

LA LIGEREZA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE LAS VÍCTIMAS DE TRATA

Sentencia 960/2023 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre*

THE SUPREME COURT'S THOUGHTLESSNESS TOWARDS VICTIMS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS JUDGMENT 960/2023 OF THE SECOND CHAMBER OF THE SUPREME COURT OF 21 DECEMBER

Margarita Martínez Escamilla 

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

Este artículo está publicado en

Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época) e-ISSN: 2014-3753

Mayo de 2024, nº 26

RESUMEN

La sentencia analizada va más allá del caso concreto enjuiciado, al realizar importantes pronunciamientos sobre el “principio de no punición” a las víctimas de trata recogido en el art. 177 bis 11 del Código penal, pronunciamientos que restringen la aplicación de este principio, que es un derecho de las víctimas. Lo hace, además, con una motivación descuidada que no se corresponde

*El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (IUSMIGRANTE) PID2019-105778RB-100, Convocatoria Proyectos I+D+i 2019, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Email de contacto autora: mmescamilla@der.ucm.es.

con la novedad y trascendencia de las cuestiones planteadas, ni con el enfoque de derechos humanos que ha presidir el acercamiento a las víctimas de trata y que exige un deber reforzado de atención y motivación.

La sentencia del Supremo revoca una sentencia absolutoria y devuelve el caso al tribunal de instancia para que examine otras posibilidades de adecuar la responsabilidad penal a la situación de necesidad y extrema vulnerabilidad de Angelina y al abuso que se hizo de ella. Este trabajo finaliza apuntando algunas alternativas posibles.

Palabras clave: artículo 177 bis Código penal, víctimas, trata de seres humanos, principio de no punición, derechos humanos, excusa absolutoria, estado de necesidad, pobreza, vulnerabilidad, tráfico de drogas, analogía.

RESUM

La sentència analitzada va més enllà del cas concret que enjudicia, en realitzar importants pronunciaments sobre el "principi de no punició" a les víctimes de tràfic d'essers humans recollit en l'article 177 bis 11 del Codi penal, que restringeixen l'aplicació d'aquest principi, que és un dret de les víctimes. Ho fa, a més, amb una motivació descuidada que no es correspon amb la novetat i transcendència de les qüestions plantejades, ni amb l'enfocament de drets humans que ha presidir l'apropament a les víctimes d'explotació, que exigeix un deure reforçat d'atenció i motivació.

La sentència del Suprem revoca una sentència absolutòria i retorna el cas al tribunal d'instància perquè examini altres possibilitats d'adequar la responsabilitat penal a la situació de necessitat i extrema vulnerabilitat d'Angelina i a l'abús que se'n va fer. Aquest treball finalitza apuntant algun d'aquests altres camins possibles.

Paraules Clau: article 177 bis Codi penal, víctimes, tràfic d' éssers humans, principi de no punició, drets humans, excusa absolutòria, estat de necessitat, pobresa, vulnerabilitat, tràfic de drogues, analogia.

SUMMARY

The analysed judgement goes beyond the specific case it is judging by making important pronouncements on the "non-punishment principle" of victims of trafficking in human beings

contained in Art. 177 bis 11 of the Penal Code, which restricts the application of this principle, which is a right of the victims. It does so, moreover, with a sloppy motivation that does not correspond to the novelty and transcendence of the issues raised, nor to the human rights approach to the victims of trafficking, which requires a reinforced duty of care and motivation.

The Supreme Court's judgement overturns an acquittal and sends the case back to the lower court to examine other possibilities of adjusting criminal liability to Angelina's situation of need and extreme vulnerability and to the abuse that was made of her. This paper concludes by pointing out some of these other possible paths.

Keywords: article 177 bis Penal Code, victims, trafficking in human beings, non-punishment principle, human rights, state of necessity, poverty, vulnerability, drug trafficking, state of necessity, analogy.

1.- Introducción

[La Sentencia 960/2023 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre \(ECLI:ES:APB:2020:9057\)](#), (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar), representa una mala noticia para las víctimas de trata de seres humanos y, por las razones que se expondrán, no debería convertirse en doctrina. Sus argumentos restringen la vigencia del “principio de no punición”, que prevé la renuncia a castigar a la víctima de trata por los delitos que se haya visto obligada a cometer como consecuencia de la situación de abuso y sometimiento que configura la trata de seres humanos.

Es relativamente frecuente que la víctima de trata se vea compelida a la realización de ilícitos penales, por ejemplo, que deba usar documentación falsificada para la entrada irregular en España, proporcionar drogas a los clientes en el ámbito de la explotación sexual, participar en estafas, etc. Por ello, el principio de no punición es una pieza clave en la protección a las víctimas de trata y su objetivo fundamental es evitar que el procesamiento y el castigo penal se sumen al daño inferido a las víctimas por los tratantes y explotadores, evitar que la aplicación del sistema penal ahonde en el desamparo de personas extremadamente vulnerables¹.

¹ Sobre el principio de no punición a las víctimas de trata, vid., por ejemplo, Valle Mariscal de Gante (2019) y Villacampa Estiarte (2022).

Para cumplir con nuestros compromisos internacionales y comunitarios, el principio de no punición fue introducido en nuestro Código penal, en 2010, a través de la clausula del art. 177 bis 11. Sin embargo, tuvieron que pasar diez años para que fuera aplicado por primera vez para fundamentar una sentencia absolutoria. Lo hizo la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en [Sentencia núm. 183/2020, de 22 de junio \(ECLI:ES:APB:2020:9057\)](#), resolución ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en [Sentencia núm. 351/2021, de 2 de noviembre \(ECLI:ES:TSJCAT:2021:7584\)](#)². Esta aplicación se verifica, además, sobre un supuesto que escapa a los estereotipos de trata, considerando concurrente una modalidad poco conocida de trata, la que tiene por finalidad la “explotación para la realización de actividades delictivas” (art. 177 bis 1 c) CP).

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de comentario, afirma que el principio de no punición no resulta aplicable y revoca la sentencia absolutoria. Más allá de los pronunciamientos concretos de esta resolución, que serán objeto de posterior comentario, la resolución llama la atención por la ausencia de esmero en la motivación. La ligereza argumental de la sentencia contrasta con la consensuada necesidad de abordar la trata como una cuestión de derechos humanos, como así lo proclaman los tres instrumentos normativos supranacionales más emblemáticos en materia de trata: el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata*, de 2005, ratificado por España el 10 de noviembre de 2009, la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo* y el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, de 2000, que aunque más centrado en la prosecución y represión del delito, no deja de mencionar como uno de sus fines proteger y ayudar a las víctimas de trata.

Esto no significa, obviamente, aplicar el principio de no punición a todo aquel que lo alega, pero sí un deber de diligencia para ofrecer una fundamentación algo más a la altura de la novedad, complejidad y transcendencia de las cuestiones planteadas, que afectan de lleno a los derechos de las víctimas de trata de seres humanos. Con esta debilidad argumental contrasta el

² Un análisis de estas resoluciones en Valle Mariscal de Gante (2022).

concienzudo voto particular discrepante emitido por el magistrado Javier Hernández García, al que se hará frecuente referencia en este trabajo.

En los siguientes epígrafes, tras recordar los hechos probados (2), se expondrán críticamente los argumentos con los que la mayoría de la Sala Segunda pretende motivar el fallo, en particular la no condición de víctima de trata (3.1) y la necesidad de un proceso penal por el delito de trata para eximir de pena (3.3). Se destacará también la irrelevancia que para sentencia tiene el abuso de la situación de vulnerabilidad de Angelina (3.2).

Revocada la sentencia absolutoria, el caso vuelve a la Audiencia Provincial, que habrá de explorar otros instrumentos para reflejar en la respuesta penal las circunstancias de Angelina. El epígrafe 4 plantea otras posibilidades acordes al Código penal, que también conciernen al Ministerio Fiscal. La total desatención del Ministerio Fiscal a la vulnerabilidad de Angelina en sus peticiones de pena sugieren la conveniencia de que la Fiscalía General del Estado establezca pautas interpretativas sobre la relevancia de situaciones de vulnerabilidad y necesidad como las de Angelina, tan directamente vinculadas con la comisión del delito.

2.- Hechos probados.

Angelina “(...) fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó a insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4000 euros a cambio del transporte de la sustancia” (hechos probados de sentencia de instancia). Angelina fue detenida en el aeropuerto de Barcelona albergando en el interior 474,80 gramos de cocaína y una riqueza base del 80,10% destinada al posterior tráfico. Tras su detención, le fue decretada prisión preventiva que se prolongó durante más de once meses. Tenía 21 años al tiempo de los hechos.

Como apunta el voto particular del magistrado Javier Hernández, el «“hecho probado” no se agota en el que como tal aparece precisado en el apartado correspondiente de la sentencia»,

sino que siempre que redunde a favor del acusado, puede integrarse con las precisiones fácticas que aparezcan en los fundamentos no solo de la sentencia de instancia, sino también de la de apelación (apartados 3-7). Esto es importante porque la sentencia de apelación acentúa, más allá de un abuso inicial de la necesidad y vulnerabilidad, la existencia de un férreo control de la organización sobre Angelina, y añade: “(...) siendo llevada, después de confiar el bebé a una amiga diciéndole que se iba unos días por trabajo, a un establecimiento donde tras una preparación corporal mediante la ingesta medicamentosa e inyectable es obligada a tragar 28 (sic) condones que contenían cocaína líquida, fue transportada al aeropuerto de Lima con 250 euros, dinero que se interviene a la llegada, portando su billete de vuelta y su reserva de alojamiento en Barcelona (...) Se encontró al llegar en situación de desarraigo, en un lugar que desconocía, y sin contactos, solo con indicación de que la recogería alguien que la esperaba en el aeropuerto, de quien desconocía cualquier referencia, siendo esta persona (de la organización) la que la esperaba” (FJ 14° de la sentencia de apelación).

Además, podrían considerarse probados datos contenidos en la prueba la amplia documental no impugnada y que permitirían acreditar el dramatismo de su situación, así como sus esfuerzos por salir adelante honradamente (FJ 3.3 sentencia de apelación).

3.- Motivación imprevisible, arbitraria e insuficiente

Antes de pasar a analizar las ideas concretas que sustentan el fallo, procede adelantar lo que es sin duda un elemento característico de la sentencia: la ausencia de esmero en la motivación, a pesar de abordar cuestiones novedosas y complejas que tienen que ver directamente con los derechos de las víctimas de trata. Esta debilidad argumental, que tendremos ocasión de comprobar, no cohonesta con el consenso sobre la necesidad de entender la trata y las prácticas asociadas como una violación de derechos humanos y la consecuente prioridad que ha de prestarse a la protección y asistencia a las víctimas.

En el ámbito de nuestros compromisos internacionales y comunitarios, este planteamiento conlleva el reconocimiento de una serie de derechos a las víctimas de trata y la correlativa obligación de los Estados de tutelarlos con la debida diligencia³. En el caso de los órganos

³ La diligencia debida aparece en segundo lugar en los *Principios y directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de personas*, recomendados por Naciones Unidas: “(l)os Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata

judiciales este deber se concreta en una obligación reforzada de atención y de motivación, especialmente cuando se realiza una interpretación restrictiva de los derechos de las víctimas de trata, entre los que se encuentra el principio de no punición. La debilidad argumental contrasta con la concienzuda fundamentación del voto particular discrepante.

Junto a los argumentos técnicos, aparece el que la sentencia de casación denomina “argumento práctico”, esgrimido por el Ministerio Fiscal y que la sentencia hace suyo: “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” (FJ 5º). La supuesta merma del efecto preventivo general que supondría la aplicación de la eximente es un argumento recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la eximente de estado de necesidad, que ha sido ampliamente criticado por la doctrina. Entre las críticas, resulta pertinente destacar que este “argumento práctico” supone el uso de consideraciones político criminales que, siendo limitativas de una exención, no competen a los órganos judiciales. Las consideraciones político-criminales ya fueron ponderadas por el legislador al introducir el principio de no punición, cuya esencia consiste precisamente en hacer prevalecer la protección de la víctima frente al interés en el castigo penal y esta es una decisión que no debe suplantarse⁴.

La diligencia debida aparece en segundo lugar en los *Principios y directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de personas*, recomendados por Naciones Unidas: “(l)os Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes lo cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella”, (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones U

El fallo se sustenta fundamentalmente en dos ideas: la necesidad de cierta permanencia en la explotación para poder hablar de víctima de trata y, por otro lado, la limitación del ámbito de aplicación del principio de no punición a los procedimientos penales seguidos por el delito de trata de seres humanos del que se habría sido víctima. Pero también se fundamenta en una invisibilización: la de la extrema vulnerabilidad y su abuso.

de personas, investigar y procesar a quienes lo cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella”, (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones Unidas, 2010).

⁴ Vid. referencias bibliográficas en Martínez Escamilla et al. (2022, p. 23).

3.1.- Cierta permanencia en la situación de explotación para la realización de actividades de delictivas al que la trata va dirigida

La sentencias de instancia y apelación habían considerado a Angelina víctima de un delito de trata a los efectos de la aplicación del artículo 177 bis 11. Ambas resoluciones argumentan la concurrencia de todos los elementos de este delito: captación, abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad, así como una de las finalidades de la trata: la explotación para la realización de actividades delictivas⁵.

La sentencia —a través de una argumentación confusa que por momentos mezcla la trata propiamente dicha con la actividad de explotación a la que está finalísticamente dirigida— parecería negar el último elemento. Angelina no sería víctima de trata por no concurrir el elemento finalístico “explotación para la realización de actividades delictivas”, que, según esta resolución, requeriría cierta permanencia en la explotación, circunstancia que no concurriría dado que Angelina iba a ser utilizada únicamente para un transporte. “No es, por consiguiente, una explotación, caracterizada por su duración temporal, más o menos larga, pero con vocación de prolongación”, sino un acto esporádico (FJ 5°).

Como pone de manifiesto el voto particular, este requisito restrictivo genera numerosas dudas a las que la sentencia no responde. Por ejemplo, no se entiende la necesidad de “cierta permanencia en la explotación en la trata para actividades delictivas” y no para otras modalidades de trata que tienen por finalidad la extracción de órganos o el matrimonio forzado (apartado 15), máxime cuando se trata de una tipología criminal de difícil reiteración sobre la misma víctima, dado los controles policiales y migratorios a sortear. También cabría preguntarse si tal interpretación no podría conducir a lagunas de punición, pues ¿cómo habría de calificarse el abuso sistemático por parte de una organización de la extrema vulnerabilidad y necesidad de jóvenes para enviarlas en un avión previa ingesta de la droga? Ni el tenor literal del artículo 177 bis del Código penal, ni de la Directiva 2011/36/UE dan pie a tal exigencia. Es más, el considerando número 11 de la Directiva establece que “la expresión “explotación para realizar actividades delictivas ha de entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”. Ambos requisitos concurrirían en el caso de Angelina: su utilización para la obtención de una ganancia y

⁵ Sobre la concurrencia de los elementos del delito de trata a los efectos de la aplicación del principio de no punición, vid. Martínez Escamilla et al. (2022).

la exposición a una pena, en concreto de cinco años de prisión y multa de 130.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses de privación de libertad en caso de impago, según la petición del Ministerio Fiscal. De hecho, Angelina estuvo en prisión preventiva desde el 13 de agosto de 2019 hasta que recayó sentencia absolutoria (22 de junio de 2020).

3.2.- La invisibilización del abuso y de la situación de necesidad y vulnerabilidad

La sentencia comentada invisibiliza el abuso de la situación de extrema vulnerabilidad y necesidad que caracteriza el caso de Angelina, entendiendo que estamos ante un mero acto de participación delictiva al que Angelina consintió. La sentencia de casación ni menciona ni aplica el artículo 177 bis 3 CP, «[e]l consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo» (subrayado añadido). Esta previsión se corresponde en parecidos términos con lo dispuesto el art. 4 b) del Convenio de Varsovia y art. 2.4 de la Directiva 36/2011/CE. Que le hubieran ofrecido 4000 euros no interfiere en el elemento abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad, ni puede sustentar la existencia de un consentimiento válido por parte de la víctima.

No es cierto, en contra de lo que afirma la sentencia, que “(...) 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 5º). En el caso de Angelina existe otro desvalor que el estado de necesidad no permite aprehender: el abuso de la situación de vulnerabilidad y necesidad. Como con claridad rebate el voto particular “(a)unque la clausula 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 delinquir. Delinque por ser víctima de un delito, lo que es significativamente distinto a delinquir por necesidad” (apartado 18).

La sentencia de casación invisibiliza la vulnerabilidad de Angelina, a aprehender también desde una perspectiva de género, pues es el suyo un ejemplo de feminización de la pobreza y de los cuidados. Como recuerda en informe *Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo*, “(e)n América Latina y el Caribe, la familia de Angelina representa un arquetipo de familia monoparental muy extendido. Un modelo con la mujer al frente, que ha de asumir, a

veces muy joven, la responsabilidad de sacar adelante la familia en un contexto de pobreza y de arraigada cultura patriarcal donde la mujer está en clara desventaja. Esta desventaja se hace patente en diferentes ámbitos, por ejemplo, en el precario mercado de trabajo con escasas ofertas que permitan compaginar el trabajo con el rol de cuidados que ha sido asignado a las mujeres⁶ (...), pues es un hecho la desproporcionada la “feminización de la responsabilidad y de la obligación⁷” (Martínez Escamilla et al., 2022).

3.3.- Limitación del principio de no punición a los procedimientos penales por el delito de trata.

La segunda idea fundamentadora del fallo limita arbitrariamente el principio de no punición y, por tanto, no debe convertirse en doctrina. Afirma la sentencia de casación que el principio de punición solo se podría aplicar en un procedimiento penal por el delito de trata al que la víctima se habría visto sometida.

Esta idea se deduce del Fundamento jurídico quinto, que contiene las siguientes afirmaciones: “(d)icho 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 (...)”. “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”, “no se describen en el auto los elementos del delito de trata”, “en los autos se cita a una organización sin más identificación, sin que nadie, por cierto, haya tenido la más mínima oportunidad de defenderse de tal imputación”.

La arbitrariedad de dicho criterio está explicada minuciosamente en el voto particular: “(p)orque 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 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 las actividades delictivas constituye un presupuesto de tipicidad y cuya acreditación no exige, sin embargo, una previa sentencia firme que lo establezca —así, lo delitos de receptación o de

⁶Sobre la feminización de la pobreza en relación precisamente con las denominadas «mulas», Lorenzo Copello, P., 2019, pp. 37-38).

⁷ En la terminología acuñada por Chant, S. (2005).

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. Lo que comporta la prohibición de castigarla si hubiera acometido un delito como consecuencia directa de la situación de explotación sufrida; tercero, porque la defensa de la persona acusada tiene, por un lado, el derecho a poder acreditar que ha sido víctima de trata y que el delito, objeto de la acusación, es consecuencia de la explotación a la que fue sometida. Y, por otro, a invocar, en consecuencia, la clausula de no punición; cuarto, porque, en el caso, no ha existido ninguna situación de indefensión. Nadie se tuvo que defender porque ninguna persona fue acusada ni, tan siquiera, individualizada. Sin que ello, por otro lado, haya impedido la prueba suficiente de que (Angelina) fue víctima de un delito de trata de seres humanos” (apartados 21-22).

Es precisamente en el proceso por el delito que la víctima ha cometido donde el principio de no punición alcanza pleno sentido, particularmente en la modalidad de trata que tiene por finalidad la comisión de delitos. La limitación introducida resulta incomprensible y la sentencia no explica tampoco la situación procesal en que quedaría la posible víctima mientras se sustancia el procedimiento por el delito de trata, que puede durar años. La prolongación de la condición de investigada o procesada supondría un menoscabo de sus derechos e intereses⁸. Tampoco explica la sentencia por qué hay que excepcionar la regla procesal según la cual es el órgano judicial que enjuicia el delito cometido el que aplique las causas que eximen o atenúan la pena del delito que se está juzgando y la excusa absolutoria del artículo 177 bis 11 CP se refiere al delito cometido por la víctima.

La limitación analizada no puede inferirse ni de la Directiva 2011/36/UE, ni del Convenio de Varsovia. Por lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos, es de destacar, como hace el voto particular, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de julio de 2021, asunto V.L.C. y A.N. c. Reino Unido, referida precisamente a la obligación positiva del Estado de identificar a las víctimas de trata en el contexto de procesamientos por los delitos cometidos y vinculados a la condición de trata, pero independientes del eventual procedimiento por el delito de trata. El TEDH consideró que la sentencia condenatoria a los demandantes vulnerada la prohibición de esclavitud y trabajo forzado (art. 4 CEDH) y el derecho a un juicio

⁸ Argumento sugerido por María Luisa Cuerda Arnau. Este argumento probablemente aparezca en un artículo de su autoría en prensa en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, que versa precisamente sobre la Sentencia 960/2023 del Tribunal Supremo.

justo (art. 6.1 CEDH), al no haber desplegado el órgano judicial la diligencia exigible ante los indicios existentes de que los procesados eran víctimas de trata y haberles condenado penalmente.

Pero aún hay más. Sorprendentemente, la sentencia de casación afirma: “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). Son afirmaciones erróneas pues la cuestión planteada parecía haber quedado zanjada con la [Sentencia 59/2023, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 6 de febrero, \(ECLI:ES:TS:2023:375\)](#), de sumo interés. En ella, el propio Tribunal Supremo aplica la causa de exención de pena del art. 177 bis 11 en el caso de una una mujer de nacionalidad nigeriana, que había sido condenada por un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público. Y lo hace estimando un recurso de casación contra una resolución que ponía fin a un proceso penal por estos delitos y no por el delito de trata del que la mujer condenada en la instancia fue considerada víctima por el propio Tribunal Supremo a efectos de la aplicación del principio de no punición. La sentencia de casación objeto de esta artículo parece ignorar este importante precedente y no motiva tan restrictivo cambio de rumbo, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE).

4.- Alternativas posibles

Revocada la sentencia absolutoria, el propio Tribunal Supremo anima al órgano judicial de instancia a explorar otras vías para adecuar el reproche penal a las circunstancias de Angelina. Su situación es tan poliédrica que las posibilidades son diversas, en atención a qué categoría de la teoría jurídica del delito o requisito de la responsabilidad penal pueda considerarse afectado⁹.

⁹ La doctrina penal académica, con un abordaje diverso, se ha mostrado a favor de un reflejo en la responsabilidad penal de las situaciones de necesidad y vulnerabilidad conectadas con la comisión del delito. En profundidad sobre los diferentes abordajes, Cigüela Sola, J. (2019). En prensa el libro colectivo *Derecho penal y situaciones de exclusión social*, coordinado por Cigüela Sola J. y Martín Lorenzo, M.

No resulta frecuente, pero tampoco aventurado, apuntar una disminución o decaimiento de la antijuridicidad de la conducta, en cuanto la situación de Angelina podría interpretarse como un conflicto de intereses, como una colisión entre males. Para Silva Sánchez es indiscutible que el hurto famélico conforma un estado de necesidad justificante, como también la ocupación de edificios públicos o viviendas vacías por parte de las personas sin recurso habitacional. Respecto a las denominadas “mulas”, afirma: “(c)iertamente, en muchos de estos supuestos de hecho puede constatarse la existencia de una situación de necesidad, así como que el mal causado —un delito suprajurídico individual— no es mayor que el que se trata de evitar —situación personal y familiar de grave penuria económica—” (2018, p. 89). Sobre la eximente de estado de necesidad (art. 20.5° CP) se incidirá más adelante.

No obstante, mayoritariamente se apunta a la culpabilidad, al reproche personal, en particular se alude a la inexigibilidad de otra conducta —presente en un estado de necesidad excluyente o en la eximente de miedo insuperable— para acoger el “conflicto motivacional” que se considera característico de estos supuestos. Como se resume en el artículo “Injusticia social y Derecho penal: a propósito de Angelina”, “(n)o solo condiciones bio-psíquicas particulares, sino también situacionales de exclusión social y vulnerabilidad personal pueden disminuir la capacidad de la persona para obedecer la norma penal, es decir, existiría, en palabras de Mir Puig, una “anormalidad motivacional”, “una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal” (2015, p. 559). Esta “anormalidad motivacional” usualmente determinará la anulación o merma de la capacidad de actuar de otro modo. Más allá de la afectación de la capacidad de actuar de otro modo, la inexigibilidad de otra conducta podría fundamentarse en consideraciones de naturaleza normativa que podrían situarse, por ejemplo, en el principio de igualdad. El propio Mir Puig aludía a que la culpabilidad que atiende a la anormalidad motivacional provocada por la situación contribuye a “una mayor realización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático” (Mir Puig, 2015, pp. 558-559). También Sánchez Dafauece acentúa el papel del principio de igualdad en el debate planteado (2016)” (Martínez Escamilla, 2023, p. 297). Como reflexiona Ferrajoli en Manifiesto por la igualdad, “(...) el principio de igualdad consiste, no solo en el valor asociado a las diferencias, sino también en el desvalor asociado a las grandes desigualdades materiales y sociales, que no atañen a la identidad de las personas, sino a sus desiguales condiciones de vida, que es por lo que deben ser eliminadas o cuando menos reducidas” (Ferrajoli, 2019, p.14).

El haber dado a luz recientemente, el desgaste físico y emocional de un postparto con el plus de dureza derivado de las especiales necesidades de un bebé prematuro, el estrés y la desesperación de no poder satisfacer las necesidades familiares básicas, el férreo control e intimidación cuanto menos ambiental a la que estuvo sometida, la extraordinaria rapidez con que se desarrollaron los hechos; sin olvidar que todo esto tuvo que ser soportado por una chica de 21 años. La edad constituye otro relevante factor de vulnerabilidad, en cuanto lleva aparejada una menor madurez en la ponderación de riesgos y toma de decisiones y una menor capacidad para sustraerse a la «captación» de los tratantes o desistir una vez bajo su férreo control e intimidación cuanto menos ambiental (Martínez Escamilla *et al.*, 2022, p. 10).

No se puede excluir apriorísticamente la afectación de la imputabilidad, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. En el caso de Angelina, tampoco resultaría descabellado traer a colación la eximente de alteración psíquica de artículo 20. 1º del Código penal, que no requiere que la afectación de imputabilidad venga dada por una enfermedad, bastando cualquier otra fuente de alteración. Lo determinante será ver el efecto que dichos factores hayan podido tener en la capacidad de respuesta de Angelina.

La sentencia de casación parece sugerir que se examine el caso a la luz de la eximente de estado de necesidad, lo que resulta cuanto menos curioso habida cuenta de su arraigada jurisprudencia, según la cual «se excluye, con carácter prácticamente general, la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los delitos contra la salud pública, en razón de la calidad del bien jurídico susceptible de ser lesionado y la desproporción de los bienes en conflicto»¹⁰. Esta doctrina ha sido ampliamente criticada por la doctrina¹¹ y ejemplificaría la impermeabilidad del Tribunal Supremo ante cuestiones que tienen que ver con la pobreza y la vulnerabilidad.

Es pronto para saber si la reciente Sentencia 692/2024, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2024:692), cuyo ponente es también Javier Hernández García puede interpretarse como el inicio de un cambio necesario. Aunque desestimatoria, la sentencia reconoce explícitamente que esta jurisprudencia “supone una suerte de virtual derogación por vía jurisprudencial del instituto del

¹⁰ Cita literal del ATS 83/2017, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:12377A), (FJ Único, c). Es una idea que se repite en numerosas resoluciones. Por todas, ATS 121/2021, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2021:2984A), (FJ 3º d); ATS 1520/2017, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:12147A) (FJ 3º).

¹¹ Vid, entre otros, Gil Nobajas, 2022, pp. 481 y ss; Molina Blázquez, Concepción, 2020, pp. 126 y ss.; Cigüela Sola, 2019, pp. 313 y ss.; Lorenzo Copello, 2019, pp. 25 y ss.; ; Martínez Escamilla, 2004, pp. 701 y ss.

estado de necesidad en relación con el delito de tráfico de drogas que no parece del todo compatible con los fines de protección político-criminal a los que responde la causa de justificación” (FJ 14°).

Por las circunstancias ya relatadas, y teniendo en cuenta las exigencias del artículo 20.5° CP ¹², a Angelina bien podría resultar aplicable la eximente de estado de necesidad. Como ha recordado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos (2021), la pobreza es una realidad plagada de efectos e interacciones que afectan a la dignidad de la persona y supone una lesión de derechos humanos: su relación con el analfabetismo, los efectos psicológicos como baja autoestima, sentimiento de exclusión, inseguridad, el mayor riesgo de entrar en contacto con actividades delictivas, etc. La salud psíquica y física se deteriora más rápido y la esperanza de vida es significativamente menor que la de la población normalizada. La pobreza se hereda, se transmite de generación en generación. Pero sus efectos, los males a los que no se puede hacer frente debido a la ausencia de medios, son también actuales e inminentes, como no tener acceso a una alimentación saludable o a una vivienda con unas condiciones mínimas de habitabilidad. La pobreza severa es un mal, una lesión de derechos humanos que afecta desproporcionadamente a mujeres y niñas (CEPAL, 2004, p. 38).

El requisito de subsidiariedad tampoco debería generar problemas. Angelina ya había explorado el sistema asistencial, inscribiéndose en el sistema SIS de aseguramiento gratuita para personas en situación de pobreza o pobreza extrema e insertando anuncios en Facebook solicitando trabajo urgente, siendo evidente la gran dificultad de encontrar un empleo compatible con el rol de cuidadora de su hijo de cuatro meses.

Afirmada la existencia de una situación de necesidad, habría que comprobar la concurrencia del primer requisito: que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Precisamente en la idea de “desproporcionalidad” pivota la jurisprudencia criticada, en la enorme diferencia axiológica que existiría entre los términos de comparación: por una parte el mal causado por la persona que transporta la droga, que se magnifica, imputándosele todos los males derivados del tráfico de drogas a nivel global y, de otra parte, los males a los que no se puede hacer frente debido a la situación de pobreza severa, que se invisibilizan. La doctrina científica ha puesto de

¹² Pormenorizadamente, sobre la concurrencia de los requisitos del estado de necesidad en situaciones de grave penuria económica, vid. Martínez Escamilla, 2004.

manifiesto lo inadecuado de esta forma de ponderar¹³ y la Sentencia 692/2024, de 25 de enero, parece mostrar cierta apertura a esta crítica: “(e)s 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 olvidar 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 consumen” (FJ 14). Así, a Angelina no se le pueden imputar todas las consecuencias del tráfico de estupefacientes. Angelina introdujo 474,80 gramos de cocaína, con una riqueza base del 80,10%, cantidad alejada del agravante de notoria importancia y sin virtualidad para influir en el mercado de la droga, ni en el precio, ni en la oferta. Angelina es el último eslabón de la cadena, una pieza fungible y reemplazable. Además, su conducta no sólo está distanciada —en el tiempo y en el entramado del tráfico— del momento del consumo, sino que su objetivo de introducir la droga en España se vio frustrado, lo que también ha de tenerse en cuenta a la hora de calibrar el daño causado, que no puede equipararse a todos los efectos del tráfico de drogas a nivel global. Así planteados los términos del conflicto, la desproporción deja de ser evidente y no cabe excluir el presupuesto de la eximente, sino que procederá la ponderación de los males enfrentados para determinar si el causado es o no mayor o igual que el que se trataba de evitar, habiendo alcanzado la discusión dogmática al respecto una gran complejidad¹⁴.

Son varias, pues, las alternativas para trasladar a la calificación jurídica la situación de Angelina. Han de tenerse en cuenta, además, las posibilidades que brinda la analogía a favor del reo, que permitirá salvar eventuales obstáculos derivados del tenor literal cuando se justifique la “identidad de razón”, es decir, de fundamento entre el supuesto analizado y los motivos que explican la eximente o atenuante a aplicar analógicamente. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 930/2010, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:6106) desestimó la casación contra la resolución de instancia que condenó por un delito de malversación con la atenuante analógica de estado de necesidad incompleto en atención a que la procesada había actuado acuciada por las deudas domésticas. Las pocas excepciones admitidas por el Supremo a la irrelevancia de la penuria económica en los delitos contra la salud pública venían canalizadas a través de la analogía en relación con la eximente incompleta de estado de

¹³ Una exposición pormenorizada de la comentada línea jurisprudencial y de las opiniones científicas al respecto, en Gil Nobajas (2022).

¹⁴ Sobre las dificultades y parámetros de esta ponderación, vid., por ejemplo, Martínez Escamilla (2004).

necesidad (así la Sentencia 806/2002, de 30 de abril [ECLI:ES:TS:2002:3095], o la 1325/1998, de 10 de noviembre [ECLI:ES:TS:1998:6604]).

La analogía es, por otra parte, una herramienta de la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha hecho un uso muy flexible, aplicando la atenuante analógica (actual art. 21.7ª CP), incluso cuando ni siquiera existe relación con ninguna de las atenuantes concretas previstas expresamente por el legislador. Se conecta en estos casos la aplicación analógica con cuestiones político-criminales o con la protección de algún derecho fundamental —que podrían situarse en la punibilidad como categoría—, como es el derecho a no sufrir dilaciones indebidas en el proceso penal, que dio lugar a la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas antes de su introducción en 2010 en el art. 21.6º CP. Precisamente el caso de Angelina reclama una perspectiva desde los derechos y si el principio de no punición no estuviera transpuesto en el art. 177 bis 11 CP —o faltara alguno de sus requisitos—, la atenuante analógica sería una herramienta apta para llevar a la calificación jurídica las consideraciones que explican dicho principio jurídico.

Bibliografía:

Cigüela Sola, J. (2019). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Tirant lo Blanch.

Chant, S., (2005). «¿Cómo podemos hacer que la “feminización de la pobreza” resulte más relevante en materia de políticas? ¿Hacia una “feminización de la responsabilidad y la obligación”?», en Mora, L; Moreno Ruíz, M .J.; Rohrar, T. (Coordinadores): *Cohesión social, políticas conciliatorias y presupuesto público: una mirada desde el género*, gtz-UNFPA, México, pp. 201-234.

Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Editorial Trotta.

Gil Nobajas, M S. (2022). “Tráfico de drogas y estado de necesidad: análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga”. En D. Benito Sánchez. y M. S. Gil Nobajas, *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, pp. 457-497

- Laurenzo Copello, P. (2019), “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-42.
- Martínez Escamilla, M. (2004). «Los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general», en E. Octavio de Toledo y Ubieto, M. Gurdíel Sierra y E. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004 pp. 701 y ss. Accesible en: <https://www.ucm.es/iusmigrante/file/art-mme-correos-de-la-coca?ver>, (última consulta: 30/03/2024).
- 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.C.; Etxebarria Zarrabeitia, X; Vieyra Calderoni, M. (2022). *Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo*. Accesible en E-Prints Complutense: <https://docta.ucm.es/entities/publication/9075fe0b-b50f-4828-9fcf-82e2107370e0>, (última consulta: 11/03/2024).
- Martínez Escamilla, M. (2023). “Injusticia social y derecho penal: a propósito de Angelina”, en Muñoz Sánchez et. al. (Directores), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo blanch, pp. 296-208. Accesible en <https://www.ucm.es/iusmigrante/file/martinez-escamilla?ver>, (última consulta: 11/03/2024).
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte General*, (10ª ed). Editorial Reppetor.
- Molina Blázquez, C. (2020). “Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles”. En D. Benito Sánchez y J. Gómez Lanz (Eds.), *Sistema Penal y Exclusión Social* Thomson Reuters Aranzadi.
- Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2019). Informe sobre Desarrollo Humano 2019. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI. Accesible en https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/co/UNDP_Co_PUB_hdr_2019_esp.pdf, (última consulta: 11/03/2024).

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones Unidas. 2010. *Principios y directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de personas*. Comentario, Nueva York y Ginebra, (fecha de consulta: 09/08/2023). Accesible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf, (última consulta: 11/03/2024).

Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. (2021). *La persistencia de la pobreza: cómo la igualdad real puede romper los círculos viciosos (A/76/177)*. Accesible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf, (última consulta: 11/03/2024).

Sánchez Dafaue, M. (2016). *Sobre el estado de necesidad existencial*. Tirant lo Blanch.

Silva Sánchez, J.M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier.

Unidad Mujer y Desarrollo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2004). *Entender la pobreza desde la perspectiva de género*. Accesible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/4cob4a6f-200c-4dc3-84b6-95c6fcbe9c18/content>, (última consulta: 11/03/2024).

Valle Mariscal de Gante, M. (2019). “La víctima de trata como autora de delitos. Dificultades para la exención de su responsabilidad penal”, *Crítica penal y poder*, N° 18, pp. 124-133

Valle Mariscal de Gante, M. (2022). “La sentencia de 2 de noviembre de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: un importante paso hacia adelante en la protección de las víctimas de trata”, *Diario La Ley*, N° 9986.

Villacampa Estiarte, C. (2022). “ El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos. Reconocimiento normativo y aplicación, *Diario La Ley* N° 10101.