

EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 177 BIS CP

JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA

FISCAL DE SALA COORDINADOR DE EXTRANJERÍA

RESUMEN

Dado que la trata de seres humanos es una de las maneras más abyectas en que se manifiesta la esclavitud en el siglo XXI, este artículo pretende mostrar que en Europa la lucha contra la trata de seres humanos constituye un objetivo prioritario de sus organizaciones institucionales fundamentales y que una buena definición típica del delito y su aceptación uniforme por todos los Estados miembros de la Comunidad Internacional es un presupuesto básico para lograr la eficacia en esta lucha. Además, de la adopción de una pluralidad de acciones dirigidas a su prevención, su persecución y la protección integral de la víctima.

En estas líneas se describen, de manera muy sintética y sistematizada, los problemas más relevantes con los que se enfrentan los operadores jurídicos a la hora de interpretar y aplicar el artículo 177 bis del Código Penal.

Palabras clave: bien jurídico protegido, víctimas, trata, esclavitud.

ABSTRACT

Trafficking in human beings is one of the most despicable ways of modern slavery in the twenty-first century. This article shows that the fight against human trafficking is a priority in European institutional organizations and that a clear definition of this crime, accepted uniformly by all the Member States of the international community is a core need for reaching effectiveness in this fight. There is a need to adopt a number of actions for prevention, pursuit, and full protection of the victim. These lines are describe, very briefly and in a systematic way, the most important problems that legal operators are facing in interpreting and applying the article 177bis of the Spanish Criminal Code.

Keywords: human beings, victims, trafficking, Criminal Code.

1. INTRODUCCIÓN

La definición contemporánea del delito de trata de seres humanos ha sido formulada por el artículo 3 a) del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* (hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificado por España en 2003, BOE núm. 296 de 11 de diciembre).

En ese precepto se afirma que por “*trata de personas*” se entenderá la *captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza*

o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Del mismo modo precisa los tipos o modalidades de trata: esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Así delimitado, puede afirmarse que el delito de trata de seres humanos comprende un conjunto de acciones encaminadas a *apartar* o *sustraer* a la víctima de su entorno más inmediato de protección (familiar, cultural o social) para *desplazarla* a otro extraño con la *finalidad* de explotarla de cualquier manera posible. Con ello el tratante –ya sea por afán de enriquecimiento o para su aprovechamiento personal- pretende convertir a la víctima en una mera mercancía o en un instrumento sexual, productivo o banco de órganos, negándole la condición de persona que –como a todo ser humano- le corresponde. Por ello comúnmente se reconoce que la trata de seres humanos es una de las maneras más abyectas en que se manifiesta la esclavitud en el siglo XXI.

En Europa la lucha contra la trata de seres humanos constituye un objetivo prioritario de sus organizaciones institucionales fundamentales.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) adoptó en su 462ª Sesión Plenaria (24 de julio de 2003) la Decisión Núm. 557 en la que aprueba el Plan de Acción contra la Trata de Seres Humanos que en buena medida sigue las previsiones del Protocolo de Naciones Unidas.

El Consejo de Europa aprobó en Varsovia el día 16 de Mayo de 2005 el Convenio *sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Esencialmente sigue la definición del delito establecida por el Protocolo de Naciones Unidas aunque *expresa y formalmente* extiende su ámbito de aplicación a la trata doméstica o interna (artículo 2) y postula la tipificación de la utilización de los servicios de la víctima (artículo 19).

A su vez, la Unión Europea, tras proscribir la trata de seres humanos en la Carta de los Derechos Fundamentales por ser contraria a la dignidad de hombres y mujeres (artículo 5.3), exige su persecución penal a través de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*. El delito de trata de seres humanos lo define el artículo 2.1 siguiendo –de nuevo- el texto de Naciones Unidas pero ampliando sus modalidades a la *explotación para realizar actividades delictivas*.

Por la Ley Orgánica 5/2010 España ha adecuado su ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho internacional con relevancia penal de Naciones Unidas introduciendo el delito de *trata de seres humanos* en el nuevo artículo 177 bis, único precepto que integra también un nuevo Título VII bis, incluido en el Libro II del Código Penal. Muy recientemente, con la declarada finalidad de adecuarlo a la Directiva 36/2011/UE, por Ley Orgánica 1/2015 se han modificado los ordinales 1 y 4 de ese artículo y se ha añadido una nueva modalidad, la trata *con fines de matrimonios forzados*.

La exigencia de una buena definición típica del delito y su aceptación uniforme por todos los Estados miembros de la Comunidad Internacional es un presupuesto básico

para lograr la eficacia en la lucha contra la trata de seres humanos (**acción mundial contra la trata**).

Sin embargo no es suficiente. Todos los instrumentos normativos internacionales exigen además –con mayor o menor grado de imperatividad- la adopción de una pluralidad de acciones dirigidas a la **prevención del delito** (estudio y conocimiento criminológico exhaustivo del fenómeno de la trata en cada región, formación de expertos, campañas de divulgación social, formación y educación de los jóvenes estudiantes), la **persecución concertada del delito** (especialmente, la adecuación de la investigación del delito a las características de las víctimas para que no dependa el éxito final del proceso penal de su testimonio y la efectiva cooperación policial y judicial internacional) y la **protección integral de la víctima** (sistemas de detección e identificación de las víctimas, recuperación física y psicológica, seguridad física y protección jurídica, colaboración y participación de la sociedad civil a través de las ONG, evitación de la revictimización y retorno concertado de las víctimas).

El análisis pormenorizado de todo este *sistema integral de lucha contra la trata de seres humanos* exigiría un espacio muy superior al concedido para esta exposición. Por este motivo, en las líneas que siguen nos circunscribiremos a describir de manera muy sintética y sistematizada los problemas más relevantes con los que nos enfrentamos los operadores jurídicos a la hora de interpretar y aplicar el artículo 177 bis del Código Penal, significadamente los correspondientes a la pluralidad de conflictos “*concursoales*” que surgen habitualmente.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No hay duda de que el bien jurídico protegido por el artículo 177 bis CP, como declara expresamente el Preámbulo de la LO 5/2010, es la **dignidad** y la **libertad** de la persona. No es posible imaginar una condición más indigna que la esclavitud, esto es *el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos* (artículo 1.1 de la Convención de Ginebra de 1926 sobre la esclavitud) así como cualquier otra situación por la que se priva a un ser humano de su **calidad de persona** suprimiéndole su capacidad de plena autodeterminación.

La **dignidad** –conforme pregonan los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de (1966)- al constituirse en el fundamento de los derechos humanos tiene un reconocimiento universal y absoluto. Significa, por una parte, que cualquier atentado contra la dignidad humana se identifica con la violación de los más elementales derechos fundamentales; por otra, que no admite discriminaciones, exclusiones o limitaciones de ningún tipo.

En el artículo 177 bis CP el único bien jurídico tutelado es la dignidad del ser humano sin que contemple la defensa de otros intereses jurídicos. Por ello, aunque sea un delito esencialmente transnacional¹ su tipificación nada tiene que ver con la defensa

1 En España, según los datos propios de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, el 96’35 por cien de las víctimas de trata con fines de explotación sexual **identificadas** han sido trasladadas a España desde terceros países. En el caso de la trata con fines de explotación laboral supera ese porcentaje, que alcanza el cien por cien en el caso de la trata con fines de mendicidad.

de otros intereses de naturaleza formal como el control de los flujos migratorios y la indemnidad de las fronteras españolas. En consecuencia es jurídicamente irrelevante tanto la procedencia y nacionalidad de la víctima como cuál sea su situación administrativa de estancia o residencia en España. El delito de trata lo es de *seres humanos*, no lo es de *extranjeros*. Ésta es la razón por la que el ordinal 1 del artículo 177 bis se refiere al sujeto pasivo del delito como “*víctima nacional o extranjera*”².

Del mismo modo siendo la dignidad y la libertad derechos de titularidad individual y naturaleza personalísima, impide –según pacífica doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo– que pueda ser apreciada la **continuidad delictiva** prevista en el artículo 74.1 CP. En consecuencia, la trata de una pluralidad de víctimas –en una o varias acciones– mediando un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión dará lugar a la comisión de tantos delitos del artículo 177 bis CP como víctimas hayan sido tratadas, imponiéndose al tratante todas las penas correspondientes para su cumplimiento de conformidad con el artículo 73 CP.

3. LA ACCIÓN TÍPICA

La delimitación de la **acción típica** por el artículo 177 bis CP se ajusta a las exigencias del derecho internacional con relevancia penal. Incluso puede afirmarse que, tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, amplía convenientemente las exigencias mínimas establecidas por la Directiva 36/2011/UE, al incluir como modalidad independiente la trata con fines de celebración de *matrimonios forzosos*.

El artículo 177 bis CP estructura la **acción típica** mediante la definición de tres elementos cuya conjunción determina la existencia del delito: una serie de **conductas alternativas** (captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción, y el intercambio o transferencia de control sobre las víctimas); una pluralidad de **medios comisivos también alternativos** (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, abuso de necesidad, abuso de vulnerabilidad, y la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima); y un **tipo subjetivo** o finalidad perseguida que se manifiesta en diversas modalidades (imposición de trabajo o de servicios forzosos, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, explotación sexual, incluyendo la pornografía, explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de sus órganos corporales, o la celebración de matrimonios forzosos.).

La relación de conductas recogidas por el legislador indica que nos hallamos ante un delito que exige una mínima **circulación o movimiento territorial** de las víctimas, aunque no debe ser confundido con el delito de contrabando de personas (artículo 318 bis CP).

Normalmente se desarrolla en sucesivas etapas –desde la captación en el lugar de residencia de la víctima, su transporte al destino donde será explotada, hasta la recepción en el lugar de explotación– pero no se exige que se produzca un cruce de

2 Aunque parezca una precisión superflua el legislador consideró oportuno introducirla con el fin de reforzar la idea de que no nos hallamos ante una modalidad del tráfico ilegal de inmigrantes, tal como indebidamente se recogía en la legislación precedente en el ordinal segundo del artículo 318 bis CP.

fronteras exteriores³. En efecto, desde esta perspectiva comprende tanto la trata de carácter **transnacional** como la **doméstica** o **interna**. A esto se refiere el apartado primero del artículo 177 bis cuando recoge la locución *sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella*.

Sin embargo, el delito se consuma cuando se lleva a cabo *cualquiera* de las conductas descritas mediante *cualquiera* de los medios comisivos relacionados para *cualquiera* de los fines previstos en el precepto, sin necesidad de que se realicen todas las conductas relativas a las sucesivas etapas ni, por supuesto, llegue a producirse la efectiva explotación de la víctima. Quien utilizando uno de los medios comisivos capta a una persona con la finalidad de esclavizarla comete el delito aunque no se haya cerrado el ciclo del transporte o la recepción. Igualmente es autor del delito quien – siempre concurriendo los otros elementos típicos- hubiera participado exclusivamente en el transporte o en la recepción.

Del mismo modo, tal como está configurado el delito de trata de seres humanos nos hallamos en presencia de un **delito de consumación anticipada**. Ello significa que el delito se consuma aunque no se haya logrado la explotación efectiva de la víctima en ninguna de sus modalidades. En efecto, si la **explotación efectiva** llega a producirse nos encontraríamos en presencia de un concurso de delitos entre el delito del artículo 177 bis CP y el que proceda según el tipo de explotación de que se trate. Así lo reconoce expresamente el ordinal noveno de este precepto al establecer que *“en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”*⁴.

Los verbos nucleares definidores de la conducta típica –*captar, transportar, trasladar, acoger o recibir*- no ofrecen graves problemas exegéticos siempre que tengamos en cuenta que su comprensión y significado está siempre vinculada a los medios comisivos utilizados y la finalidad perseguida por el tratante.

Captar hace referencia al modo por el que se incorpora a la víctima en el proceso de dominación en que la trata consiste que según el medio utilizado comprende desde la recluta engañosa hasta el mismo secuestro.

Transportar (llevar a alguien de un lugar a otro por cualquier medio terrestre, marítimo o aéreo) no exige necesariamente que el tratante lleve a cabo personalmente el desplazamiento de la víctima. Si el medio comisivo es el engaño lo normal es que su actuación consista en asumir los gastos de desplazamiento de la víctima (*viático*).

3 Como afirma la Circular 5/2011 FGE analizando las diferencias entre las prescripciones del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, *los tipos definidos en uno y otro protocolo son especies perfectamente delimitadas de un género común. Ambos son delitos de tráfico de personas por cuanto exigen circulación o movimiento territorial de personas por cualquier procedimiento de transporte, pero mientras la ilicitud del tráfico, en el caso del delito de trata deriva de la utilización de unos determinados medios tendentes a la explotación del ser humano, en el caso del contrabando la ilicitud del tráfico está vinculada limitadamente a la introducción ilegal de la persona en un Estado del que no es nacional.*

4 A lo largo de la exposición se indicará el alcance de esta disposición tal y como ha sido interpretado por la Fiscalía General del Estado en su Circular 5/2011, en parte avalada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en supuestos –limitados- en los que ha tenido ocasión de pronunciarse.

Trasladar como se identifica con entregar la víctima de un tratante a otro. Por tanto abarca la cesión del control de la víctima de un sujeto a otro. Después de la reforma de la LO 1/2015 se ha despejado cualquier atisbo de duda pues expresamente el legislador se refiere al **intercambio o transferencia de control** de la víctima tratada. Estos casos comprenderán no sólo los supuestos de **compraventas o permutas**⁵ entre tratantes **mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios**, sino también las cesiones de la víctima que no impliquen contraprestación alguna, como puede ocurrir en algún supuesto de disposición de la víctima mediando abuso de superioridad.

Acoger y recibir son comportamientos que implican hacerse cargo de víctima que le dan, le envían, le ceden o transfieren, teniéndola directamente en su compañía (primer caso) o para alojarla a disposición de un tercero que será quien efectivamente la explote.

Según la experiencia forense española el modo más habitual de llevarse a cabo la captación (y normalmente el transporte) es a través del engaño consistente en falsas promesas de un trabajo bien retribuido ofrecido a la víctima mediante contacto directo (personal o utilizando internet), o indirecto (a través de terceros o mediante ofertas publicadas en medios de comunicación de cualquier naturaleza).

En el caso de la trata con fines de explotación sexual se acredita que muchas mujeres son captadas mediante seducción amorosa acompañada o no de promesas de matrimonio (“*love boy*”).

Si son víctimas subsaharianas la captación engañosa suele ir acompañada de otros medios especialmente intimidantes como la de someterlas a determinados ritos ancestrales tales como el *vudú*⁶.

En todo caso, el engaño está referido a la **explotación**, no a la actividad que la víctima consiente realizar. Así, el delito de trata se produce aunque la víctima sea consciente y acepte ser trasladada a España para realizar una actividad en el campo de la prostitución cuando es engañada en las condiciones en las que va a realizarla: sometida al dominio del tratante con la imposición de un régimen patentemente abusivo (imposibilidad de rechazo de clientes, realización de prácticas sexuales aberrantes, vivir en régimen de encierro, horarios ilimitados, imposición de multas, inexistencia de retribución etc.).

En ese primer momento de la captación (y eventualmente en el transporte), también se ha detectado –aunque en menor número– la utilización de medios violentos o gravemente intimidatorios. Sin embargo estos medios comisivos habitualmente son utilizados por los tratantes en la fase de recepción y efectiva explotación.

La **violencia** y la **intimidación** a que se refiere el artículo 177 bis CP comprenden cualquier acto de fuerza física, psíquica o moral aplicadas directamente al afectado o a un tercero –generalmente familiares– tendentes a obligar a la víctima a someterse al dominio del tratante.

5 Hay que llamar la atención en este lugar de que en España, lamentablemente, se están detectando un número creciente de mujeres reclutadas para el ejercicio de la prostitución mediante la *compra* no solo a terceros sino también a familiares, esposos o parejas.

6 Se recomienda la lectura del estudio *El vudú como elemento de coacción en el delito de trata*, escrito por ANA DOLS GARCÍA, Asesora de Asociaciones de Derechos Humanos GIZ (Agencia de Cooperación Alemana). Revista General de Derecho Penal 18 (2012). Asimismo, ver SSTS 349/2005, 1461/2005, 951/2009, 651/2010, 249/2011.

En España, la realidad acredita –sobre todo en el ámbito de la trata con fines de explotación sexual y con fines de mendicidad- que lo habitual es el uso de la fuerza física ejercida sobre la víctima encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión. A su vez, la intimidación es un medio comisivo especialmente utilizado por los tratantes en relación con las víctimas introducidas en territorio nacional de manera clandestina que ven aumentada su especial vulnerabilidad ante el temor a la expulsión. En algún caso se han detectado situaciones de extrema gravedad como el secuestro o retención de los hijos muy pequeños de la víctima, que son amenazados gravemente si la víctima se resiste a la dominación.

Al ser la *violencia* y la *intimidación* los mismos medios comisivos que integran los tipos básicos del delito de **coacciones** (artículo 172.1 CP) y del delito de **amenazas** (artículo 169 CP) no es posible que se produzca una situación de concurso de delitos, quedando las coacciones y, en su caso las amenazas, *consumidas* o *absorbidas* por el delito de trata de seres humanos (artículo 8. 3 CP).

Sin embargo, cuando la violencia o intimidación supere los límites de los delitos de coacciones y amenazas o, por su consecuencia se lleguen a producir resultados lesivos contra la vida, integridad física o psíquica de la víctima o vaya acompañada de la lesión de otros bienes jurídicos tutelados no comprendidos por los medios comisivos relacionados en el artículo 177 bis CP, entrarán en concurso real o medial con el delito de trata de seres humanos en atención a que concurra o no la necesidad instrumental que será valorada en cada caso.

La realidad española acredita que se persiguen habitualmente en conexión con la trata de seres humanos, significadamente en la modalidad de explotación sexual, los siguientes delitos: a) en relación de *concurso instrumental* el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP) y los delitos de falsificación de documentos oficiales (artículo 390 CP), tanto para facilitar la entrada fraudulenta en territorio español como para alterar la edad de la víctima; b) en relación de *concurso real*, los delitos de agresiones sexuales de las víctimas por los tratantes (artículos 178 y siguientes CP); y, c) en relación de *concurso real o ideal*, según las circunstancias concurrentes, las privaciones de libertad de la víctima en el lugar de recepción y explotación constitutivas del delito de detenciones ilegales (artículo 163 CP)⁷.

Las modalidades abusivas, según pacífica doctrina jurisprudencial, implican una relación de **prevalimiento** del tratante, derivada ya de una **situación de superioridad** respecto a la víctima, ya de un **estado de necesidad** en el que ésta se encuentra, ya por la **específica vulnerabilidad** de la misma en razón a su edad, enfermedad, u otra condición similar. Siguiendo las orientaciones del derecho internacional, el artículo 177 bis CP exige otro requisito de aplicación como es el de que la persona afectada no tenga “*otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*”.

7 Encierro en el propio club donde la víctima es obligada a trabajar o a ejercer la prostitución y supuestos de vigilancia extrema con salidas controladas. Incluso, en la experiencia española ha sido desarticulada una organización dedicada a la trata de mujeres subsaharianas que había establecido una *guardería* de niños en una determinada provincia, hijos de víctimas que eran obligadas a ejercer la prostitución en otra provincia distinta. La crueldad de la trata se refuerza con la captación de madres con hijos muy pequeños que se les traslada conjuntamente en travesías marítimas de extraordinario riesgo para sus vidas.

Dada la generalidad e indefinición de los supuestos recogidos como la dificultad probatoria de los requisitos añadidos se comprenderá fácilmente que tanto el abuso de la situación de necesidad y de vulnerabilidad apenas tienen relevancia en la realidad forense. En efecto, en la práctica ha desencadenado que las acusaciones y las condenas por el delito de trata de seres humanos –cuando la víctima es mayor de edad- no puedan fundarse en la utilización exclusiva de estos medios comisivos de prevalimiento. Si en las resoluciones judiciales se citan situaciones de abuso son a modo de añadido que refuerza la situación fáctica de dominación derivada de los medios intimidatorios, coercitivos y violentos⁸.

El **prevalimiento de superioridad** comprende, como afirma la Circular 5/2011, todos los casos de sometimiento de la víctima y *no solo los que tengan su causa en el pleno sometimiento de la víctima al padre, marido, patriarca o líder comunitario que todavía se producen en determinadas culturas, sino también aquellos en que la víctima se encuentre previamente tratada o en régimen asimilable a la esclavitud*.

Este tipo de prevalimiento se halla comprendido en el medio comisivo descrito en el artículo 177 bis CP cuando refiere “*mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*”. En efecto, lo decisivo de este medio comisivo no se encuentra tanto en *la entrega o recepción de pagos o beneficios* sino en la existencia de una situación de control de la víctima por un tercero hasta el punto de poder disponer de ella como si fuera un mero objeto semoviente. En efecto, como hemos adelantado, el delito de trata también se producirá por el acto de disposición del tratante que actúa a modo de *dueño de la víctima*, aunque se haya realizado sin compensación económica o beneficio alguno. Obviamente, el prevalimiento de superioridad será el medio comisivo más habitual en los delitos de trata con fines de matrimonios forzados.

Por fin, en relación con el régimen jurídico de los medios comisivos es oportuno recordar tres aspectos relevantes.

En primer lugar, que, como recoge la Circular 5/2011 FGE, *los medios comisivos son alternativos en el sentido de que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases. Pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso. Al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y alojar con violencia*.

En segundo lugar, que los medios comisivos reseñados se erigen en elemento típico *solo* cuando la víctima tratada fuera mayor de edad. Por el contrario, tal como prescribe el ordinal segundo del referido precepto, *aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de **menores de edad con fines de explotación***. El legislador nacional –como el internacional- considera con pleno sentido que en todo caso los menores de dieciocho años carecen de capacidad para prestar su consentimiento a su incorporación en el proceso de trata.

8 La mujer toxicómana, la madre en paro carente de ningún tipo de ingresos, la mujer con discapacidad psíquica moderada o que no alcanza el 33% de minusvalía intelectual, que **consienten** someterse al proceso de trata o de dominación para la explotación sexual por un tercero, en la realidad judicial quedan excluidas de la protección de este precepto porque no es posible acreditar que no tuvieran otra alternativa real o aceptable que someterse al abuso.

En tercer lugar, que el ordinal tercero del artículo 177 bis CP, se preocupa de precisar que *el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo*.

Evidentemente, el *consentimiento* a que se refiere este precepto no puede ser otro que el que autoriza la recluta, traslado y recepción –flujo de la trata- pero no puede referirse a la aceptación de la propia situación de dominio o de explotación, pues jurídicamente está vedado que una persona pueda libremente aceptar su condición de esclavo. Ello implicaría una violación tanto del *ius cogens* internacional sobre derechos humanos como de las normas imperativas del derecho interno reguladoras de cualquier actividad laboral reconocida o no⁹.

Son tales las dificultades que plantea el consentimiento de la víctima en el delito de trata, sobre todo cuando se ha producido en condiciones de necesidad o vulnerabilidad, que en la Reunión de Expertos de la UNODC celebrada en Viena el 17 y 18 de febrero de 2014 –en la que ha participado la Fiscalía española- se ha planteado la necesidad de modificar, incluso suprimir, la referencia al consentimiento de la víctima tal y como es recogido en el artículo 3 del Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

4. TIPO SUBJETIVO: MODALIDADES DE TRATA

Las cinco modalidades previstas por el legislador no tienen por qué presentarse de forma independiente; al contrario, es relativamente común la posibilidad de que una víctima sea tratada con distintos fines (por ejemplo, matrimonio forzado con fines de explotación laboral).

En estos casos, de la misma manera que basta la acreditación de uno de ellos para entender que el delito ha sido consumado, la concurrencia de varios fines no puede dar lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata respecto de la misma víctima. Si se han producido distintas formas de explotación, el mayor desvalor de la acción con pluralidad de fines se tomará en consideración a la hora de delimitar la extensión y alcance del concurso entre el delito de trata de seres humanos y el delito de explotación que corresponda: cuando solo concurre uno de los fines podrá dar lugar a un concurso medial de delitos (artículo 77.4 CP) o, en su caso, a un concurso aparente de normas (artículo 8 CP); cuando sean varios los fines del tratante, solo uno de ellos entrará en

9 El bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de los trabajadores lejos de tener una naturaleza subjetiva que contemple los derechos que corresponden al trabajador en su consideración individual, es de naturaleza múltiple y compleja en el que concurren no solo los intereses del trabajador afectado sino también los del propio Estado en el **mantenimiento del régimen jurídico de naturaleza necesaria o imperativa de las relaciones laborales** que el mismo ha establecido como manera de impedir que se produzcan situaciones de explotación. En el caso de la explotación sexual –actividad no laboral- el párrafo segundo del ordinal 2 del artículo 187 (modificado por la LO 1/2015) expresamente establece que *“se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica; b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”*.

esa regla especial de aplicación de la pena, debiendo pensarse los restantes delitos de explotación efectivamente llevada a efecto de manera separada (artículo 73 CP).

La **imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad** son situaciones o instituciones proscritas por el derecho internacional. Cada una de ellas ha sido delimitada por distintos instrumentos normativos: el trabajo o servicio forzado se encuentra definido por el artículo 2.1 del *Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930*; de la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud se preocupan la *Convención sobre la esclavitud de 1926* (artículo 1), la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956* (artículo 7), y el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998* (artículo 7.2 c del Estatuto); la servidumbre es delimitada por la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956* (artículo 1); por fin, la mendicidad ha sido incorporada en la medida en que concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso (*Convenio N° 29 de la OIT y considerando 11 de la exposición preliminar de la Directiva 36/2011/CE*).

En Derecho español no se encuentra tipificado expresamente el delito de esclavitud (como ocurre por ejemplo en el Código Penal italiano). Sin embargo toda vez que la actividad desarrollada por la víctima suele ser de *naturaleza laboral*, si es realizada en condiciones de esclavitud, servidumbre o de manera forzada, provocará un concurso de delitos entre el artículo 177 bis 1 a) y un delito contra los *derechos de los trabajadores* o de *explotación laboral* penalizada por los artículos 311.1 o 312.2 CP. En este caso, el delito de trata es un delito instrumental que deberá ser castigado de la manera prevista en el artículo 77.3 CP.

Del mismo modo si se hubiese utilizado a menores o a personas con discapacidad para pedir limosna entraría en **concurso instrumental** con el delito del artículo 232. 1 CP. En cambio, se puede producir un **concurso aparente de normas**, que deberá ser resuelto por el criterio de la alternatividad (*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*, artículo 8.4 CP) entre el artículo 177 bis CP y los supuestos de tráfico menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, cuando además del movimiento territorial *se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud* (artículo 232.2 CP).

El concepto de **explotación sexual** –según pacífica doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo– exige en todo caso el ánimo de lucro del autor del delito (SSTS 450/2009, 1171/2009, 1238/2009, 378/2011). En ella se comprende no solo la imposición de la **prostitución** (artículos 187 y 188 CP) sino también cualquier otra actividad asociada a ella como la imposición del alterne, masajes eróticos u otras de carácter erótico sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o “*strip tease*” y la pornografía a la que expresamente se refiere el precepto¹⁰.

En España la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, significadamente para el ejercicio de la prostitución de mujeres y menores, está seriamente extendida

10 Esto es, como afirma la STS Núm. 373/2011, *cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil.*

constituyendo uno de los fenómenos criminales de mayor preocupación. Según el control directo que lleva a cabo la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, durante el año 2014 hemos abierto 168 diligencias de Seguimiento por Delito de Trata de Seres Humanos de las que 154 investigan episodios de trata con fines de explotación sexual (91'66 %), 11 con fines de explotación laboral (5'95 por cien) y cuatro con fines de mendicidad (2'38 %). Estos datos son confirmados desde otras instancias públicas¹¹.

Por ello es común que, cuando la explotación sexual se ha llevado a cabo efectivamente, el artículo 177 bis CP entre en **concurso medial** de delitos con los correspondientes delitos de explotación sexual, en especial con el delito de prostitución de mayores (artículo 187 CP)¹² o de menores (artículo 188 CP) o, en el caso de captación de menores o personas con discapacidad con fines exhibicionistas o pornográficos, con el artículo 189 CP.

La **explotación para realizar actividades delictivas** ha sido incorporada como modalidad diferenciada por la reforma del artículo 177 bis CP llevada a cabo por LO 1/2015. Es una exigencia de la Directiva 36/2011/UE, fundada en la necesidad de eludir cualquier duda sobre la extensión del concepto más restringido de trabajos o servicios forzados.

Aunque el Preámbulo de la Directiva 36/2011/UE señala los casos más habituales en el que se desenvuelve (*carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica*) lo cierto es que la locución *actividades delictivas* tiene un contenido mucho más amplio pues en principio no excluye ninguna conducta tipificada como delito.

Evidentemente, los verdaderos problemas exegéticos no se plantean a la hora de delimitar su ámbito objetivo de aplicación (en principio comprende tanto la actividad delictiva leve, menos grave y grave), sino en el momento de establecer las pautas de exclusión de la responsabilidad criminal que debe serle reconocida a la víctima según el apartado once del artículo 177 bis CP al que nos referiremos posteriormente.

Al contrario que en el delito de *tráfico de órganos* (artículo 156 bis CP)¹³, en el delito de trata con fines de **extracción de sus órganos corporales** es la propia víctima la que es captada, trasladada y recibida para extraerle sus órganos. Si con posterioridad se trafica o se trasplanta el órgano extraído nos encontraríamos ante un supuesto de **concurso aparente de normas** entre ambos preceptos a resolver

11 Vide los últimos informes anuales del Centro Inteligencia contra el Terrorismo y contra el Crimen Organizado (CITCO).

12 Así la STS Núm. 53/2014 siguiendo el criterio de la Circular 5/2011 declara: *pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se trata de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como trata de seres humanos, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos previstos en el párrafo primero del precepto. En consecuencia, en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77 1º para el denominado concurso medial.*

13 Donde se castiga a quienes promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

por el artículo 8.4 CP. Como establece la Circular 5/2011 *sería de aplicación el artículo 177 bis CP cuando —dadas las penas previstas- el órgano extraído no fuera principal. En estos casos, una vez practicada la extracción —fase de agotamiento- el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido.*

El legislador de 2015 ha introducido como nueva finalidad la **celebración de matrimonios forzados**. Es una modalidad mucho más amplia que la prevista en el artículo 1 c) de la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956*¹⁴ porque amplía el ámbito subjetivo de aplicación (pueden ser víctimas tanto las mujeres, como los niños y los hombres adultos) y porque en ningún caso exige la concurrencia de ánimo de lucro en los tratantes.

Con ello la locución “matrimonios forzosos” comprenderá los *matrimonios precoces, los serviles, los arreglados, los matrimonios como indemnización o como transacción, los temporales y los matrimonios con fines de procreación*, tal y como se refiere el Manual de Trata de Seres Humanos de Naciones Unidas para Parlamentarios siempre que haya concurrido cualquiera de los medios y conductas alternativas de trata.

Cuando el “matrimonio forzoso” ha llegado a celebrarse, el delito de trata de seres humanos es instrumental del nuevo delito de coacciones tipificado en el artículo 172.1 bis CP si el **consentimiento matrimonial** se obtuviera con violencia o grave intimidación¹⁵.

5. TIPOS CUALIFICADOS

El tipo básico del artículo 177 bis CP está castigado con una pena de cinco a ocho años de prisión. No obstante en los ordinales cuatro, cinco y seis del artículo 177 bis se prevén subtipos cualificados que, en todos los casos, exacerban las penas de prisión (de ocho a doce años) y, en algún supuesto, prevén la imposición de graves penas privativas de derechos.

El primero (ordinal 4 letra a del artículo 177 bis), se refiere a cuando con ocasión de la trata *se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito*. La doctrina del Tribunal Supremo (analizando el número dos de artículo 318 bis CP antes de la reforma de 2010, de idéntico sentido) considera que no nos hallamos en presencia de un *peligro abstracto* sino *concreto* en el que es preciso —tras valorar todas las circunstancias concurrentes- que se aprecie la existencia de un **riesgo cierto de lesión** para la vida o integridad física o psíquica de la víctima.

14 Artículo 1 c) *Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.*

15 *El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

La puesta en peligro de la vida e integridad de la víctima puede producirse tanto en el desarrollo de la conducta típica alternativa (por ejemplo, transporte en embarcación marítima sin unas mínimas condiciones de navegabilidad), en el medio comisivo utilizado, como en la manera de verificarse el alojamiento o recepción de la víctima (graves violencias, imposición de condiciones de vida insalubres, aislamiento, condiciones estresantes, etc.).

En estos casos, si además del riesgo prevenido se produce la muerte o lesión de la víctima, por razón del principio del *non bis in ídem* no es posible aplicar este subtipo agravado, sino el tipo básico de trata en **concurso ideal** con el delito de resultado que se produzca.

El segundo (ordinal 4 letra b del artículo 177 bis) engloba una serie de circunstancias personales de las víctimas: *la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad*.

Salvo el caso de los menores de edad, que constituye una circunstancia objetiva – menores de dieciocho años-, el resto engloba una pluralidad de condiciones de la víctima que deben ser valoradas caso a caso, de manera circunstancial. Comprenden un cúmulo de situaciones en las que la víctima ve mermada seriamente su capacidad de autodeterminación por razón de concurrir **circunstancias especiales o añadidas** de vulnerabilidad derivadas de su estado físico o psíquico que, necesariamente, deben ser más graves, intensas y diferenciadas de las tomadas en consideración para configurar el tipo básico (gravísimas discapacidades físicas o psíquicas, ancianos, etc.).

La experiencia española acredita que los casos más comunes de aplicación son los supuestos en que la víctima es menor de edad. Sin embargo, para que la minoría de edad pueda ser apreciada como circunstancia del subtipo cualificado es imprescindible que se haya utilizado cualquiera de los medios comisivos del apartado primero del artículo 177 bis CP. Esta interpretación es la única manera de impedir que una misma circunstancia sea aplicada en dos ocasiones respecto del mismo delito (principio del *non bis in ídem*), pues el apartado 2 del artículo 177 bis CP dispone que “*aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación*”.

Si concurrieren las dos circunstancias señaladas se impondrá la pena en su mitad superior, esto es prisión de 10 a 12 años (artículo 177 bis ordinal 4 párrafo in fine).

El tercero (ordinal 5 del artículo 177 bis), recoge un subtipo de **delito especial impropio**¹⁶ en atención a la condición personal del sujeto activo, por lo que se exige que la autoridad, funcionario o agente realice cualquiera de las conductas constitutivas de trata a título de autor, cooperador necesario o inductor. Si su participación fuera secundaria o accesoria podría responder sólo a título de cómplice.

16 *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurre además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.*

El cuarto (ordinal 5 letra a del artículo 177 bis)¹⁷ exacerba la pena del delito cuando es realizado en el ámbito del crimen organizado por lo que puede entrar en colisión con los delitos tipificados en los artículos 570 bis (*organización criminal*) y 570 ter (*grupo criminal*), que expresamente prevén una agravación específica de las respectivas penas cuando tuvieran como objeto la comisión de delitos de trata de seres humanos.

Ello determina que surjan continuamente conflictos concursales que deben ser resueltos partiendo de la consideración de que nos hallamos en presencia de un **concurso aparente de normas** que debe ser resuelto por el criterio de la gravedad de la pena a imponer. Así lo establece el ordinal segundo párrafo segundo del artículo 570 quáter al disponer que *“en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”*.

Junto a estos subtipos cualificados el ordinal 10 letra a del artículo 177 bis, siguiendo lo previsto por el artículo 25 del Convenio de Varsovia contra la trata de seres humanos, ordena valorar las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de trata de seres humanos a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia¹⁸.

La cooperación internacional policial debe favorecer esa previsión legal trasladando a los atestados cualquier información que se tenga al respecto. Los mecanismos de cooperación jurídica internacional o auxilio judicial –que deben ser impulsados por el Ministerio Fiscal– aportarán la documentación oportuna por la que se acredite la naturaleza del delito enjuiciado, la firmeza de la sentencia extranjera y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.

6. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA

Tanto la víctima de trata de seres humanos que ha sido captada con el único fin de la *comisión de actividades delictivas* como la que es obligada a la comisión de cualquier delito, aunque hubiera sido tratada con otra finalidad, puede quedar exenta de pena siempre que concurren las condiciones establecidas por el ordinal 11 del artículo 177 bis CP: *sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño*

17 *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.*

18 *Apartado 10 del artículo 177 bis CP Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*

o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Con este precepto el legislador español intentó cumplir con la iniciativa adoptada por el Convenio del Consejo de Europa contra la Trata que en el artículo 26 ordena a los Estados miembros que prevean la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas *por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello.*

Con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 177 bis CP, la Directiva 2011/36/UE, recogió esa idea en el artículo 8 al disponer que *los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.* Con ello elevó su carácter imperativo (*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar*) y amplió el modo de aplicarse esta exención penal, pues puede valorarse tanto en la fase de instrucción (*no enjuiciar a la víctima*) como en sentencia (*ni imponer penas a la víctima*).

El apartado 11 del artículo 177 bis CP, además de cumplir con las exigencias de la Directiva¹⁹, introduce una regla delimitadora como la de que ***exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.***

Es imposible determinar a priori el alcance y extensión de la “*proporcionalidad*” a la que se refiere éste precepto. Habrá que estar a las circunstancias concurrentes que acrediten una patente disminución de la capacidad de elección o decisión de la víctima en el momento de la comisión del delito, esto es, demuestren una importante limitación de su *culpabilidad*²⁰.

19 El apartado 14 del Preámbulo de la Directiva 2011/36/UE justifica la exención con fundamento en que “*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*”. Como advierte la Circular 5/2011 FGE *Es difícil precisar la naturaleza, extensión y efectos de la exclusión punitiva prevista en este artículo. Si acudimos a la justificación que proporciona la exposición preliminar de la Directiva de la Unión Europea –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– parece que participa de la naturaleza jurídica de las **excusas absolutorias** por haberse fundado en razones de política criminal. Sin embargo, al exigirse que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2, parece definir un supuesto relacionado con el **principio de no exigibilidad de otra conducta**, tal y como reconoce la Circular 3/2010 de la FGE, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.*

20 Como afirma la Circular 5/2011 *podría afirmarse que está pensando en aquellos supuestos en que –sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable– se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, que por su situación de sometimiento se ve compelida a realizar los delitos ordenados por el tratante.*

El juicio de proporcionalidad lo es entre la situación de sumisión al tratante de la víctima con el **hecho criminal realizado** que, dados los términos del precepto, puede constituir cualquier delito, aunque lo habitual es que guarde una estrecha relación con la modalidad de trata que se persiga en el proceso.

A la espera de una doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que delimite correctamente esta cuestión, son válidos los criterios establecidos por la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado aplicados en los supuestos más habituales que se suscitan en la práctica forense española²¹: a) víctimas explotadas sexualmente que han sido obligadas a cometer una pluralidad de actividades criminales de diversa naturaleza en beneficio de los tratantes, significadamente delitos contra el patrimonio y en la distribución de drogas entre los clientes; b) mujeres forzadas a prostituirse que han sido obligadas a realizar distintas funciones de colaboración con los tratantes (especialmente de control y vigilancia de otras víctimas), e, incluso, en ocasiones, cuando se ha hecho depender su liberación a cambio de que capten a otras víctimas en su país de origen para que las sustituyan; c) hombres y mujeres de nacionalidad extranjera que han colaborado con el tratante en la falsificación de documentación con objeto de facilitar su entrada subrepticia en España.

Fecha de recepción: 10/12/2015. Fecha de aceptación: 17/12/2015

21 La trata de seres humanos con fines de explotación *para realizar actividades delictivas* es una de las modalidades del delito de trata del que, hasta la fecha, no tenemos antecedente alguno ni en la jurisprudencia española ni en las Diligencias de Seguimiento del Delito de Trata de Seres Humanos que controla la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado.