

**RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, MARÍA MARTÍN LORENZO,
MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE
(Coordinadores)**

**LA TRATA DE SERES
HUMANOS: PERSECUCIÓN
PENAL Y PROTECCIÓN
DE LAS VÍCTIMAS**



MADRID
2015

LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS COMO AUTOR DE DELITOS: LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ART. 177 BIS 11

MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXIGENCIAS INTERNACIONALES.—III. LA EXCUSA ABSOLUTORIA.—1. Fundamento de la misma.—2. Elementos y requisitos de la excusa absolutoria.—2.1. *Cometido en la situación de explotación*.—2.1.1. Durante la explotación.—2.1.2. Antes del inicio de la explotación.—2.1.3. Una vez terminada su situación de explotación.—2.2. *Consecuencia directa de*.—2.2.1. Violencia.—2.2.2. Intimidación.—2.2.3. Engaño.—2.2.4. Abuso.—2.3. *Adecuada proporcionalidad*.—3. Problemas derivados de la no identificación de la víctima de trata.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la trata de seres humanos se desarrolla como una cuestión de gran complejidad que no se agota en el traslado de una persona para llevar a cabo determinadas conductas, ya sea sin mediar su consentimiento o habiendo mediado un consentimiento viciado. Por desgracia, el inicio de un proceso de trata significa, la mayor parte de las veces, que la víctima de dicho proceso tendrá que lidiar con numerosas situaciones ajenas a su voluntad y que en el marco de esa relación de sometimiento y ausencia de libertad, se verá obligada a llevar a cabo infinidad de actividades contrarias por completo a su libertad decisoria.

Muchas de las actividades que puedan llevar a cabo las víctimas de trata, no han de ser consideradas delictivas en sí mismas, puesto que lo que las hace jurídicamente reprobables no sería la conducta concretamente llevada a cabo, sino el hecho de que dicha conducta fuera fruto del abuso, coacción, violencia o engaño al que se ha sometido a la víctima. Estas actividades serían las desarrolladas en el marco de la prostitución, de la mendicidad o del trabajo irregular sin contar con autorización administrativa¹.

¹ Cuando hacemos mención a actividades irregulares, nos referiremos principalmente a las actividades que pueden considerarse penalmente relevantes. Es evidente que la víctima de trata las más de las veces será también in-

Ahora bien, no son estas las actividades en las que enfocaremos nuestro análisis. Cuando nos encontramos a una víctima de una red de trata, el tránsito que normalmente tiene que hacer desde su lugar de origen hasta el de destino², con independencia de que nos encontremos con una trata interna, facilitan la comisión de determinados delitos, como puede ser el uso de documentación falsa o el tráfico de drogas, su sometimiento y la anulación de su voluntad son tan absolutas, que se vuelven presa fácil para que los tratantes las utilicen y a partir de diverso grado de coacción y /o amenazas y/o engaño, las conviertan en autoras de muchos y variados delitos. La comisión de dichos delitos, de nuevo no viene determinada por la libertad de la víctima de llevarlos a cabo³, tal y

migrante irregular, por lo que a partir de ahí se abren las compuertas de las irregularidades administrativas, pero ese tipo de conductas antijurídicas no son las que nos van a ocupar en el presente trabajo, puesto que exigen una vía de solución distinta a la aquí analizada. Con independencia del contenido del art. 177 bis, el art. 59 de la Ley de Derechos y libertades de los extranjeros en España, prevé la posibilidad de declarar a sus víctimas «conforme a lo previsto en el art. 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, exentas de responsabilidad administrativa, con la siguiente facilitación del retorno o de la autorización de residencia y trabajo, siempre que concurren circunstancias excepcionales relacionadas con su cooperación con los fines de la investigación o de las acciones penales, con su situación personal o con las posibilidades de su integración social». Así mismo, en el artículo 59 bis de la misma norma prevé también la posibilidad de declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal.

² Sabemos que la esencia del delito de trata de seres humanos no depende de un traslado de la víctima, aunque éste puede darse y ser transnacional, e incluso puede producirse entre países en los que el cruce de fronteras sea libre (caso de los países de la UE para los nacionales de los países miembros) y esa es una de las cuestiones que distinguen a este delito de los delitos relacionados con la inmigración ilegal. A pesar de que ha sido común la identificación entre víctima de delito de trata con inmigrante irregular, y es cierto que un gran número de las víctimas de trata son inmigrantes en situación administrativa irregular. En muchos casos ante el gran número de requisitos necesarios para acceder a los países de destino el migrante se enfrenta a la imposibilidad de cumplirlos o de incorporarse a alguna red migratoria, por lo que es posible que acabe convirtiéndose en víctima de una red de trata, al ser el desplazamiento migratorio el enganche para su explotación ulterior. Ahora bien, esta forma de actuar no ha de identificarse directamente con la realidad mayoritaria, puesto que estadísticamente puede comprobarse que un gran número de las víctimas de trata en nuestro país proceden de Europa, y por tanto no son inmigrantes irregulares (es el caso de las víctimas de explotación sexual que en gran número proceden de Rumanía y de las víctimas de explotación laboral que proceden de Portugal), DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, p. 34. Además, en ciertos casos parece que esta identificación se produce con el objeto de enmascarar la aplicación de políticas de inmigración restrictivas, en este sentido, MAQUEDA ABREU, 2007, así como VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 219, nota 9, pp. 236 y 243. En la prácticamente unánime identificación entre la inmigración irregular y los delitos de trata de seres humanos entra también en juego un tercer elemento, cuando se tiende a identificar la trata de seres humanos con el ejercicio de la prostitución. Ni todas las víctimas de trata son explotadas en el marco de la prostitución, ni todas las personas que ejercen la prostitución son víctimas de trata. Analiza detalladamente esta identificación VILLACAMPA ESTIARTE, afirmando que se trata de un reflejo más de las tendencias abolicionistas sobre la prostitución, 2012, pp. 215 y ss. El abuso, por tanto que se lleva a cabo de la triple identificación inmigrante irregular+ víctima de trata+ prostituta, se desprende en muchas ocasiones tanto de la confusa regulación legal como de las políticas llevadas a cabo para la erradicación de dichos fenómenos.

³ En cuanto a si la víctima realiza determinadas actividades delictivas por propia voluntad o no se incidirá más adelante. Baste adelantar que en muchos casos lo que parece una toma de decisión autónoma de la víctima no puede calificarse como tal y siempre es el resultado de una situación de abuso y por tanto la culminación de un estado de desesperación y angustia.

como no lo ha sido su ingreso en la red de trata, pero se ve obligada a llevarlos a cabo por multitud de razones.

La comisión de delitos dentro del marco de la relación de sometimiento de la víctima de la red de trata, no solo supone que el tratante se aproveche de dicha situación de dominación, sino que a partir de la comisión de determinados ilícitos, consigue coaccionar y amenazar en mayor medida a la víctima (aunque hay casos en los que es dudoso como podría alcanzarse un nivel mayor de control y dominio), puesto que la comisión de un primer delito sirve como excusa para amenazar a la víctima con la delación a las autoridades locales, que, siempre en boca del tratante, se caracterizan por su corrupción y habitual abuso de los delincuentes extranjeros, por lo que la permanencia en el marco de la red de trata, siempre será más beneficiosa para la víctima.

Este elemento coactivo puede complementar el resto de acciones destinadas a lograr el sometimiento de la víctima. Es habitual que cuando la víctima todavía no es consciente de que se encuentra dentro de una red de trata, el tratante (todavía aparentando ser su amigo y persona en la que puede confiar), le pide que le ayude a llevar a cabo cierta actividad (normalmente tráfico de determinadas sustancias), puesto que la víctima no será sospechosa de hacerlo y así no tendrán ningún problema en alcanzar su destino. De esta manera se vincula de forma más intensa a la víctima que no solo se encuentra atada por la violencia que sobre ella se ejerce, la ausencia de documentación, muchas veces el desconocimiento del idioma del país en el que se encuentra y el completo desarraigo que tiene allí, sino que, además, ha de enfrentarse al hecho de que es una delincuente, cualidad que el tratante explotará y potenciará tanto en beneficio propio como de la red de trata⁴.

Todas estas situaciones van a ser objeto de análisis en lo que sigue y se valorarán las posibilidades que frente al Derecho penal ostenta la víctima que ha cometido un delito. Ahora bien, este análisis no sólo puede tener en cuenta una perspectiva criminocéntrica, en el sentido de una cuestión que atañe de manera prácticamente exclusiva al Derecho penal. Desde dicha perspectiva sólo se realiza un enfoque parcial del problema, dado que se aborda el flanco de la persecución del delito, pero no de la prevención de las conductas o de la protección de la víctima⁵. El análisis se realizará compartiendo el enfoque de derechos humanos que impregna desde hace un tiempo

⁴ La criminalización de las víctimas de trata consigue que se limite el acceso de las víctimas a la justicia y protección y disminuye la posibilidad de que revelen a las Autoridades su victimización, *Manual para la Lucha contra la trata de personas*, Naciones Unidas, Oficina para la lucha contra la droga y el delito, p. 107.

⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 7.

todo el estudio y concepción de la realidad del comercio de seres humanos⁶. Esta perspectiva obliga a todos los participantes en el proceso de detección, prevención, análisis, persecución y protección de la trata y sus víctimas a «examinar, en todas y cada una de las etapas, las repercusiones que una ley, una política, una práctica o una medida pueden tener en las personas que han sido objeto de trata o son vulnerables a ella»⁷. De esta forma, nos obligamos a tener en cuenta los intereses de la víctima en primer lugar, para poder defender adecuadamente sus derechos y libertades fundamentales, incidiendo más en el carácter de conducta lesiva que para los sujetos pasivos que la padecen ha supuesto, que en su condición de conducta con relevancia penal⁸, de tal manera que el análisis de la comisión de determinados ilícitos penales pueda suponer el inicio de una criminalización secundaria aislada por completo del proceso de trata en el que se encuentra inmersa⁹.

II. EXIGENCIAS INTERNACIONALES

La posibilidad de exonerar a la víctima de un delito de trata de seres humanos que haya cometido un ilícito penal, se deriva directamente de los contenidos de las normas de carácter internacional, por lo que la presencia de la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis 11, no es sino el reflejo de la respuesta del Legislador español a los requerimientos llevados a cabo por las instancias internacionales en cuanto a la trata de seres humanos se refiere¹⁰.

⁶ Con independencia de que las primeras normas de carácter internacional (Protocolo de Palermo por ejemplo) estuvieran claramente impregnadas de un tinte neabolitionista, por considerar que toda persona que ejercía la prostitución era ya directamente víctima de trata de seres humanos, las normas posteriores que vinculan a nuestro país no han padecido dicha influencia, por lo que el abordaje victimocéntrico que realizan no tiene por qué identificarse con la protección a supuestas víctimas cuya libertad de elección simplemente se desconoce en aras a la protección de una supuesta moral superior, sino con la efectiva tutela de quienes se ven sometidos a un real proceso de trata de seres humanos. VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, pp. 2 y ss.; LA MISMA, 2012, p. 224.

⁷ *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas 2010, p. 3.

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 8.

⁹ Tal y como indica VILLACAMPA ESTIARTE, la incorporación de la excusa absolutoria del apartado 11 del art. 177 bis es una manifestación más de la actual aproximación de carácter más centrado en la víctima y por tanto más integral. En concreto, la exigencia de no hacer responder a la víctima por los delitos cometidos en fase de explotación es el derivado lógico de la necesidad de tratar a la víctima como tal, no como a un criminal; VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, pp. 474 y ss. El Legislador parece reconocer esta necesidad no solo con la inclusión del propio artículo sino con la interpretación que de dicha inclusión hace en la exposición de motivos, en la que indica que «el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren».

¹⁰ La profusión de documentos, directivas, protocolos y recomendaciones que en la última década han tenido por objeto, ya sea principal, ya sea secundario, la trata de seres humanos, es prácticamente inabarcable. De ello se desprende la importancia que a este tema concede el Ordenamiento internacional y la responsabilidad que todos los países deben asumir para alcanzar el objetivo de represión total de la trata de seres humanos.

La aproximación al fenómeno de la trata de los organismos internacionales llevado a cabo desde la perspectiva de defensa de los derechos humanos y del enfoque victimocéntrico¹¹ se realiza atendiendo a tres grandes objetivos: prevención, protección y persecución («La Política 3P»). En lo que a la exención de responsabilidad de las víctimas autores de delitos se refiere, es el segundo de los objetivos el que contiene las estrategias específicas orientadas a lograr la protección de las víctimas. En relación con el cumplimiento de dicho objetivo, es indispensable que se asegure que las víctimas tengan acceso adecuado a formas de reparación, incluyendo asistencia, protección y compensación, con independencia de su capacidad o voluntad para testificar en un hipotético proceso penal¹².

La primera vez que en atención a ese enfoque más centrado en los Derechos humanos y con enfoque victimocéntrico, se introducen consideraciones relevantes sobre el tratamiento y actuaciones en relación con la víctima de trata de seres humanos como autora de delitos y con el que podemos encontrarnos, es el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de seres humanos de 2005, más conocido como Convenio de Varsovia¹³. En concreto, el artículo 26 del mencionado Convenio ya contenía la denominada «Disposición de no sanción: Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas». De esta manera se incluía la exigencia de que los Estados que adoptaran las previsiones del Convenio establecieran medidas para que no se criminalizara a la víctima por los hechos delictivos cometidos durante su explotación¹⁴.

¹¹ Los instrumentos internacionales que con anterioridad enfrentan el tema de la trata de seres humanos desde una perspectiva únicamente criminocéntrica y por tanto de la represión del delito son de imposible reproducción en el presente trabajo, tanto por el número de los mismos como por el hecho de que desde dicha perspectiva nada se dice del tratamiento de la víctima como posible autor de delitos. Valgan como ejemplos el Protocolo de Palermo de 2003 que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio. La ausencia en estas normas de previsiones expresas respecto a la exoneración de la víctima de trata autora de delitos no impide valorar muy negativamente la desatención que a los instrumentos internacionales dedicó el legislador español en lo referente a la trata de seres humanos hasta su regulación como delito autónomo en 2010.

¹² Los instrumentos internacionales además de insistir en la necesidad de exoneración de la víctima por los posibles delitos cometidos, también incluyen otras medidas que pueden llevarse a cabo en el marco de la investigación penal y del propio proceso: derecho a ser respetadas, derecho a ser informadas y asesoradas de manera comprensible, el derecho a la intimidad y protección (técnicas no inquisitoriales para interrogar a las víctimas, evitar la confrontación de las víctimas con el ofensor, etc), así como el derecho a la indemnización.

¹³ El Convenio de Varsovia, puede considerarse como la primera norma de carácter internacional con enfoque victimocéntrico, puesto que implicaba la previsión de obligaciones de contenido positivo de los Estados para con las víctimas de trata, lo que ha fundamentado la tardanza de muchos países en su firma y ratificación.

¹⁴ Artículo 26. Disposición de no sanción. Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas. VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 241.

Este artículo 26 fue el que inició el camino para la posterior exigencia de no sanción a las víctimas de trata de seres humanos en todos los documentos de carácter internacional.

En los documentos de trabajo de la Organización de Naciones Unidas¹⁵, se incluyen multitud de referencias a los supuestos en los que la víctima ha llevado a cabo la comisión de hechos delictivos y de qué manera puede superarse la posible imputación criminal¹⁶. Del mismo modo, se establece como una necesidad de cara a la lucha eficaz contra los delitos de trata de seres humanos, que los Estados se aseguren de que las víctimas no son detenidas, acusadas o procesadas ni en las vulneraciones de las leyes de inmigración ni en los delitos en los que hayan podido intervenir como consecuencia directa de su condición de víctimas de trata.

Es ya en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas de 2009 en la que comienza a cristalizar efectivamente el planteamiento victimocéntrico desde un enfoque integral y en su sexto considerando contiene la siguiente recomendación. «Las víctimas deberán ser protegidas contra el enjuiciamiento y el castigo, tras una decisión de la autoridad competente, por los delitos en los que se hayan visto implicados como consecuencia directa de ser objeto de los medios ilícitos empleados por los tratantes de seres humanos tales como infracciones de las leyes de inmigración, uso de documentos falsos, o delitos contemplados por las leyes relativas a la prostitución. Un objetivo adicional de tal protección es animarlas a actuar como testigos en procedimientos penales»¹⁷.

Debido a la caducidad de dicho documento gracias a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas en 2010. Dicho documento, en relación con la incriminación de las víctimas de trata de seres humanos por los delitos que hubieran podido cometer, amplía las previsiones que contenía la propuesta anterior. En su recomendación número 7 indica que: «Las víctimas de la trata de seres humanos, conforme a los principios básicos de los sistemas jurídicos de los Estados miembros pertinentes, deberán

¹⁵ Manuales sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, UNODOC, elaborados en 2010.

¹⁶ Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la Justicia penal, Módulo 11, p. 6.

¹⁷ Por desgracia, y a pesar de lo novedosas y correctamente orientadas que eran las propuestas contenidas, la iniciativa caducó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, debido a la desaparición de la estructura de pilares así como la extensión del procedimiento legislativo ordinario a este supuesto de ahí que no bastase con la mera modificación formal de la propuesta ya formulada. VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 29.

ser protegidas contra la incriminación o castigo por actividades delictivas que se haya visto compelido a cometer como consecuencia directa de ser objeto de tráfico de seres humanos, tales como el uso de documentos falsos, o delitos contemplados por las leyes relativas a la prostitución o la inmigración. El objetivo de tales medidas de protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, para evitar una mayor victimización y para animarles a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Esta protección no excluye la persecución o castigo por delitos en los que una persona haya cometido o participado voluntariamente»¹⁸. De esta manera, se prevé un alcance más amplio de la presente disposición relativa a la no imposición de penas a las víctimas por su implicación en actividades delictivas, con independencia de los medios ilícitos empleados por las personas implicadas en la trata de seres humanos¹⁹.

Tras la aprobación de dicha propuesta de Directiva, se aprobó la correspondiente Directiva 2011/36/UE de 5 de 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 2001/629/JAI. En su artículo 14 se incluye la siguiente obligación: «Debe protegerse a las víctimas de la trata de seres humanos, de conformidad con los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros correspondientes, contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas tales como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Esta salvaguarda no debe excluir el procesamiento o el castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria»²⁰. Esta disposición es más am-

¹⁸ Propuesta de Directiva 2011, p 11.

¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 31.

²⁰ En el comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea realizado asimismo en 2011, se incluye entre sus objetivos la recomendación general de «no penalización de la víctima» (p. 6) y más en concreto en su artículo 8, donde establece lo siguiente «Al transponer la Directiva, los Estados miembros pueden considerar la inclusión de una disposición que garantice que las (potenciales) víctimas de trata no sean detenidas, acusadas, procesadas o sancionadas, ni que de cualquier otra forma se les imputen los actos y delitos cometidos por ellas como aparte del delito de trata. Estos delitos deben incluir, *inter alia*, la entrada, salida o estancia ilegales, el trabajo sin la documentación necesaria al efecto, el uso fraudulento de documentos de viaje o de identidad, la carencia de éstos o la participación en actos ilícitos, incluida la prostitución cuando ésta sea ilegal. Tal disposición debería aplicarse independientemente de la capacidad o la disposición de las víctimas a cooperar con las autoridades, e incluir la no penalización de las personas necesitadas de protección internacional a causa de su entrada o permanencia ilegal en la Unión Europea. En los sistemas jurídicos en los que el procesamiento es discrecional podría incluirse una disposición similar en las directrices dirigidas a los fiscales. Al transponer la Directiva a su legislación nacional, se anima a los Estados miembros a asegurar que la no aplicación de “sanciones” se establece tanto para las sanciones penales como para las sanciones de carácter administrativo. Los Estados también pueden

plia que la del Convenio de Varsovia dado que no solamente contempla la posibilidad de establecer una excusa absolutoria sino que contiene la posibilidad de que la víctima no llegue siquiera a ser enjuiciada, por lo que presenta no solo un carácter sustantivo, sino también procesal. Aun así, limita las posibilidades de aplicación, puesto que exige que la víctima se haya visto obligada a cometerlos como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el art. 2¹. Esta Directiva todavía no ha sido traspuesta al Derecho español, aunque el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013, ya contiene algunos de los elementos indicados en ella, aunque no los directamente relacionados con la excusa absolutoria, puesto que en esencia se puede considerar que lo indicado en dicha Directiva está ya contenido en el apartado 11 del art. 177 bis²².

Todas estas exigencias se establecen con independencia de que finalmente la víctima decida colaborar con la Justicia²³. Ahora bien, el hecho de que la víctima pueda no responder por los ilícitos penales cometidos, choca de pleno con el hecho de que la Normativa europea, en concreto la Directiva 2004/81/CE condiciona la expedición del permiso de residencia a las víctimas de trata de seres humanos que sean nacionales de un tercer país, a su colaboración con la Administración de Justicia en su persecución de estos delitos, precedido de la concesión de un periodo de reflexión, principalmente orientado, más que a la colaboración de la víctima a que ésta decida si quiere o no colaborar²⁴. Por tanto, sin incluir la exigencia de colaboración para aplicar las políticas de exención de pena, pero exigiendo dicha colaboración para la concesión de los permisos de residencia y trabajo, se está condicionando igualmente a la víctima, que verá únicamente reconocido su derecho a ser tratada como tal, sólo y únicamente si colabora, puesto que en caso de no hacerlo, puede que no sea castigada por un ilícito penal, pero no le será posible permanecer en el país en el que ha

considerar la inclusión de disposiciones que garanticen que las (potenciales) víctimas de trata no sean detenidas en albergues cerrados o en otras instituciones de acogida más allá de las exigencias de necesidad, legalidad y proporcionalidad y que, si se acuerda la detención como último recurso, que se cumplan las garantías legales exigidas. El tratamiento de los menores debe seguir la determinación del interés superior de éstos».

²¹ VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 45.

²² En el Proyecto de 2013 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal el contenido de la excusa absolutoria permanece exactamente igual que en la regulación actual, pero al incorporarse nuevas formas de explotación, tales como la explotación para la comisión de delitos, puede verse afectada directamente la aplicación de la excusa, dado que los delitos ya no serán realizados en la situación de explotación, sino que directamente serán el objeto de la explotación misma. También será relevante que los medios comisivos expresamente dispuestos por el propio delito de trata se hayan ampliado, mientras que no se ha hecho lo mismo con las circunstancias en las que la víctima pueda haber sido obligada a cometer un ilícito penal, que continuarán siendo la violencia, la intimidación el abuso o el engaño.

²³ Tal y como se reconoce en la Disposición de no sanción contenida en el artículo 26 del Convenio de Varsovia.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 242.

sido explotada y permanecía de manera irregular²⁵. Sería deseable, por tanto, que las medidas de carácter penal se acompañaran de una protección global de la víctima en el marco del procedimiento penal, con independencia, repetimos, de su colaboración.

III. LA EXCUSA ABSOLUTORIA

El Código penal, en su artículo 177 bis que regula el delito de trata de seres humanos, contiene en su último apartado la siguiente regulación:

177 bis 11: «Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado»²⁶.

Nos encontraríamos aquí con una de las denominadas excusas absolutorias²⁷. Mediante la misma se persigue la no incriminación de la víctima por delitos cometidos en el marco de una situación de explotación²⁸ derivada de la propia situación de trata de seres humanos.

²⁵ En este sentido el Legislador español ha incluido el art. 59 bis en la LO sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España, el posible otorgamiento del permiso de trabajo y residencia a las víctimas por circunstancias excepcionales.

²⁶ La excusa absolutoria no aparecía incluida en el Proyecto de reforma del Código penal y se introdujo a raíz de una enmienda del Grupo parlamentario Socialista en el Congreso. La enmienda estaba redactada como sigue: «la víctima de la trata de seres humanos quedará exenta de responsabilidad criminal por los delitos en los que haya participado como consecuencia de su situación». Incluir la exigencia de que los delitos se hubieran cometido como consecuencia de sus situación de explotación, habría complicado sobremanera la aplicación de la excusa, por lo que podemos considerar, en este aspecto, más afortunada la regulación final. De todas maneras, su recepción por la doctrina no puede calificarse como feliz, puesto que se le achaca escaso respeto por la seguridad jurídica. En este sentido, véase MANZANARES SAMANIEGO, 2010, p. 218.

²⁷ Tal y como reza la comúnmente utilizada definición de SILVELA para las excusas absolutorias, podemos confirmar que se cumple a la perfección en nuestro caso: «además de las causas de justificación e inimputabilidad, que eximen de responsabilidad criminal al autor de un delito, existen otras causas en las que la exención aparece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a lo que hemos llamado política dentro del Derecho penal. Considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aún conociendo que existe delito, y que hay personas que de él pudieran responder (...) Estas causas, que no tienen denominación especial en nuestro Derecho, pueden ser, con bastante propiedad, designadas bajo el nombre de excusas absolutorias». SILVELA, 1903, pp. 201 y ss.

²⁸ Como se analizará más adelante, es un detalle a estudiar del propio apartado 11 que lo que el Legislador ha querido dejar exento de pena, han sido las conductas que se lleven a cabo a consecuencia de la situación de explotación, lo que puede platearnos el conflicto con aquellas actividades ilícitas que se lleven a cabo cuando es real la posición del sujeto como víctima de trata, pero aún no ha comenzado su contexto concreto de explotación.

1. Fundamento de la excusa

Cuando el Legislador español decide introducir el nuevo artículo 177 bis en el Código penal español y con ello dar respuesta a los requerimientos internacionales²⁹, decide llevarlo a cabo, como ya se ha indicado, mediante la inclusión de una excusa absolutoria en el apartado 11 del mencionado artículo.

La presencia de una excusa absolutoria muestra que el Legislador entiende que la pena, por razones o circunstancias de mera utilidad o conveniencia, no está indicada ni desde el punto de vista de la prevención general ni desde el punto de vista de la prevención especial³⁰. Se renuncia a la finalidad de la prevención general puesto que se considera que en los casos que concurre la excusa no sería precisa y necesaria la pena puesto que no se ha producido una alarma social, y por la falta de repercusión del hecho concreto; por otro lado, la colectividad no se escandalizará por la impunidad porque es comprensible no exigir el castigo en los supuestos en los que se da una excusa absolutoria. Puede afirmarse que en estos casos la imposición de la una pena causaría más perjuicio a la convivencia que el otorgamiento de una «indulgencia»³¹. Desde el punto de vista de la prevención especial tampoco resulta necesaria la imposición de una pena, puesto que la evitación de los delitos futuros y con ella la readaptación del delincuente no depende de la imposición o no de una pena.

En el supuesto que nos ocupa, es evidente que, entendiendo que los sujetos activos de los determinados delitos son víctimas de trata de seres humanos, no se produce la alarma social que exige el castigo inmediato; la sociedad en su conjunto comprende las circunstancias que han obligado a la víctima a llevar a cabo el delito y asume el hecho de que en la representación dual de víctima como autor de un delito, prime el factor víctima sobre el de sujeto activo y por tanto no sea castigada. Por otro lado, también resulta evidente que el delincuente no necesita la imposición de la pena para evitar la comisión de delitos futuros ya que su readaptación sólo depende del efectivo abandono de la red de trata y con ello de la explotación³².

²⁹ Reconoce el Legislador que la reforma se introduce para satisfacer las exigencias internacionales en la propia exposición de motivos.

³⁰ HIGUERA GUIMERÁ, 1993, p. 67.

³¹ HIGUERA GUIMERÁ, 1993, p. 68.

³² Esto será así en la mayoría de los supuestos, aunque en algunos de ellos, tal y como se analizará más adelante, la víctima decide intervenir en un ilícito penal por no conocer nada más allá de la red de trata, por lo que la readaptación no se consigue con el mero abandono de la red.

En este caso se trataría, por tanto, de una circunstancia cuya concurrencia excluye la punibilidad³³; la presencia de los elementos descritos en el apartado 11 del artículo 177 bis impide el castigo por el hecho cometido.

Las excusas absolutorias, y ésta en este sentido no es diferente a las demás, son circunstancias directamente relacionadas con la persona del autor, y han de concurrir en el momento de la ejecución del delito³⁴. No afectan al bien jurídico protegido, ni al modo de cometerse el delito, ni a la actitud del autor frente al Derecho, según aquella se manifieste en el hecho, sino que se sitúan más allá del injusto y la culpabilidad³⁵. Al encontrarse fuera de los dos elementos principales que componen el sistema del delito, no es necesario que sean abarcadas ni por el dolo del autor ni por su conocimiento de la prohibición. Además, su aplicación se restringe al sujeto en el que han concurrido los elementos descritos, y en ningún caso³⁶ pueden aplicarse a los partícipes del hecho³⁷. De todas formas, dado que el hecho sigue siendo un delito, cabría invocar las correspondientes causas de justificación para impedir los mismos³⁸.

Por regla general, cuando el Legislador decide introducir una excusa absoluta tiene en cuenta la índole del delito respecto al cual concurren los requisitos que han afectado a un determinado bien jurídico, así como las consideraciones de utilidad o conveniencia y de política criminal (principalmente el carácter heterogéneo y/o transitorio de la conducta que esté analizando)³⁹.

Estos son los elementos que, a primera vista, parece que han influido en el hecho de que el Legislador decida atenerse a las obligaciones impuestas desde instancias

³³ Siguiendo la terminología alemana, se trataría de causas de exclusión de la pena, que concurren al tiempo del hecho, por contraposición a las causas de levantamiento de la pena, que no se producen hasta después de haberse realizado la acción punible y eliminan con carácter retroactivo la punibilidad ya existente.

³⁴ HIGUERA GUIMERÁ, 1993, pp. 40 y ss.; FARALDO CABANA, 2000, pp. 51 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, 2004, p. 41.

³⁵ JESCHECK, 1997, pp. 500 y ss.; MIR PUIG, 2011, p. 151, son circunstancias que impiden castigar a una determinada persona, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho ni, por tanto, la punibilidad de otras personas que puedan participar en él.

³⁶ Partimos de la base de que en el caso del apartado 11 del art. 177 bis se describe una excusa absoluta de carácter personal y no una de las denominadas excusas objetivas, cuyo marco de acción es en ese sentido más amplio, puesto que se les reconocen efectos similares a los de las causas de justificación en el ámbito de la participación. BACIGALUPO, 1983, p. 41; ROXIN, 1997, p. 971. La existencia de una causa personal u objetiva de exclusión de la pena depende de si las razones que justifican la exclusión de la pena para el autor son efectivas únicamente para él, respondiendo los partícipes aunque el autor principal quede exento de pena o bien pueden hacerse extensivas a los partícipes, extendiéndose a ellos el efecto excluyente. FARALDO CABANA, 2000, pp. 52 y 53; ROXIN, 1997, p. 978.

³⁷ HIGUERA GUIMERÁ, 1993; BACIGALUPO, 1983, p. 41; FARALDO CABANA, 2000, pp. 51 y 53; MORENO-TORRES HERRERA, pp. 40 y ss.; GIL GIL et al., 2011, p. 691 y ss.

³⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., 2010, p. 361.

³⁹ HIGUERA GUIMERÁ, 1993, pp. 65 y ss.

internacionales para regular la excusa absolutoria tal y como lo ha hecho. En principio suelen ser conductas que aunque atenten contra bienes jurídicos relevantes (patrimonio, salud pública, etc), lo hacen desde su potencial lesivo mínimo y presentan un carácter transitorio muy marcado, puesto que se circunscriben a la situación de explotación de la víctima. Ahora bien, una cuestión interesante a la hora de analizar estas excusas absolutorias, es tener en cuenta porqué el Legislador, para excluir la responsabilidad de la víctima por los delitos que pueda haber cometido, ha decidido introducirla en el articulado de nuestro código⁴⁰. Es evidente que cuando no se pueda aplicar la excusa absolutoria, siempre quedarán como opciones abiertas tanto el estado de necesidad como el miedo insuperable⁴¹, por lo que podemos considerar ambas como clausulas subsidiarias respecto del art. 177 bis 11. De hecho, es el propio apartado 11.º, el que indica que se aplicará la excusa absolutoria «sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales». Ahora bien, si estas se pueden aplicar cuando no es posible aplicar la excusa absolutoria, significa que también podrán aplicarse cuando se dan los requisitos de esta última. Entonces, ¿por qué ha decidido el Legislador crear esta exención de responsabilidad para las víctimas de trata con una serie de requisitos que pueden no cumplirse en determinados casos y que por tanto se reconducirán por la vía de una causa de justificación, y no hacer que todos los supuestos en los que la víctima cometa un delito en el marco de una red de trata se analicen bajo el prisma de una causa de justificación o de exculpación⁴²? ¿Resulta preferible que se considere que existe un delito, es decir una conducta típica, antijurídica y culpable, pero que el Legislador juzga conveniente no castigar mediante la imposición de una pena⁴³, a afirmar que nos encontramos con conductas que no son antijurídicas o que no son culpables? Es evidente que el Legislador ha preferido la primera opción⁴⁴,

⁴⁰ En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, 2010, p. 218, considera que la introducción de la excusa se presenta como absolutamente innecesario, ya que podrían aplicarse las reglas generales de exención de pena a través de las causas de justificación o de exculpación, y en el caso del apartado 11 del art. 177 bis, no se distingue, ni siquiera entre la naturaleza de los delitos contenidos.

⁴¹ Por determinados autores se entiende que la introducción de la excusa absolutoria en nuestro articulado se deriva directamente de la inaplicabilidad tanto del estado de necesidad como del miedo insuperable, y que la propia redacción de la excusa, lo que busca es no solaparse con ambas figuras, Memento Reforma penal 2010, p. 87, mientras que otros autores indican que de no existir la excusa absolutoria todos estos casos se reconducirían a supuestos de estado de necesidad y miedo insuperable. VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, pp. 474 y ss.

⁴² Tal y como afirmaba QUINTANO, en las causas de justificación no hay delito, en las causas de inimputabilidad hay delito pero no delincuente, y en las excusas absolutorias hay delito y delincuente pero falta la pena. QUINTANO RIPOLLÉS, 1963, pp. 406 a 408.

⁴³ LUZÓN PEÑA, mantiene que al tratarse de circunstancias personales del autor que deben concurrir en el momento del hecho, es posible sostener que son circunstancias que afectan al significado del hecho mismo y que excluyen su calificación como delito en sentido amplio. Voz Punibilidad, NEJB, p. 5424.

⁴⁴ Afirma TERRADILLOS BASOCO que el hecho de haber incluido el apartado undécimo la excusa absolutoria tal y como se ha hecho y con los requisitos que se exigen, parece demostrar que el legislador quiere abrir unas po-

ahora bien, en los casos en los que no se cumplen los requisitos establecidos para la excusa absolutoria, como pueden ser los supuestos en los que sea imposible confirmar la «adecuada proporcionalidad»⁴⁵ que ha de darse entre el delito cometido y la situación de trata, necesariamente, para proceder a una exención de responsabilidad de la víctima, tendremos que orientar nuestro análisis al estado de necesidad o al miedo insuperable, por lo que el Legislador manda el mensaje de que los delitos menores, los que no presentan un problema de «adecuada proporcionalidad» continúan considerándose delitos, con todas las consecuencias que de ello se deriva, mientras que las conductas delictivas más graves, y que, por tanto, no cumplen con la adecuada proporcionalidad serán consideradas o bien conforme a la norma o exculpantes, por lo que sus consecuencias serán tal vez más benignas no solo para el propio autor, sino incluso para los partícipes en dicho delito⁴⁶.

En este sentido, da la impresión de que la elección del Legislador tienen mayor relación con el hecho de que haya querido cumplir de manera más literal con las exigencias internacionales, más que con el hecho de que pueda considerar estos supuestos como delitos estricto sensu pero que no necesitan la imposición de una pena, que como acciones que no la merecen.

2. Elementos y requisitos de la excusa absolutoria

2.1. COMETIDO EN LA SITUACIÓN DE EXPLOTACIÓN

El primero de los requisitos contenidos en el art. 177 bis 11, es que el delito que va a ser objeto de exoneración se haya cometido en la situación de explotación, de tal manera que parece necesario aclarar qué entendemos por ilícitos cometidos en la situación de explotación y si sería posible incluir otra serie de acciones realizadas durante la permanencia de la víctima en la red de trata y que sin embargo no puedan identificarse con la actividad de explotación. En este sentido por tanto, distinguir-

sibilidades extintivas más amplias que las de las propias causas de justificación o de exculpación, puesto que en otro caso carecería de sentido. TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 217.

⁴⁵ Tengamos en cuenta que, tal y como se analizará más adelante, la excusa absolutoria no admite la posibilidad de aplicación incompleta, por lo que si no se dan todos sus elementos será de imposible aplicación, y habrá que valorar la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por la vía de las causas de justificación o de exculpación.

⁴⁶ Las similitudes entre las causas de justificación y exculpación son mayores cuando las comparamos con las causas objetivas de levantamiento de pena, que pueden ser invocadas incluso para los partícipes. En el caso de las causas personales las diferencias entre las anteriores y las excusas absolutorias son mayores. En este sentido, BACIGALUPO, 1983, pp. 79 y ss., y FARALDO CABANA, 2000, p. 80.

mos los ilícitos cometidos en la situación de explotación, los cometidos antes de que comience la situación de explotación y los que se llevan a cabo una vez terminada la situación de explotación o para evitarla.

2.1.1. *Durante la explotación*

Mientras la víctima lo es de la red de trata, lo normal es que lleve a cabo una serie de ilícitos penales derivados directamente de su situación como víctima. Estos ilícitos no tienen por qué cometerse únicamente en la situación de explotación. La exigencia que contiene el art. 177 bis de que las infracciones penales se hayan cometido en el marco de la situación de explotación sufrida puede contribuir a generar mayor confusión, puesto que si se interpreta o restringe únicamente a las actividades realizadas en el marco de la actividad para la que principalmente ha sido captado, puede que sea imposible amparar muchos de los delitos en la excusa absolutoria. Las víctimas son explotadas sucesiva y/o simultáneamente en varios ámbitos, como puede ser la prostitución y el tráfico de drogas⁴⁷, y gran parte de las veces, los ilícitos que cometan no estarán directamente relacionados con la explotación sexual, laboral o para ejercer la mendicidad para la que puede haber sido captada. Sería deseable poder entender la referencia a la explotación sufrida como el lapso de tiempo en el que pueden haberse cometido los delitos en relación con los cuales se plantea la concurrencia de la excusa absolutoria⁴⁸, no en referencia al tipo concreto de explotación⁴⁹. Es decir, desde el momento en el que la víctima es captada y ya existe esa finalidad de explotación y por tanto se ha cumplido el elemento subjetivo del delito de trata de seres humanos deberíamos poder entender que se puede aplicar la excusa absolutoria a los posibles ilícitos penales cometidos por la víctima.

Respecto de los diferentes delitos que se cometen con mayor frecuencia, en relación con los delitos contra la propiedad, algunas mafias utilizan a menores o adultos jóvenes como ladrones de objetos de escasa cuantía o como carteristas, obligándolos a obtener, bajo amenaza, una cantidad económica diaria. También suele ser habitual

⁴⁷ En muchas ocasiones a las mujeres que son obligadas a prostituirse tras haber sido drogadas para aumentar su capacidad de resistencia a las condiciones de explotación, son también obligadas a facilitar drogas a demanda de los clientes de los servicios sexuales. FERNANDEZ OLALLA, 2012, p. 116.

⁴⁸ Distingue lo que es el fenómeno de la trata de seres humanos de lo que es la situación de explotación, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, pp. 231 y ss.

⁴⁹ Interpreta que únicamente cabrían en este caso las infracciones cometidas en la situación de explotación (ulterior) sufrida y no en el marco espacial o cronológico del delito de trata de seres humanos, lo que habría hecho preferible entonces que la excusa absolutoria se incluyera en los preceptos que castigaran dichas formas de explotación y no el propio delito de trata de seres humanos. TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 216.

que se les obligue a vender pequeñas cantidades de droga en la calle⁵⁰. Del mismo modo, es también habitual que las víctimas de trata para explotación sexual se vean obligadas a traficar con pequeñas cantidades y distribuirla entre sus clientes, integrándose así de manera obligada en las redes de «menudeo» o que se vean obligadas a realizar hurtos de escasa cuantía también entre sus clientes. En el caso de la explotación para la mendicidad, suele ser habitual también que los tratantes obliguen a sus víctimas a obtener una determinada cantidad diaria de sus actividades. Cuando no se obtiene esa cantidad es entonces cuando las víctimas de trata cometen pequeños hurtos de monederos y objetos de valor para evitar las represalias por parte del tratante⁵¹. Por último, se comete con relativa frecuencia también el uso de documentación falsa⁵², contenido en el art. 392 CP⁵³.

En lo relativo a estos ilícitos, no será problemático apreciar que se han llevado a cabo en el marco de la explotación. Normalmente acompañan a las actividades de explotación para las que han sido captadas las víctimas: explotación sexual, explotación laboral⁵⁴ o explotación para la mendicidad.

En determinadas ocasiones, la red de trata lleva a cabo un mecanismo⁵⁵ para controlar a sus víctimas que consiste en involucrarlas en las actividades ilegales que realizan. Se trata del mecanismo denominado «colusión» o «conspiración»⁵⁶ y mediante esta táctica, se aseguran de que la víctima tenga otro «vínculo» con la red más allá de la mera coacción o violencia ejercida para su mantenimiento en la misma. Así, se le entrega una pequeña cantidad de dinero por cada delito cometido; al incen-

⁵⁰ Estas circunstancias se tuvieron en cuenta por la OIT en su convención número 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil. Ginebra, junio 1999, donde sitúa entre ellas la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal y como se definen en los tratados internacionales pertinentes. SERRA CRISTOBAL, 2007, p. 96.

⁵¹ SERRA CRISTOBAL, 2007, p. 96.

⁵² Coinciden en la frecuencia de comisión de estas actividades el Manual para la Trata de seres humanos, p. 107; SERRA CRISTOBAL, 2007, p. 177.

⁵³ La tipificación del uso de documentación falsa era una de las recomendaciones incluidas en el art. 20 del Convenio de Varsovia: «Artículo 20. Tipificación de los actos relativos a los documentos de viaje o de identidad.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracciones penales los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente con el fin de facilitar la trata de seres humanos: a) Falsificar un documento de viaje o de identidad; b) proporcionar o suministrar dicho documento; c) retener, sustraer, ocultar, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona».

⁵⁴ Determinados autores igualan la obligación de cometer delitos a los servicios forzados y por tanto a una especie de trata laboral. VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 436, y POMARES CINTAS, 2011, p. 21.

⁵⁵ Además de este mecanismo se aprecian otros tales como la coacción de tipo financiera, el control relacional, el control psicológico mediante la amenaza de mal, el control mediante el aislamiento o el control mediante el engaño. Puesto que no es el objetivo de este trabajo analizar las formas de captación y control que sobre las víctimas ejercen las redes de trata, no se incidirá más en el tema. Para una detallada explicación, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, 2011 pp. 130-139.

⁵⁶ Descripción de este método, en VILLACAMPA ESTIARTE, 2011 p. 136.

tivar su participación en determinados delitos se consigue que manifieste cierto sentimiento de pertenencia a la empresa por un lado, y por otro que demuestre cierto grado de «miedo institucional»⁵⁷, y se consigue alcanzar una relación de carácter más personal, puesto que se «igualan» en determinados círculos a la víctima con los miembros de la red⁵⁸. La víctima acepta determinadas cantidades de dinero porque piensa que así por lo menos puede sacar algún beneficio de su explotación de tal manera que pueda sustentar a su familia y esta situación le hace sentir culpable⁵⁹.

Lo relevante en estos supuestos es valorar hasta qué punto la decisión de la víctima puede considerarse como voluntaria y por tanto no amparada por la excusa absoluta. Podríamos decir que cuando se trata de un mecanismo ideado y ejecutado por la propia red de trata para lograr un mayor vínculo con la víctima y que este vínculo no dependa únicamente del ejercicio de la violencia o la intimidación. En esta situación, podríamos llegar a afirmar incluso que el tratante genera una nueva situación de desequilibrio que incide claramente en la situación de abuso de la que el mismo se aprovecha para lograr la explotación. De esta manera entenderíamos que los hechos llevados a cabo en situación de «colusión» podrían verse amparados también por la aplicación de la excusa absoluta.

Similares a los supuestos de «colusión», aunque presentan alguna diferencia, son los casos en los que la víctima continúa siendo de la red de trata, pero se ve obligada a llevar a cabo determinados ilícitos relacionados directamente con la propia red. Es decir, se obliga a la víctima a que colabore con la organización realizando labores de vigilancia y control de las otras víctimas⁶⁰. En estos supuestos se convierte al mismo tiempo, en víctima y tratante. La víctima colabora con la red pero no deja de ser víctima al mismo tiempo, por lo que ni siquiera puede valorarse que la actuación que lleve a cabo tenga como objetivo escapar de la red, sino que únicamente se

⁵⁷ Muchas veces aunque la acción que lleve a cabo la víctima no sea delito en el lugar de destino, sí lo es en el de origen, por lo que el sentimiento que se crea en ellas es exactamente el mismo, Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, módulo 4, p. 7.

⁵⁸ La exención contenida en el art. 177 bis. 11, sólo operará si la participación en el delito es consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, por lo que las denominadas «decisiones autónomas de delinquir» quedarían fuera de la aplicación de la propia excusa. En este sentido, Memento reforma penal 2010, p. 87. Lo discutible respecto a esta cuestión es si realmente una víctima de trata puede llegar a tomar una «decisión autónoma de delinquir».

⁵⁹ Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, módulo 4, p. 7. Se indica que muchas veces las víctimas más propiciatorias de este sistema de colusión son aquellas que han sufrido un engaño parcial. Este sería el caso de las víctimas que sabían que iban a ejercer la prostitución y que no pueden remediar no haber dado su consentimiento a las relaciones sexuales en cada ocasión, o sin condón, o a un determinado acto sexual.

⁶⁰ SERRA CRISTOBAL, 2007, p. 96.

produce como consecuencia de la propia red de trata⁶¹. En este tipo de casos se encuentra plenamente justificada la apreciación de la excusa absolutoria, puesto que, resulta imposible para la víctima eludir la realización del hecho delictivo debido a la situación de explotación que sufre. Aun así estos supuestos son complejos, puesto que nos encontramos ante personas que por un lado se encuentran en el corazón de la acción de la trata, y por otro lado ante una posible víctima que ha sido explotada⁶², por lo que es posible que la aplicación de la excusa absolutoria pudiera ser compleja y hubiera que recurrir a la aplicación de las reglas generales, tal y como se indica en el propio art. 177 bis 11.

El paso definitivo en este proceso de involucración de la víctima dentro de las actividades delictivas se da cuando ésta pierde toda consideración como tal, prima su sentimiento de pertenencia a la organización por encima de su sentimiento de victimización y por tanto alcanza el siguiente nivel: es promocionada desde el nivel de víctima al de tratante⁶³. Estos supuestos no pueden considerarse infrecuentes, y la justificación de que una víctima de trata pueda convertirse a su vez en tratante podemos encontrarla en el hecho de que la persona estuviera sometida a medidas de control prolongadas antes de cometer el delito, que el haber sido víctima le haya causado tal trauma que no pueda dedicarse a ningún otro trabajo, que haya sido rechazada por su propia comunidad por haber sido víctima de trata o por no poder integrarse en la sociedad dado que no tiene ninguna especialización o no sabe hablar el idioma y no tiene otro medio de sustento⁶⁴.

De esta forma, se consigue introducir en la red a sujetos activos de sexo femenino, que generan una mayor confianza en las víctimas cuando van a ser reclutadas, lo cual facilita el proceso. En determinadas redes de trata, como pueden ser las nigerianas, el proceso de captación traslado y dominación de la víctima está controlado por mujeres, hecho poco frecuente en el resto de las redes en las que todavía predomina el dominio del hombre, aunque cada vez, con mayor frecuencia, se está estableciendo como patrón habitual la intervención de mujeres como reclutadoras⁶⁵. Ahora bien,

⁶¹ Este sería el caso, por ejemplo de la STS 143/1998, un caso de trata de personas procedentes de República Dominicana en el que una de las implicadas tenía la tarea de confeccionar hábitos religiosos para facilitar la entrada de las inmigrantes y realizar tareas de colaboración tales como recoger del aeropuerto a las jóvenes dominicanas y retirarles el pasaporte y el dinero obtenido de la actividad de explotación. El Tribunal entendió que su actuación estaba condicionada por el miedo que le inspiraban los organizadores de la explotación de los que ella misma era víctima, lo cual influía muy notablemente en su voluntad.

⁶² Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la Justicia penal, módulo 4, p. 7.

⁶³ KARA, 2009, p. 9; TRODD, 2009, pp. 81 y 82.

⁶⁴ Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, módulo 14, p. 10.

⁶⁵ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 126.

en estos supuestos no sería correcto aplicar la excusa absolutoria, puesto que, si bien, son supuestos en los que la víctima comete determinados delitos, dichos delitos no se llevan a cabo en el marco de un situación de trata de seres humanos o concretamente en la situación de explotación, sino que por el contrario, se ha superado ya esa fase al integrarse en la red de tratantes⁶⁶.

2.1.2. *Antes del inicio de la explotación*

Resulta una práctica habitual que las víctimas, al inicio de su periplo hacia «la tierra prometida», no sean conscientes de que son víctimas de una red de trata⁶⁷. Normalmente han sido contactadas por alguien a quien ya conocen, familiar o amigo, o por alguien que poco a poco se gana su confianza. Esta persona seduce a la víctima con imágenes de una vida mejor, con un trabajo digno en el que se pueda ganar la vida, que le sirva para ahorrar y volver a su ciudad y empezar de nuevo o para conseguir trasladar a su familia a la localidad de destino. En muchas ocasiones las víctimas de trata de seres humanos son contactadas a través de ofertas de trabajo en anuncios de periódicos o situaciones engañosas similares, que invitan a las mujeres a trasladarse a otro país mediante la oferta de falsas expectativas de trabajo⁶⁸. Es tal la necesidad de avanzar hacia un destino mejor, con mejores posibilidades e incluso con la posibilidad de tener un futuro⁶⁹, que la víctima, cegada por todo esto, accede a emprender camino y a embarcarse en una odisea que la conducirá hacia su «edén» particular.

⁶⁶ Si la víctima de trata capta a nuevas personas porque pasa a ejercer un papel activo en la organización criminal, no cabría la aplicación de la excusa absolutoria, Memento experto reforma penal 2010, p. 87.

⁶⁷ Podemos afirmar que el delito de trata de seres humanos en muchas ocasiones presenta una estructura en dos fases: en primer lugar la fase de tráfico y la fase de explotación (GIMENEZ SALINAS, 2006, p.71), por lo que en muchas ocasiones durante la primera fase la víctima de trata puede todavía no ser consciente de dicha circunstancia o incluso considerar que está participando en una actividad de inmigración ilegal puesto que están entrando en otro país de tránsito o destino de forma ilegal, lo que les genera miedo y dependencia del tratante.

⁶⁸ DE LEÓN VILLALBA indica que pueden producirse tanto contratación de las víctimas como artistas, bailarinas, camareras o empleadas del servicio doméstico en el marco de las condiciones laborales establecidas legalmente, como las ofertas falsas para trabajar como empleadas domésticas, camareras, niñeras. En estas ofertas publicadas en los periódicos no se suele hacer mención sobre requisitos de experiencia previa o de conocimiento del idioma, indicándose siempre, eso sí, las elevadas cantidades a percibir como salario y las inmejorables condiciones laborales. DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 223. En el mismo sentido, DAUNIS FERNANDEZ, 2013, p. 97.

⁶⁹ Es necesario remarcar, que la mayor parte de las víctimas de trata no inician su traslado a otra ciudad, país o continente bajo la premisa de que llegarán a una tierra en la que todo les será regalado y que todo será fácil y cómodo. Las víctimas son conscientes de que lo que se les ofrece es trabajo, trabajo duro en sectores que no quieren ser ocupados por los ciudadanos del lugar de destino (tenemos en cuenta que muchas vienen convencidas de la necesidad de personal al servicio doméstico que se requiere en los países del primer mundo e incluso una parte son conscientes de que acuden a ejercer la prostitución), por lo que su inicial disposición es la de disponerse a trabajar para labrarse un futuro, pero nunca en las condiciones o llevando a cabo las tareas que finalmente se les obliga.

De esta manera, mientras que la víctima todavía no es consciente de que se encuentra inmersa dentro de una red de trata⁷⁰, sí podemos considerarla como tal, puesto que se cumplen perfectamente los elementos exigidos en el tipo penal del art. 177 bis. La víctima se encuentra en tránsito, favorecido por un tercero y bajo la circunstancia del engaño, y ha sido captada y trasladada con el objetivo de ser (la mayor parte de las veces), explotada sexual o laboralmente⁷¹. La finalidad de explotación es un elemento subjetivo que está presente en el momento que la víctima es captada con dicha intención. La fase de explotación no puede considerarse como necesaria en el delito de trata para alcanzar su consumación⁷².

En estos momentos en los que la víctima todavía no se siente como tal, pero que ya lo es de hecho, se le puede solicitar por parte del personal reclutador, que lleve a cabo determinadas acciones. Dichas acciones (suelen consistir en atravesar la frontera portando determinadas sustancias, documentación falsa⁷³, etc), se solicitan en el pretendido marco de una relación de amistad y para evitar cualquier problema que el tratante pudiera tener con las autoridades del país receptor, que no redundaría sino en problemas para la propia víctima. Se intenta así que la víctima empatice con aquel que la está ayudando a proveerse un futuro mejor, por lo que ésta consiente y decide ayudar al tratante. También es posible, que ante la reticencia de la víctima a llevar a cabo determinados ilícitos, el tratante comience a descubrir sus cartas y a utilizar la violencia física o la coacción⁷⁴ para conseguir su colaboración de cara a la comisión de determinados delitos.

⁷⁰ En muchas ocasiones las víctimas viajan con contratos legales y permisos para varios meses y sólo cuando llegan a su destino conocen el engaño. DE LÉON VILLALBA, 2003, pp. 223 y 224.

⁷¹ Como ya hemos indicado anteriormente, es imprescindible para apreciar el delito de trata de seres humanos que haya una finalidad de explotación y de abuso sobre la propia víctima que no se encuentra presente en los delitos de inmigración ilegal. Dado que este objetivo, la explotación de la propia víctima, es lo que motiva y genera todo el proceso, es por lo que se puede afirmar que existe trata de seres humanos con independencia de que no haya comenzado la explotación en sí misma, puesto que la finalidad ya estaba presente. Se trata del elemento subjetivo que incluido en el tipo penal. En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 225.

⁷² POMARES CINTAS, 2011, p. 8.

⁷³ En el informe del Defensor del Pueblo sobre la trata de seres humanos en España, 2012, nota 90, se describe el proceso que muchas de las víctimas de nacionalidad nigeriana sufren para llegar a nuestro país cuando llegan por vía aérea. Normalmente, la migración irregular por vía aérea conlleva la utilización fraudulenta de documentos oficiales, tales como la falsificación o la suplantación. El abuso de documentos puede implicar la adquisición de documentos de viaje auténticos a través de soborno u otras formas de corrupción, la alteración de documentos auténticos o la simple falsificación. En este sentido, podría analizarse la posibilidad de que las víctimas de trata llevaran a cabo un delito de falsedad contenido en el art. 392 CP, «(...) Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a un año y multa de tres a seis meses, al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España».

⁷⁴ Determinadas indicaciones sobre la necesidad de pagar su deuda, de la cantidad a la que ésta asciende, etc.

En estos casos, por tanto, será necesario determinar si, a pesar de no haber realizado determinados delitos en la situación de explotación sufrida, podría aplicarse la excusa absolutoria. Tal y como hemos indicado anteriormente, la inclusión del apartado 11 del artículo 177 bis encuentra su razón de ser en la innecesaridad de castigar con una pena a las víctimas de trata que hubieran llevado a cabo determinados delitos. Entendiendo que lo que justifica dicha ausencia de castigo es la propia situación como víctima de trata, no parece razonable entender que se circunscriba únicamente a las acciones llevadas a cabo en la situación de explotación, dejando fuera las que se hubieran cometido antes de ser explotada.

Incluso, con más motivo, cuando la víctima ya fuera consciente de que ha sido captada por una red de trata y que se encuentra en tránsito hacia su explotación, y pueda haber sufrido ya la violencia o la intimidación, será necesario poder aplicar la excusa absolutoria.

2.1.3. *Una vez terminada su situación de explotación*

Como ya se ha comentado anteriormente, es posible que la víctima realice el paso a personal reclutador o cualquiera otras funciones dentro de la red de trata, pero no como medio para escapar de la red de trata, sino como forma de integrarse en una modalidad de negocio que le es conocida⁷⁵, en la que es consciente de los riesgos y por la que, una vez constatada su capacidad de cumplir con determinados requisitos derivados de la confianza de y en la red, podrá obtener suculentas ganancias⁷⁶. Se trata normalmente de mujeres que marcharon a otros países a ejercer la prostitución y vuelven a sus tierras exhibiendo bienes de consumo y logrando captar a mujeres de su misma población o zona que posteriormente serán entregadas a contactos o directamente a prostíbulos⁷⁷. Es evidente que en estos supuestos la ex víctima no deberá

⁷⁵ Entre las víctimas de trata se da el fenómeno de que cuando una víctima termina de pagar su deuda, a veces continúa trabajando para ahorrar suficiente dinero como para comprar sus propias víctimas. KARA, 2009, p. 142.

⁷⁶ Conforman un número importante de personal reclutador antiguas prostitutas que regresan a sus países para reclutar nuevas víctimas, SERRA CRISTOBAL, 2007, p. 75, y DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 222. Describe este tránsito entre víctima de trata y personal integrado en la red, KARA, 2009, pp. 88 y ss., indicando que las prostitutas que una vez abandonado el estatus de víctima, se integran en la red, colaboran con las «madams» de los prostíbulos en la adaptación de nuevas víctimas de explotación sexual; adoptan el papel de hermanas mayores curando las heridas y convenciendo a las nuevas chicas de que es mejor obedecer para que un día puedan llegar a ser prostitutas libres.

⁷⁷ DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 222, indica que muchas de las veces que se recluta a víctimas mediante este procedimiento ellas mismas son conscientes de que su destino es la prostitución, aunque nunca en las condiciones finales en las que tendrán que ejercerla.

favorecerse de la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis 11, puesto que, no solo no cumple el requisito que hemos entendido como correcto de que el delito se cometa durante su pertenencia a la red de trata, sino que, tal y como veremos más adelante, no cumple el resto de requisitos necesarios para que se le pueda aplicar⁷⁸.

Cuestión distinta es cuando nos enfrentamos a los supuestos en los que a la víctima se le ofrece, como única posibilidad de escape de la red, el convertirse en personal reclutador por una única vez, y así poder convencer a alguien (normalmente de su propia localidad, suele ser algún familiar, amiga o conocida, con la que pueda tener cierto grado de confianza), y de esta manera, llevar a cabo un *cambio de cartas*. La primera víctima consigue quedarse fuera tras conseguir incorporar una nueva víctima a la red⁷⁹.

En estos casos, aunque pudiera parecer que el delito se lleva a cabo fuera de la red de trata, en realidad nos encontramos con supuestos que se realizan para salir de la red de trata, por lo que se confirma que su ámbito de acción es precisamente ese: la coacción, el pánico y la necesidad de libertad que se originan en el marco de la red.

Puesto que en estos supuestos no parece posible la aplicación de la excusa absolutoria por superación del criterio de la adecuada proporcionalidad, será necesario remitirnos, tal y como indica el precepto, a las reglas generales del código. En este caso, será necesario valorar si nos encontramos ante un supuesto de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales⁸⁰.

⁷⁸ Es además incompatible con la esencia de las excusas absolutorias, puesto que mediante éstas el Legislador renuncia tanto a los fines de prevención general como especial, puesto que se considera que en los casos en los que ocurre la excusa no sería precisa y necesaria la pena en base a la finalidad de prevención general, pues no se ha producido una alarma social, y por la falta de repercusión del hecho concreto (HIGUERA GUIMERÁ, 1993, p. 67), circunstancias estas dos que no concurren en los casos que estamos analizando, puesto que son situaciones en las que sí podemos confirmar que se puede generar alarma social y es fácilmente contrastable que el hecho sí ha tenido repercusión.

⁷⁹ Las víctimas de trata que regresan a su lugar de origen con el fin de «convencer» a una futura víctima se visten con sus mejores ropas, se les proporciona grandes cantidades de dinero y dependiendo de las circunstancias se les promete o bien la libertad, o bien sustanciosas comisiones por cada nueva víctima captada. Después de ensalzar el trabajo que presuntamente realizaban en otro país, regresaban con una o varias víctimas nuevas. Describe minuciosamente el proceso, KARA, 2009, pp. 34 y 94. En el mismo sentido, DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 66.

⁸⁰ Excede con mucho el objetivo del presente trabajo el análisis de dichos supuestos. Baste decir que resultará muy complicado poder justificar la conducta de la víctima que se convierte en personal reclutador para poder salir de la red y que será difícil admitir que se cumplen los requisitos del estado de necesidad. Habrá que valorar hasta qué punto será posible aplicar una causa de justificación incompleta o la circunstancia de miedo insuperable.

2.2. CONSECUENCIA DIRECTA DE

Otro de los elementos que es necesario analizar es el hecho de que la definición que de la excusa absolutoria se hace en el apartado undécimo del artículo 177 bis, se indica que para que resulte exenta de responsabilidad por otras acciones cometidas, la víctima de trata deberá haberlas llevado a cabo a consecuencia de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso, que resultan los medios comisivos típicos del delito de trata y no tienen por qué serlo concretamente de las formas de explotación posteriores⁸¹. Si partimos de la base de que la mayor parte de las víctimas de trata que recalán en Europa son obligadas a ejercer la explotación sexual o laboral, entonces parece que no habría ningún problema en entender que, del mismo modo que se produce la trata mediante los medios comisivos ya descritos, el ejercicio de la explotación también puede cometerse a través de dichos medios, puesto que entendemos que la mayor parte de la veces la víctima se negará a llevar a cabo dichas tareas o en determinadas condiciones y será entonces cuando se recurra a dichos medios para lograr su «colaboración» en las tareas de explotación⁸².

Es también necesario indicar que normalmente los traficantes recurren a la combinación de medidas de control. Con independencia de que aquí las expliquemos de forma separada, lo habitual es que dependiendo del momento del proceso de trata, del tipo de víctima, de la naturaleza del lugar y de las circunstancias se produzca una combinación de medios comisivos que permitan mantener el control sobre la víctima⁸³.

2.2.1. *Violencia*

Entenderemos por violencia el ejercicio de fuerza física sobre la víctima. Del mismo modo que se utiliza la violencia para someter a la víctima de trata y anular su voluntad de cara a la realización de las tareas de explotación, podemos afirmar que esa misma violencia es instrumental de cara a la realización de cualquier otro ilícito penal. De hecho, parece habitual que la violencia se utilice en la situación de explo-

⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 217.

⁸² Indica también TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 217, que la infracción no ha de ser respuesta a la situación de violencia, engaño, abuso o intimidación, sino que debe considerarse como su consecuencia, lo cual vuelve a introducir un elemento de confusión. En realidad es fácilmente reconducible la infracción a consecuencia de la situación de abuso, siendo, tal vez, más complejo, reconducirlo a situación de violencia o engaño, cuando estas actuaciones se han producido al inicio de la situación de trata y el sujeto no necesita reiterarlas, siendo suficiente un «mero recordatorio» para que la víctima se sienta compelida a llevar a cabo determinadas acciones penalmente relevantes.

⁸³ Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, módulo 4, pp. 1 y 2.

tación para reforzar el control sobre el sujeto pasivo y que de esta manera la explotación siga llevándose a cabo con éxito⁸⁴. Muchas de las veces no es necesario que se reitere el comportamiento violento sobre la víctima, puesto que esta es consciente de las trágicas y lesivas consecuencias que puede tener el negarse a llevar a cabo determinada actividad, puesto que ha sufrido la violencia previamente⁸⁵. Incluso en la actualidad con la asentada dinámica comisiva de esta clase de delitos, parece ser que depende de un mismo grupo criminal tanto la primera fase de traslado de la víctima como la fase de explotación⁸⁶, por lo que las posibilidades de que no sea necesario reiterar el uso de la violencia puesto que la víctima ya es sabedora de los efectos que puede tener son muchísimo mayores.

De esta manera habrá que entender la violencia y el hecho delictivo no como un aislado acto de violencia vinculado directamente con una acción penalmente relevante, sino como toda una trayectoria de violencia que condicione la respuesta de la víctima a cualquier tipo de obligación.

2.2.2. *Intimidación*

Por intimidación ha de entenderse «el constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto en el sujeto pasivo, el cual termina sometiendo a los actos de trata a causa de dicha presión»⁸⁷. Dado que para valorar su eficacia de cara al sometimiento a la situación de explotación será necesario tener en cuenta determinados criterios objetivos y subjetivos, estos habrán de ser también tenidos en cuenta a la hora de valorar la obligación de cometer ilícitos penales a la que se somete a la víctima. La intimidación debe ser apta para generar sentimientos de temor, angustia o constreñimiento psicológico en el sujeto pasivo y deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales de las víctimas⁸⁸.

⁸⁴ DAUNIS FERNÁNDEZ, 2013, p. 93.

⁸⁵ En el caso de trata con fines de explotación sexual la coerción violenta suele comenzar para que realicen servicios sexuales no remunerados o cuya remuneración no revierte en su beneficio. De este modo, lo habitual es que las víctimas de trata sean sometidas a agresiones sexuales reiteradas y llevadas a cabo por distintos sujetos, se les priva de alimento, son drogadas y humilladas (es común impedirles la satisfacción normal de sus necesidades fisiológicas más básicas). KARA, 2009, p. 37.

⁸⁶ Mientras que el «reparto» tradicional de funciones suponía que los sujetos u organizaciones criminales que llevaran a cabo el traslado fueran distintas de las que llevaban a cabo las tareas de explotación, en la actualidad, movidos por el interés económico, suele ocuparse el mismo grupo de todo el proceso, de tal manera que no tengan que negociar con clubes de alterne en el país de destino y no se pierda dinero en transacciones con intermediarios. GIMÉNEZ SALINAS, 2006, p 71.

⁸⁷ DAUNIS FERNÁNDEZ, 2013, p. 94.

⁸⁸ DAUNIS FERNÁNDEZ, 2013, pp. 94 y 95.

Tal y como sucede con la violencia, no es necesario en muchos casos reiterar a la víctimas las amenazas que generan en ella el terror absoluto que le dobliga su voluntad y que le impide oponerse a la situación de trata en la que se encuentra. El mero recordatorio de determinados elementos supone que la víctima ya sea consciente de las actividades que tiene que llevar a cabo⁸⁹. En muchos casos, parte de las víctimas de trata que provienen de Nigeria se encuentran sometidas de una forma que no requiere intimidación ulterior por parte de los miembros de la red: bajo la amenaza de una tremenda aflicción física y espiritual, las mujeres que han suscrito un contrato «edo» juran pagar sus deudas y no revelar su situación a nadie. Las redes de trata aprovechan que el imperativo espiritual impuesto por el ritual «juju» es muy intenso por lo que las deudas que tienen que abonar este tipo de víctimas suele ser muy superior (hasta cinco o diez veces más) a la impuesta a víctimas de otros países⁹⁰. Mediante el juramento, la mujer se compromete a pagar su deuda, a no acudir nunca a la policía y a no contar nunca el objetivo de su viaje a nadie. Los mecanismos de control sobre la víctima son tan poderosos⁹¹ que prácticamente ninguna de las esclavas nigerianas intenta escapar antes de pagar sus deudas; de esta manera, los «protectores» de las víctimas nigerianas no tienen apenas que vigilarlas. Más aún, cuando estas víctimas son rescatadas y se les pide que colaboren aportando pruebas, algunas de ellas entran en trance o sufren ataques epilépticos, descartándose por completo la prestación de testimonio ante un tribunal⁹².

Lo normal es que las víctimas vivan con un gran temor a las consecuencias muchas veces anunciadas por los traficantes, como es el caso del anuncio por su parte de que saben donde vive la familia de la víctima o los comentarios sobre víctimas que no han obedecido⁹³.

Igualmente si las víctimas lo han sido del sistema denominado de colusión y han cometido un primer delito (o cree que lo que ha hecho es un delito), resulta más vulnerable a ulteriores actos de intimidación para garantizar su obediencia posterior⁹⁴.

⁸⁹ Hay que tener en cuenta que las víctimas de trata sobreviven en una situación de terror absoluto debido a las consecuencias que podría tener su fuga y su negativa a someterse a determinada explotación y las consecuencias que todo ello podría suponer para sus familias en sus países de origen. KARA, 2009, p. 42.

⁹⁰ KARA, 2009, pp. 43 141, en donde se afirma que las víctimas sexuales nigerianas viven en constante temor, convencidas de que ellas y sus familias están en peligro inminente debido a los ritos juju.

⁹¹ De hecho, en los países de destino, el precio que paga el «receptor o protector» de la víctima no tiene como justificación la compra de la mujer, sino más bien se trata de una puja por tener el control, puesto que lo que se adquiere cuando se paga el precio es la bolsa juju con el cabello y la sangre de la víctima y así se adquiere el control absoluto de la misma. KARA, 2009, p. 141.

⁹² KARA, 2009, p. 141.

⁹³ Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, módulo 4, p. 3.

⁹⁴ Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, módulo 4, p. 7.

De nuevo, por tanto, para vincular la intimidación con el hecho típico concreto llevado a cabo por la víctima, no estaremos a actos intimidatorios individualizables, sino al contexto de intimidación habitual en el que se desarrolla su existencia, que tendrá entidad suficiente como para considerarse bastante de cara a la exoneración de su actividad delictiva.

2.2.3. *Engaño*

Normalmente el engaño suele estar presente en la primera fase de la trata⁹⁵, cuando se realizan falsas ofertas de trabajo, se miente sobre las condiciones de viaje o trabajo en determinado país o se falsean incluso las condiciones laborales y económicas de la víctima cuyo destino conocido era el ejercicio de la prostitución⁹⁶.

Una vez iniciada la fase de explotación, resulta complicado poder hablar de engaño, puesto que la víctima ya es consciente de la situación que está viviendo y normalmente los medios que se utilizan para conseguir los fines de explotación suelen ser la violencia, la intimidación y el abuso.

Además, es necesario remarcar que para la aplicación de la excusa absolutoria se requiere que la participación en actividades delictivas se lleve a cabo en el marco de la situación de explotación y sea consecuencia directa de los medios comisivos enunciados. Exigencias que complican mucho la posibilidad de encontrar supuestos en los que la víctima haya cometido un ilícito penal en la situación de explotación sufrida y haya sido consecuencia directa del engaño.

2.2.4. *Abuso*

Al igual que sucede con los medios comisivos anteriormente citados el abuso al que puede verse sometida la víctima para llevar a cabo determinados ilícitos penales, no difiere en nada del abuso al que se ve sometida para ejercer las tareas en el marco de su explotación. De esta manera, los tratantes no tendrán sino que intensificar determinadas condiciones habituales para «recordar» a la víctima las consecuencias de

⁹⁵ DAUNIS FERNANDEZ, 2013, p. 96.

⁹⁶ En este sentido el engaño puede ser tanto sobre la actividad a llevar a cabo en el lugar de destino, como en las condiciones en las que se llevará a cabo una actividad ya consentida. DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 223.

su desobediencia⁹⁷. El tratante se aprovecha de las especiales condiciones que sufre la víctima bien para llevar a cabo las conductas iniciales de captación, traslado o recepción, bien para proceder a su posterior explotación, y será ese mismo desequilibrio y el abuso que del mismo haga el tratante, el que condicionará a la víctima de cara a la realización de acciones penalmente relevantes. Mientras que son muy variadas las situaciones que pueden generar la situación de abuso de la especial vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima⁹⁸ al inicio del proceso de trata, es cierto que una vez la víctima se ve inmersa en la concreta situación de explotación el recurso a cualquiera de las otras formas comisivas (violencia o intimidación principalmente) provoca una situación de desigualdad extrema entre víctima y tratante, situación de la que este se aprovecha para llevar a cabo un abuso de superioridad o de la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, generada ahora ya no por factores exógenos a la propia situación de trata, sino endógenos a la misma. En este sentido puede ser útil la definición que de situación de necesidad o vulnerabilidad realiza el artículo 177 bis en la nueva redacción propuesta por el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, que la admite cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable que someterse al abuso. Aunque la definición está prevista para analizar los medios comisivos del propio delito de trata, podemos afirmar *mutatis mutandis*, que la víctima haya cometido el delito en la situación de explotación siempre que sea consecuencia directa de la situación en la que no tuviera otra alternativa, real o aceptable que llevar a cabo el hecho típico.

2.3. ADECUADA PROPORCIONALIDAD

Como ya hemos afirmado, la inclusión de una excusa absolutoria depende de cuestiones de índole político criminal, es decir, serán consideraciones de utilidad o conveniencia las que determinen la inclusión de una de ellas en el articulado del código⁹⁹. Por ello, una excusa no debería partir de un planteamiento valorativo, de tal

⁹⁷ En este sentido suelen ser habituales las amenazas que sufren las víctimas de explotación sexual cuando han sido madres en el tránsito hasta el lugar de destino o ya en el propio marco de la explotación, puesto que en numerosos supuestos los niños nacidos en países como Marruecos no han sido inscritos debido a la situación irregular de la madre, o si son nacidos en España tampoco se produce su inscripción o bien los tratantes manipulan los datos a su antojo para así poder tener un vínculo coactivo más con la víctima, Informe del Defensor del Pueblo, nota 100.

⁹⁸ Se entienden como circunstancias que pueden colocar a la víctima en una situación de necesidad o vulnerabilidad frente al tratante la marginación, la pobreza extrema, el desamparo, la persecución política, la enfermedad, la incapacidad, etc. DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, p. 99.

⁹⁹ HIGUERA GUIMERÁ, 1993, p. 74.

manera que no se incluyera un requisito como el de la «adecuada proporcionalidad»¹⁰⁰.

Para analizar el requisito establecido por el apartado 11 del art. 177 bis y poder aplicar la excusa absolutoria, será necesario determinar qué quiere decir el Legislador con el criterio de la «adecuada proporcionalidad». Recurriremos a la proporcionalidad tal y como se entiende en el estado de necesidad para así poder definirla en estos supuestos.

La interpretación habitual que se lleva a cabo en el estado de necesidad entiende que se trata de comparar los males jurídicos en conflicto, de tal manera que no sea más importante el bien jurídico lesionado que aquel que se pretendía salvar. En el caso de la excusa absolutoria la adecuada proporcionalidad se establece entre el delito cometido y la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometido. Por tanto, lo relevante en estos casos es saber hasta qué punto la situación coactiva es suficientemente intensa como para que la víctima se sienta obligada a llevar a cabo una acción penalmente relevante. Las situaciones de violencia, intimidación, engaño o abuso pueden ser fácilmente reconducidas a determinados ilícitos penales, por lo que será fácilmente evaluable desde este punto de vista. La situación de violencia podrá individualizarse en multitud de delitos de lesiones, muchos de ellos muy graves, llegando incluso a cumplir los ilícitos correspondientes a las lesiones agravadas, e incluso, suponiendo muchos de ellos verdaderas tentativas de homicidio cuando el dolo del autor no sólo abarque la coacción a través del comportamiento violento sobre la propia víctima, sino que se busque también ejemplificar mediante el tratamiento propiciado a dicha víctima frente al resto, de tal manera que no sea únicamente un ejercicio de violencia, sino de intimidación.

Por otro lado, si identificamos los ilícitos penales que con mayor frecuencia cometen las víctimas de trata, podríamos afirmar que estamos hablando de delitos de tráfico de drogas aunque siempre en menor escala, delitos patrimoniales, también de menor entidad y normalmente sin recurrir a la violencia o intimidación, siendo más habituales los hurtos y los delitos de falsedades.

Respecto a todos estos ilícitos penales, parece fácil poder determinar que se cumple la adecuada proporcionalidad entre la situación de engaño, abuso, intimidación o violencia y el delito cometido. Como ya hemos referenciado, normalmente la víctima de trata se doblega a la voluntad del tratante después de haber pasado por un pe-

¹⁰⁰ Considera adecuada la introducción de este requisito MANZANARES SAMANIEGO, 2010, p. 218, dado que de esta forma se respeta el principio de proporcionalidad.

riple en el que normalmente se encuentran presentes todos estos medios comisivos. Al inicio de su tránsito, la víctima es engañada, y más tarde, cuando es consciente de este engaño, se consigue el control absoluto o el denominado dominio sobre la víctima a través normalmente de acciones muy violentas y constitutivas de verdaderos delitos de lesiones o tentativas de homicidio, o en el caso de víctimas de determinadas nacionalidades y creencias, recurriendo a mecanismos intimidatorios extremos que condicionan sobremanera su libertad¹⁰¹.

Ahora bien, sería necesario determinar qué es lo que puede suceder cuando no se aprecia la «adecuada proporcionalidad». En este sentido, puede ser posible que esta no se considere presente cuando los ilícitos de carácter patrimonial se realicen mediante también violencia o intimidación o cuando el tráfico de drogas se realice a mayor escala. Son supuestos que cuesta imaginar por la propia dinámica comisiva de los ilícitos llevados a cabo por las víctimas de trata: esto es, en el contexto de su situación de explotación, lo que nos llevará a afirmar que, por ejemplo, la mayor parte de las veces será fácil que se cometan por víctimas de explotación sexual, por lo que parece difícil que se trata de conductas que provoquen un desvalor especialmente relevante respecto del bien jurídico.

En cualquier caso, si no concurre la adecuada proporcionalidad, tendríamos que plantearnos la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria incompleta. En el caso que nos ocupa, podemos determinar que nos hallamos ante una excusa absolutoria que consta de varios elementos. Por un lado nos encontraríamos con la necesidad de unos medios imprescindibles bajo los que la víctima de trata ha cometido el delito y por otro, el criterio de la adecuada proporcionalidad. Normalmente cuando concurren varios elementos en una excusa absolutoria, resulta complejo poder determinar cual o cuales de ellos es esencial y cual es inesencial¹⁰². Tras valorar la propia dinámica de la explotación sufrida por la víctima parece adecuado afirmar que se trataría de un elemento esencial la exigencia de que la comisión del hecho delictivo fuera consecuencia directa de la violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima en su situación de explotación. A priori no parece factible aplicar la excusa absolutoria cuando falta alguno de los elementos que la componen, incluso cuando el que falte sea un elemento inesencial¹⁰³. La única solución que podría arbitrarse es la que directamente nos ofrece el propio art. 177 bis: recurrir a las reglas generales. Es

¹⁰¹ Recordemos todo lo indicado anteriormente para las víctimas nigerianas y el recurso al «juju» como medida intimidatoria.

¹⁰² HIGUERA GUIMERÁ, 1993, p. 116.

¹⁰³ El Legislador no ha previsto la posibilidad de ninguna excusa incompleta. MANZANARES SAMANIEGO, 2010, p. 218.

decir, si nos falla el elemento inesencial, que en este caso sería la adecuada proporcionalidad, no sería posible aplicar la excusa absolutoria, pero habría que recurrir a la posibilidad de aplicar o bien una causa de justificación o una causa de exculpación. Si habláramos de causas de justificación tendríamos que hablar del estado de necesidad, y de la posibilidad de que tampoco se dieran en ella todos los elementos que la componen, puesto que lo más probable sería que faltara, de nuevo, el requisito de la proporcionalidad. En este caso, entonces, podríamos aplicar la eximente incompleta. Para el caso de que fuera imposible valorar la situación como un estado de necesidad, podría valorarse la aplicación de la circunstancia de miedo insuperable.

3. Problemas derivados de la no identificación de la víctima de trata

Un último elemento que será relevante a la hora de aplicar la excusa absolutoria depende de si en el momento de enjuiciamiento por el delito cometido la víctima ha sido reconocida como víctima de trata o no. Es evidente que si la víctima es detectada a partir de su propia situación de explotación y de ahí se deduce el enjuiciamiento por determinados ilícitos una vez que se ha constatado que se trata de una víctima de trata, no resultará problemática la aplicación de la excusa. Ahora bien, en el momento en el que se detecte en primer lugar la comisión del hecho penalmente relevante llevado a cabo por la víctima y ésta decida no comunicar su condición de víctima o que resulte de difícil detección¹⁰⁴, podremos encontrarnos con el inicio de un proceso penal y probablemente con una condena en la que haya sido imposible aplicar la previsión del artículo 177 bis 11.

Este es el supuesto de la sentencia n.º 25/13 dictada por el Juzgado de lo penal n.º 1 de Algeciras. En dicha sentencia se condenó por un delito de coacciones a la víctima, de origen nigeriano, por haber obligado a otra mujer, de origen nigeriano también, que tenía dos niños gemelos de dos años de edad, a que le entregara uno de ellos, manifestando que en caso contrario mataría a un tercer hijo que residía en Nigeria. Es necesario hacer constar que las redes de trata obligan a las mujeres a viajar

¹⁰⁴ Uno de los objetivos principales incluidos dentro de la normativa internacional sobre la trata de seres humanos es la identificación y detección de las víctimas de trata. Esta detección resulta sumamente compleja, no sólo por el hecho de que en muchos casos resulta complicado distinguir las víctimas de trata de las inmigrantes irregulares, o también porque el traslado de la víctima se realiza entre países de la Unión Europea y por tanto la víctima no supera controles fronterizos, sino incluso porque las víctimas de trata normalmente no quieren identificarse como tales. Esta ocultación de su estatus de víctima está directamente relacionado con la violencia, intimidación o abuso que sufren las propias víctimas que les impide siquiera y en muchos supuestos, buscar ayuda para intentar salir de la red.

con menores que no son sus hijos puesto que de esta manera, si son interceptadas por las autoridades españolas no serán directamente expulsadas o internadas en un Centro de internamiento de extranjeros, sino que permanecerán en territorio español. La víctima no fue detectada como tal sino tras su internamiento en el Centro de internamiento de extranjeros de Algeciras, momento en el que se le concedió el periodo de restablecimiento y reflexión¹⁰⁵. Como se puede observar, en este supuesto se demuestra que el gran problema para la aplicación de la excusa absolutoria no reside en los propios requisitos de la misma, sino en el hecho de que es necesario que el autor del delito sea identificada como víctima de trata antes del enjuiciamiento del hecho cometido. De esta manera se demuestra como requisito imprescindible para que la aplicación de la excusa absolutoria sea viable, que se incida en las medidas de detección e identificación de las víctimas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique: *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid 1983.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al.: *Derecho penal, Parte General*, Ediciones experiencia, 2.ª ed., Barcelona 2010.
- Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los Derechos Humanos. Prevenir. Comabtir. Proteger. La trata de seres humanos, 2011.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 34.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- FERNANDEZ OLALLA, Patricia: «Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos», en *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012.

¹⁰⁵ La sentencia analizada fue recurrida ante el Tribunal Supremo que consideró insuficiente para demostrar la condición de víctima de seres humanos de la autora la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión. Recordemos que el artículo 59 bis de la ley 4/2000 condiciona la exención de la responsabilidad administrativa a la cooperación de la víctima de trata, pero nada dice respecto a que se pierda la condición como víctima si no se produce dicha colaboración. Desde el momento de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión nos encontramos ante una víctima de trata de seres humanos, por lo que tendría que serle aplicado el contenido del artículo 177 bis 11, que, al contrario que la disposición del art. 59 bis de la Ley 4/2000 no condiciona su aplicación a ningún tipo de cooperación.

- GIL GIL, Alicia et al.: *Curso de Derecho penal. Parte General*, Dykinson, Madrid 2011.
- GIMENEZ SALINAS, Andrea: «Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos», en *El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación*, Documentos de seguridad y defensa, Centro Superior de Estudios de Defensa Nacional, 2006.
- HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid 1993.
- Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles, Defensor del Pueblo, 2012.
- JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 4.^a ed., Editorial Comares, Granada, 1993.
- KARA: *Tráfico sexual, el negocio de la esclavitud moderna*, Alianza editorial, 2009.
- LUZÓN PEÑA: *Nueva Enciclopedia Penal Básica*.
- Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, UNODC, Nueva York 2010 (módulos 4, 11 y 14).
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Código penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (comentarios y Jurisprudencia)*, tomo II, Parte Especial (artículos 138 a 639), Comares, Granada 2010.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa: «La trata de mujeres para explotación sexual», en *Prostitución y trata, marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- Memento experto, Reforma penal 2010, Ley orgánica 5/2010, Ediciones Francis & Taylor, Madrid 2010.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, Parte general*, Reppertor, Barcelona 2011.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa: *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- POMARES CINTAS, Esther: «El delito de trata de seres humanos con finalidades de explotación laboral», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011.
- Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de Personas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas 2010.
- Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y a la protección de las víctimas por la que se derogó la Decisión marco 2002/629/JAI.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1963.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, Civitas, Madrid 1997.

- SERRA CRISTOBAL, Rosario: *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007
- SILVELA, Luis: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, tomo II, 20.^a ed., Ricardo Fe, Madrid 1903,
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Trata de seres humanos», en *Comentarios a la Reforma del Código penal*, Álvarez García y González Cussac (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- TRODD, Zoe; BALES, Kevin, y WILLIAMSON, Alex Kent: *Modern Slavery, The secret World of 27 million People*, Oneworld, Oxford 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- «La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 13-14, 2011.
- «La trata de seres humanos para explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución», *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Villacampa Estiarte (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2012.