

UNA PERSPECTIVA GLOBAL DEL DERECHO PENAL

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
DR. JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ

Dulce María Santana Vega
Silvia Fernández Bautista
Sergi Cardenal Montraveta
David I. Carpio Briz
Carlos Castellví Monserrat
(Directores)



Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2021 Los autores

© 2021 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-84-1

Depósito legal: B 20018-2021

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

LAS VÍCTIMAS DE TRATA Y SU CRIMINALIZACIÓN. ALGUNAS REFLEXIONES PARA UNA LEY INTEGRAL CONTRA LA TRATA¹

Margarita Martínez Escamilla

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

I. UN MODELO CRIMINALIZADOR DE APROXIMACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE TRATA

En parte por la configuración normativa, en parte por la práctica arraigada, lo cierto es que el modelo de aproximación, detección e identificación de las víctimas de trata en nuestro país es un modelo criminalizador, especialmente cuando éstas se encuentran en situación de irregularidad migratoria o han podido cometer algún delito en el contexto de la trata. En estos casos, las necesidades de la víctima suelen quedar opacadas por una política migratoria que prioriza la expulsión o por los fines de la persecución del delito. Desde esta perspectiva, quisiera plantear algunas ideas y propuestas para una Ley integral contra la trata, que resulta urgente e imprescindible, no solo por la cantidad

1. Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto «Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión» (acrónimo: Iusmigrante) (PID2019-105778RB-I00, convocatoria Proyectos I+D+i 2019), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

de normas de diferentes ámbitos que convendría introducir o modificar, sino fundamentalmente porque urge corregir dicho modelo.

Para que exista trata no es necesario que la víctima sea una ciudadana extranjera, ni es necesario que esté en situación irregular, pero existe una evidente interrelación entre la trata de personas y los procesos migratorios. El no tener «papeles» hace que quien es víctima de un gravísimo delito se convierta, a la vez, en infractora de la legislación de extranjería y el Derecho de extranjería es un auténtico «derecho administrativo del enemigo». Poco tiene que envidiar al Derecho penal en cuanto a la contundencia de sus instrumentos. La expulsión, que puede tener para la víctima una aflicción incommensurable, es tanto una sanción penal como una sanción administrativa y el Derecho de extranjería, puede —al igual que el Derecho penal y a pesar de lo que establece el art. 25.3 de la Constitución— privar a las personas de su libertad, aunque en el caso de la extranjería la privación de libertad se califique de medida cautelar y tenga una duración máxima de sesenta días en un Centro de Internamiento para Extranjeros (en adelante, CIE).

Cualquier abordaje de la trata ha de tener en cuenta el elemento extranjería, particularmente la irregularidad migratoria, que convierte a las víctimas de trata en más vulnerables aún. El miedo a la expulsión no solo es utilizado por tratantes y explotadores, sino que es además una de las razones por las que estas víctimas tratan de evitar a la policía y desconfían de ella, a pesar de que son las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante, FCSE) las encargadas de identificarlas como víctimas.

Es cierto que muchas veces la detección de las víctimas de trata no es tarea fácil, pero otras muchas no son detectadas a pesar de los múltiples indicios existentes. Una de las causas que a mi juicio explica el déficit de detección e identificación que sin duda existe, son los prejuicios que genera su condición de infractoras de la legislación de extranjería y la sospecha de que mienten para evitar la expulsión y conseguir «papeles». La desconfianza se da también hacia las mujeres por parte de quienes han de detectarlas.

La presencia en los CIE de mujeres víctimas de trata² es una prueba de los de esos déficits, pues para que una mujer llegue al CIE ha tenido que pasar por varias instancias, todas ellas competentes para poner en marcha los protocolos de identificación: la policía, que constata su situación de irregularidad administrativa, instruye un expediente sancionador y solicita el internamiento; el juez de instrucción, que autoriza la privación de libertad tras una vista preceptiva; el fiscal que informa favorablemente; el abogado que ha de asistirle en la vista previa al internamiento. Todos ellos deben actuar cuando observan indicios de trata y tienen un especial deber de observar en determinados contextos.

2. Vid. los casos documentados por WOMENS'LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los Centros de Internamiento. Realidades entre rejas*, 2012, accesible online. También, MARTÍNEZ ESCAMILLA (dir.), *Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento*, Ed. Gakoa, 2013. Existe versión digital en régimen de creative commons, disponible en: <http://eprints.ucm.es/21399/>; PUEBLOS UNIDOS, *Cie Informe 2013: criminalizados, internados, expulsados*, 2014, accesible online.

El CIE es la antesala de la expulsión, lo que hace que se agudicen las sospechas sobre la sinceridad de la mujer. Pero hay que ser también conscientes de que, en ocasiones, sólo cuando la mujer percibe su expulsión como inminente se sentirá capaz de contar su historia y pedir ayuda. Sin embargo, el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, presta nula atención a las víctimas de trata, sin establecer protocolos para su detección, ni siquiera reproducir los apartados del Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos que hacen referencia a la detección e identificación de víctimas en los CIE. Por ello, una Ley integral contra la trata debería también incluir una reforma de este Reglamento para introducir un protocolo de detección y también para permitir el acceso a las zonas comunes a las asociaciones que intervienen con personas víctimas de trata³ al tiempo que garantizar espacios para confidencialidad.

Es un principio básico recogido en instrumentos normativos nacionales y supranacionales, que la trata debe ser abordada como una cuestión de derechos humanos. Pero a poner las necesidades de la víctima por delante de los fines de las políticas migratorias o de la persecución criminal, no ayuda el hecho de que en las mismas unidades de policía coinciden las funciones de lucha contra la trata y de lucha contra la inmigración irregular⁴. Es un solapamiento de funciones que ha sido señalado como problemático, apreciación en la que coincido⁵. Pensemos, por ejemplo, en una operación policial que se presenta como una operación contra la trata de personas y se anuncia que han sido «liberadas» un grupo numeroso de mujeres. Si hiciéramos un seguimiento probablemente nos encontraríamos con muy pocas víctimas de trata identificadas como tal y muchas mujeres expulsadas por estancia irregular. Desde la lucha contra la inmigración irregular, la operación habrá sido un éxito⁶. Esta es a mi

3. Cuando oímos hablar de asociaciones que visitan los CIE, podríamos pensar que «visitar» significa entrar e interactuar libremente con las personas privadas de libertad en el patio o en otros espacios comunes. Esto no es así. La comunicación se suele producir en los locutorios, por lo que las personas más vulnerables, que en muchos casos ni siquiera hablan español, difícilmente pueden entrar en contacto con las asociaciones que trabajan con víctimas de trata.

4. A la Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales (UCRIF CENTRAL), le corresponde la investigación de las actividades delictivas, de ámbitos nacional y transnacional, relacionadas con la trata de seres humanos, el tráfico de personas, la inmigración ilegal y las falsedades documentales en esta materia, así como de los delitos conexos a aquéllos.

5. Así, RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, *Informe de la Red Española contra la Trata de Personas para la Oficina de Coordinación Europea de Lucha contra la Trata*, 13 de mayo de 2020, p. 11, accesible online.

6. En el informe monográfico del Defensor sobre la trata de personas, se da cuenta de un operativo policial de desarticulación de una red organizada de trata. Aunque no es un hecho reciente, sino que data de 2008, me permito introducirlo porque es muy ilustrativo del temor que he expresado en el texto. En dicho operativo habrían sido detenidas 599 mujeres. De ellas tan sólo dieciocho denunciaron su condición de víctimas. Según los responsables policiales, respecto del resto de las mujeres detenidas «no quedó demostrado tras la intervención policial que fueran víctimas de trata de personas y ninguna solicitó el amparo que permite la legislación de extranjería».

juicio una derivada de la lucha contra la trata a la que se debería prestar atención.

A lo largo de esta contribución, voy a permitirme hablar de mujeres y niñas para aludir a las víctimas de trata, y algunas de mis reflexiones tendrán como referencia la trata para la explotación sexual⁷. No obstante, mis consideraciones son perfectamente trasladables a otras identidades sexuales o de género y a otras modalidades de trata.

II. IDENTIFICACIÓN Y REGULARIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA A LA LUZ DEL ART. 59 BIS DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

La respuesta que se ofrece desde el Derecho de extranjería a las víctimas de trata en situación de irregularidad migratoria la encontramos en los artículos 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (en adelante, LOEX), y en los artículos 140 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, REx): una vez detectada una persona en situación irregular en la que concurren indicios de ser una posible víctima de trata, se le ha de ofrecer un periodo de restablecimiento y reflexión, al tiempo que se suspende el expediente sancionador por estancia irregular que le hubiese sido incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución que hubiera sido acordada. Finalmente, cuando se considere que la mujer es víctima de trata —hablaríamos ya de identificación—, a la víctima se le facilitará, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o su regularización migratoria mediante la obtención de permiso de residencia y de trabajo⁸.

Lamentablemente todo parece indicar que a fecha de hoy persisten los déficits en la aplicación de esta previsión legal que ya señalaba el Defensor del

[...]. Por otra parte, estas personas, además de encontrarse en situación irregular en España, carecían de domicilio y de arraigo, entendiéndose como tal la existencia de vinculaciones lícitas con nuestro país, de familia o trabajo, ya que ejercían una actividad, la prostitución, no reconocida por la legislación laboral española, con lo que también se puede estimar que carecían de medios ordinarios de vida, circunstancias que se consideran motivación suficiente para proponer la expulsión de las extranjeras expedientadas» (DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España*, Madrid, 2012, p. 143, accesible online).

7. Una recopilación de informes que intentan una cuantificación a nivel internacional de la trata de personas, y concluyen que un elevado porcentaje de las víctimas de trata son mujeres y niñas, en: GUIASOLA LERMA, «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIX (2019), pp. 184 y ss.

8. Razones de espacio no me permiten analizar la posibilidad de las víctimas de trata de solicitar protección internacional de acuerdo con lo establecido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Pueblo en su informe monográfico sobre trata de 2012⁹. En este sentido, en la Memoria 2019 de la Fiscalía General del Estado, se habla de la «dudosa eficacia» de este precepto¹⁰ y la Red Española contra la Trata de Personas, en un interesante informe de 2020, denuncia una clara involución desde 2018 en aspectos claves, como, por ejemplo, la colaboración en la identificación de víctimas entre FCSE y las ONGs especializadas¹¹.

Son varias las cuestiones que plantea el art. 59 bis LOEx, pero me gustaría acentuar que este precepto *no condiciona* la obtención de autorización de residencia y trabajo a la cooperación de la víctima de trata para los fines de la investigación o del proceso penal, sino que también prevé la concesión de tales permisos «en atención a su situación personal» (art. 59 bis. 4. LOEx). Esta doble vía es necesaria de acuerdo a lo establecido en el art. 14.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005) (en adelante, Convenio de Varsovia) y con lo dispuesto en el art. 11.3 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. Según este último precepto, «[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la asistencia y el apoyo a la víctima no se supediten a la voluntad de esta de colaborar con la investigación penal, la instrucción o el juicio [...]».

Ahora bien, frente a la dicción del precepto, que establece esta doble vía, resulta sorprendente lo extendida que está la idea errónea de que para la regularización de la situación administrativa de la víctima de trata es imprescindible su colaboración en la investigación o en el proceso penal. Pero este estado de opinión no es casual y puede tener origen en varios motivos. En primer lugar, en el propio art. 59 bis, que sí establece dicha conexión con el previo periodo de restablecimiento y reflexión, al precisar que «deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal». Esta conexión debería desaparecer pues el periodo de restablecimiento y reflexión ha de ser otorgado a cualquier víctima de trata que lo necesite, con independencia de si puede o quiere colaborar en la persecución del delito. A la idea generalizada de que para obtener la regularización migratoria es necesario colaborar puede contribuir además las escasas ocasiones en las que parece ser se ha concedido permiso de trabajo y residencia en atención a la situación personal¹². Y también

9. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España*, Madrid, 2012, pp. 137 y ss., accesible online.

10. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2019*, p. 1236. accesible online.

11. RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, *Informe*, p. 12.

12. Desde el Proyecto Iusmigrante se ha solicitado a través del portal de transparencia información desglosada sobre la aplicación del art. 59 bis LOEx, que no ha sido recibida al tiempo de redactar este artículo. Se consultaba el número de víctimas a las que le fue aplicado en art. 59 bis y, en concreto, a cuántas se les había concedido permiso de residencia y trabajo por su colaboración con la investigación y a cuántas por su situación personal. Sobre la falta de datos, AMNISTÍA INTER-

a la propia redacción del art. 59 bis LOEx, que, mediante el uso de verbos potestativos, parece configurar la concesión de permiso de residencia y trabajo como una potestad discrecional de las autoridades competentes, cuando la ayuda para el retorno o la regularización es un derecho de la víctima.

Desde el enfoque victimocéntrico basado en la protección de los derechos humanos que ha de inspirar cualquier abordaje de la trata de personas, resulta evidente que ha de prevalecer el bienestar de la víctima —que puede encontrarse en circunstancias muy delicadas—, sobre cualesquiera otros intereses, en particular sobre su consideración como fuente de información o como prueba testifical en el proceso¹³. Aun reconociendo que puede ser necesario para la lucha contra las redes de trata poder incentivar la colaboración con la investigación y el proceso penal, esta no debería ser la vía prioritaria y esa ayuda que supone la exención de la responsabilidad por estancia irregular y la regularización migratoria o el retorno, así como la previa concesión de un periodo de restablecimiento y reflexión, ha de ser ofrecida a cualquier víctima de trata en situación irregular, con independencia de si quiere o puede colaborar en la desarticulación de la red y en la condena de los responsables.

Relacionada con lo anterior, otra de las cuestiones del art. 59 bis LOEx que llama la atención es el absoluto protagonismo de las FCSE, que es la única autoridad competente para llevar a cabo la identificación¹⁴. Como hace ver la Red Española contra la Trata de Personas, «la única manera de que una víctima pueda acceder a sus derechos pasa por tener contacto con la policía. Los grupos especializados de las Fuerzas de Seguridad llevan a cabo el proceso de identificación en la mayoría de los casos a través de una entrevista formal con la víctima. Esto puede resultar muy problemático para aquellas víctimas que tienen un estatus legal irregular, lo cual les crea temor a la hora de contactar con la policía de inmigración (que es el mismo cuerpo encargado de luchar contra la trata)», proponiendo reformar el procedimiento de identificación de

NACIONAL, *Cadenas invisibles: identificación de víctimas de trata en España*, 2020, pp. 19-20, accesible *online*.

13. Esta prioridad se acentúa en la *Memoria 2019* de la Fiscalía General del Estado, donde se afirma: «[...] lo prioritario en la acción contra la trata de seres humanos es la defensa de las víctimas, aunque ello conduzca a una reducción del nivel de eficacia en la persecución penal del delito. Porque no es posible aceptar un sufrimiento procesal añadido a la víctima, ni admitir cualquier sistema de prueba que suponga una revictimización intolerable [...]» (p. 1239).

14. A la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión acompaña la suspensión del procedimiento sancionador que tuviera incoado la víctima o la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión o devolución que pudiera haber sido dictada. La decisión sobre esta suspensión y, en su caso, la exención definitiva de responsabilidad corresponde a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se haya realizado la identificación (arts. 142.5 y 143 REX). La posterior autorización de residencia y trabajo corresponde a la Secretaría de Estado de Seguridad, si es por colaboración de la víctima con la investigación del delito, o a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, si es por la situación personal de la víctima (art. 144 REX). No obstante, todas estas decisiones están basadas en la previa identificación de la víctima de trata que, como hemos dicho, corresponde a las FCSE, en concreto a las unidades especializadas, que son las únicas que pueden proponer las medidas previstas en el 59 bis LOEx.

víctimas para habilitar otras vías de identificación, siendo una de ellas la identificación por parte de las FCSE, pero no la única¹⁵.

Ante la imposibilidad de extenderme en el análisis de este precepto, concluiré con una consideración general. El art. 59 bis LOEx es la respuesta que ofrece el Derecho de extranjería a las víctimas de trata en situación irregular. Pero figuras como el periodo de restablecimiento y reflexión pueden ser necesarias para quien necesite recuperarse, escapar de la influencia de los tratantes o valorar las posibilidades que tiene a su alcance, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa. Una razón más para una ley integral contra la trata.

III. LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PENAL. PROBLEMAS APLICATIVOS DEL ART. 177 BIS 11 CP

La realidad criminológica muestra que es frecuente que la víctima de trata se vea constreñida a la realización de conductas delictivas¹⁶. La LO 1/2015, de 30 de mayo, de reforma del Código Penal incorporó como una de las finalidades de la trata «la explotación para realizar conductas delictivas», pero, más allá de esta modalidad de trata de personas, la víctima puede haber cometido otro tipo de delitos, entre los que acostumbran citarse el uso de documentación falsa, el suministrar drogas a los clientes, cooperación en la captación o vigilancia de otras víctimas de trata, etc. En estos casos, la condición de víctima suele verse opacada no ya por condición de infractora de la legislación de extranjería, en el caso de la mujer en situación irregular, sino ahora además por su condición de presunta infractora del Derecho penal.

El art. 26 del Convenio de Varsovia establece: «Las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello», previsión también recogida con semejante tenor en el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE. A estos compromisos pretende responder el apartado 11 del art. 177 bis, según el cual «[s]in perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado».

15. RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, *Informe*, p. 12. En el mismo sentido, AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Cadenas invisibles*, pp. 21 y ss.

16. Interesante el estudio empírico sobre víctimas de trata en prisión realizado por VILLACAMPA ESTIARTE Y TORRES ROSELL, «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 8 (2012).

No conozco ninguna resolución que aplique esta causa de exención de la responsabilidad penal, lo cual es un indicio de que, como concluye VALLE MARISCAL DE GANTE, dicha previsión no estaría satisfaciendo el principio de no incriminación de la víctima¹⁷. Coincido con esta autora cuando afirma que «resulta incongruente con la propia definición de trata que se vincule la actividad delictiva directamente con la fase de explotación, pues supone dejar fuera todas aquellas posibles actividades que se realicen durante las fases anteriores a la explotación»¹⁸. Efectivamente, el tenor literal de esta causa de exención de responsabilidad dejaría fuera de su ámbito aplicación los delitos cometidos durante la fase de reclutamiento o captación y traslado, aunque considero defendible una aplicación analógica en favor de la víctima de trata en fases anteriores a la explotación. Una nueva redacción del apartado 11 se debería hablar de «*infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida o en otros momentos de la trata*».

Una cuestión crucial que plantea la aplicación de la excusa absolutoria es la comprensión del elemento «víctima de trata». ¿Qué se exige para considerar a alguien víctima de trata? La Red de Fiscales Delegados de Extranjería acordó por unanimidad la siguiente conclusión: «[p]or víctima de trata de seres humanos» en el sentido del art. 177 bis núm. 11 se entiende una víctima judicializada, es decir, una posible víctima que se halla inmersa como tal en un procedimiento judicial»¹⁹ ²⁰.

No puedo estar más en desacuerdo con esta interpretación, por ser innecesariamente restrictiva y contraria a la posible víctima de trata, que no deja de serlo por el hecho de que el crimen del que es víctima no pueda ser judicializado, lo cual prácticamente nunca dependerá solo de ella. No acabo de entender por qué el juez penal que conoce el delito cometido por la víctima, de acuerdo con el enfoque de derechos humanos que ha de inspirar todo acercamiento, no puede inferir de las circunstancias concurrentes o de las diligencias que pueda practicar que esa persona es una víctima de trata a los efectos de exención del punto 11 del 177 bis CP, aunque no se pueda procesar a los tratantes.

Por lo expuesto, para evitar el riesgo de esta interpretación y en pro de un mejor cumplimiento de los fines de protección de las víctimas, sería conveniente introducir en el art. 177 bis 11 una suerte de interpretación auténtica en el siguiente sentido: «*A los efectos de este precepto, para la consideración de vícti-*

17. VALLE MARISCAL DE GANTE, «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, n° 19, pp. 132-133.

18. VALLE MARISCAL DE GANTE, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, n° 19, p. 129.

19. *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería*, Bilbao, 24, 25 de febrero de 2020, accesible *online*.

20. Aunque expresamente no se propone esta interpretación, la *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos* (accesible *online*), promovida por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, parece darla por supuesto, pues se plantea las diferentes situaciones procedimentales en que podría aparecer el delito de trata y el delito que se imputa a la víctima y ofrece pautas de actuación, pero en ningún momento plantea la posibilidad de que la condición de trata no quede acreditada a través de sentencia (pp. 117 y ss.), accesible *online*.

ma no será necesario que haya recaído resolución judicial o administrativa que así lo considere, bastando con la existencia de elementos de juicio suficientes para deducir dicha condición».

IV. UN CASO REAL

Permítaseme ilustrar los problemas aplicativos señalados con un supuesto real²¹. Se trata de Elise (nombre ficticio), mujer de 23 años, natural de un país del África occidental, que el 9 de diciembre de 2017 llegó a las Islas Chafarinas en una patera en la que viajaban 26 mujeres y 11 menores, siendo todos trasladados al Centro de Estancia Temporal de Melilla. El 17 de diciembre Elise fue detenida, junto a un varón subsahariano, Modou (nombre ficticio), en el control de documentación cuando intentaban embarcar en el ferry destino a Málaga, debido al uso por parte de Elise de un pasaporte italiano que no le pertenecía. Ese mismo día, la Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales (UCRIF), a quien habían sido traspasadas las diligencias, fue informada por la policía francesa de la emisión de una orden europea de detención y entrega sobre Modou. El 20 de diciembre la UCRIF advertía expresamente al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Melilla, a quien había correspondido el enjuiciamiento rápido, que respecto a Modou *«no queda lugar a dudas que forma parte de una organización criminal de ámbito europeo dedicada al tráfico ilegal de personas de origen subsahariano bien con fines de explotación sexual o laboral [...] se ha desplazado única y exclusivamente a la ciudad de Melilla para facilitarle la documentación italiana con la que fue detenida [...]». De la declaración prestada por Elise, con los temores propios de su situación se desprende que ella estaba en la creencia que la llevaban para trabajar en el servicio doméstico, si bien por la experiencia profesional al final estas situaciones mediante engaño derivan en explotación sexual».*

Ese mismo día, el 20 de diciembre, el Juzgado dictó Sentencia de conformidad, por la que se condenaba a Elise, como autora de un delito de falsedad documental (art. 400 bis en relación con los arts. 392.2º y 390.1. 1º CP), a una pena de 4 meses de prisión, privación de derecho y sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 4 meses de multa a razón de 6 euros diarios. Modou fue condenado por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (arts. 318 BIS 1 del CP), por el que fue acusado por el Ministerio Fiscal. Ambos

21. Este caso llegó a la oficina del Servicio Jesuita a Migrantes (en adelante SJM) en Melilla una vez recaída sentencia condenatoria firme. El SJM asumió la representación legal de Elise, considerando que, además de defender los derechos de Elise, el caso podría constituir un litigio estratégico en pro de una mejor aplicación del art 177 bis 11 CP y del art. 59 bis LOEx. El Proyecto Inmigrante ha colaborado con el equipo legal del SJM Melilla (María Vieyra Calderoni y Diego Fernández-Maldonado) en este litigio, que en la actualidad ha quedado estancado por encontrarse Elise en paradero desconocido. Este caso está recogido en SERVICIO JESUITA A MIGRANTES, *Buscar la Salida, Informe Frontera Sur 2020*, pp. 47-48, accesible online.

fueron investigados en el mismo procedimiento y tuvieron la misma abogada. Finalmente, Modou fue entregado a las autoridades francesas en ejecución de una orden de detención y entrega por delitos relacionados con la trata.

Este supuesto puede servirnos para constatar los problemas aplicativos de la cláusula establecida en el núm. 11 del art. 177 bis CP: ¿ha cometido Elise la falsedad documental «en la situación de explotación sufrida»? ¿ha sido «consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso»? ¿ha de tener Elise la consideración de «víctima» a los efectos de la exclusión absoluta? O, ¿qué hacer frente a una sentencia condenatoria firme? ¿es el recurso de revisión un recurso viable?²², ¿cabe un indulto cuando la víctima de trata está en paradero desconocido?

Además, es urgente que aquellos profesionales que intervienen en el sistema de justicia penal presten más atención a las mujeres que pasan por los juzgados y cuya condición de víctima pasa desapercibida. No ayuda a la detección lo apresurado de los juicios rápidos y la ligereza con que probablemente se acude a la figura de la conformidad. En el caso de Elise, tanto la abogada como el fiscal pactaron una sentencia condenatoria de conformidad, parece que sin leer o prestar atención a un atestado plagado de indicios, en uno de los principales enclaves de las rutas migratorias hacia Europa²³.

22. Los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013 (nº de recurso 20162/2013) y de 17 de noviembre de 2017 (nº de recurso 20606/2017), (citados por VALLE MARISCAL DE GANTE en *Crítica Penal y Poder*, 2019, nº 19), ponen de manifiesto la dificultad de que prospere un recurso de revisión en estos casos. Ambos versan sobre un supuesto muy parecido al planteado en el texto. Una mujer de origen subsahariano fue condenada en conformidad por un delito de coacciones, por el que cumplió una pena de prisión. Estos autos no consideran suficiente para revisar la sentencia —respectivamente— ni el periodo de restablecimiento y reflexión concedido de acuerdo con el art. 59 bis LOEx, ni la posterior concesión del estatuto de refugiado por su situación de vulnerabilidad al ser víctima de trata, en aplicación de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Entiende el Supremo que ninguno de ambos reconocimientos sería por sí mismo demostrativo de la condición de víctima, ni estarían acreditadas el resto de las exigencias del art. 177 bis 11CP, amén de que se trataría de un hecho —el ser víctima de trata— ya existente al tiempo de los hechos por los que fue condenada y que podía haber sido alegado por su defensa.

23. «G R E T A» es un Grupo de Expertos responsable de la supervisión de la implementación por los Estados Parte del Convenio del Consejo de Europa sobre la eliminación de la trata de seres humanos. En su segundo informe sobre España, se mostró preocupado por las especiales deficiencias en la detección e identificación de víctimas de trata en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. G R E T A (GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS), *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, adoptado el 23 de marzo de 2018 y publicado el 20 de junio de 2018, accesible online.