, N. (2019), “Human trafficking for criminal exploitation: effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system”, en *International Review of Victimology*, n. 25 (1), pp. 3 y ss.
- VILLACAMPA, C.; TORRES ROSSEL, N. (2021), “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 8, pp. 411 y ss.
- VILLACAMPA, C.; GÓMEZ, M.J., TORRES, C., MIRANDA, X. (2021), “Trata de seres humanos: dimensión y características en España”, en *Revista General de Derecho Penal*, 35, pp. 1 y ss.
- ZARAGOZA TEJADA, J.I. (2018), “Excusa absolutoria de las víctimas de trata (análisis del artículo 177 bis)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2.

Otros documentos de interés

- Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2018-2022, Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/BALANCE-ESTADISTICO-2018-2022.pdf>
- Global report on trafficking in persons 2020, en <https://www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/glotip.html>
- 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, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, (V.12-56246). https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf
- Conclusiones de las Jornadas de fiscales delegados de extranjería <https://www.fiscal.es/documents/20142/6906e58d-36b8-09c2-43ec-b6673faed754>

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.
file:///C:/Users/HP/Downloads/A_HRC_47_34_S.pdf

Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, Madrid 2018 CGPJ,
https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=457f60254a047610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=ca&lang_chosen=ca