

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Penal



Tesis Doctoral

Regulación y tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud

Presentado por

Ana Belén Valverde Cano

Director

Esteban J. Pérez Alonso

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

Granada, 2020

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Ana Belén Valverde Cano
ISBN: 978-84-1306-597-7
URI: <http://hdl.handle.net/10481/63584>

*Para ti, abuela.
Por enseñarme tanto a través de tu ejemplo
que es la única forma en la que se verdaderamente se aprende.*

REGULACIÓN Y TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
AGRADECIMIENTOS	4
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	8
1. Justificación y objeto	8
2. Metodología	19
3. Estructura	22
PRIMERA PARTE: CARACTERIZACIÓN GENERAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD	24
I. CARACTERIZACIÓN GENERAL	24
1. Los números de las formas contemporáneas de esclavitud: un proceso en construcción.	25
2. Las formas contemporáneas de esclavitud: sus causas son a veces también consecuencias.	33
II. REGULACIÓN INTERNACIONAL	44
1. Instrumentos internacionales que abordan específicamente la esclavitud y sus prácticas vinculadas.	45
2. Instrumentos generales de derechos humanos a nivel universal y regional	51
3. Otros instrumentos internacionales que se refieren a la prohibición de la esclavitud y sus prácticas vinculadas.	60
4. Las Leyes de los conflictos armados y el Derecho penal internacional.	61
III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	68
1. Antecedentes	68
2. Tribunales Penales Internacionales	72
2.1 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY).	72
2.2 Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, el TESL).	77
2.3 Tribunal Penal Internacional para Camboya: caso <i>Kaing Guek Eav alias 'Duch'</i> (caso <i>Duch</i>)	83
3. Tribunales Internacionales de Derechos Humanos	85
3.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).	85
3.2 Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO): concepto de esclavitud en <i>Mani Hadijatou c. Níger</i> .	107

3.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	108
---	-----

SEGUNDA PARTE: CONCEPTUACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD **113**

I. ESCLAVITUD **113**

1. Contexto histórico-filosófico y legal.	113
1.1 ¿Por qué es importante el contexto histórico?	113
1.2 La esclavitud en la Antigüedad	116
1.3 La esclavitud en la época romana	119
1.4 La esclavitud en la Edad Media	122
1.5 La esclavitud tras el descubrimiento del Nuevo Mundo	127
1.6 La esclavitud en el pensamiento liberal y en la época de la Ilustración	136
1.7 El movimiento abolicionista de la esclavitud (siglos XVIII-XIX)	141
2. La definición de esclavitud en el Derecho internacional: ¿cuál es la definición en vigor?	147
2.1 La Sociedad de Naciones, la Comisión Temporal sobre Esclavitud y la Convención de 1926: un punto de inflexión.	148
2.2 La definición de esclavitud en la era de las Naciones Unidas	149
3. Concepto de esclavitud	156
3.1 Elementos del concepto legal de esclavitud.	156
3.2 Conclusión	166

II. SERVIDUMBRE **169**

1. Contexto histórico	169
1.1 La servidumbre en la época romana y la caída del sistema esclavista	170
1.2 La servidumbre en la Edad Media europea: el sistema feudal	172
1.3 Fin del feudalismo: ¿desaparición de la servidumbre?	175
1.4 Repartimiento y encomienda en las Américas	176
1.5 Otras dinámicas serviles	177
2. La definición de servidumbre en el Derecho internacional	179
2.1 La servidumbre en la Sociedad de Naciones	179
2.2 La definición de servidumbre en la era de Naciones Unidas	180
3. Concepto de servidumbre	194
3.1 La servidumbre, ¿sistema de <i>numerus clausus</i> ?	195
3.2 Elementos de la definición de servidumbre en el Derecho internacional	198
3.3 Conclusión	203

III. TRABAJO FORZOSO **204**

1. Contexto histórico	204
1.1 El trabajo forzoso en el periodo de la Sociedad de Naciones	207
1.2 El trabajo forzoso en la OIT	208
1.3 El trabajo forzoso en la era de Naciones Unidas	210
2. La definición de trabajo forzoso en el Derecho internacional: ¿cuál es la definición en vigor?	212
2.1 La definición de trabajo forzoso en el marco de la OIT	214
2.2 La definición de trabajo forzoso en el sistema de Naciones Unidas y en otros organismos regionales	214
3. Concepto de trabajo forzoso	219
3.1 Elementos del concepto de trabajo forzoso	220

3.1	Las “excepciones” al trabajo forzoso.	228
3.3	Conclusión	235
VI.	TRATA DE SERES HUMANOS	237
1.	Contexto histórico	237
1.1	Siglo XIX – años 90	238
1.2	Segunda fase: años 90 – actualidad	245
2.	La definición de trata de seres humanos en el Derecho internacional	247
2.1	El Convenio de 1949	247
2.2	El Protocolo de Palermo	248
2.3	Otros tratados internacionales	251
2.4	Tratados regionales	252
2.5	El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos	253
2.6	Instrumentos de la Unión Europea: la institucionalización del movimiento contra la trata de seres humanos	254
2.7	Las Relatoras Especiales contra la Trata	256
3.	Concepto de trata de seres humanos	257
3.1	Elementos de la definición del delito de trata en el Protocolo de Palermo	258
3.2	Conclusión	270
IV.	DISTINCIÓN DE LOS CONCEPTOS	271
1.	Problemática de la conceptualización de las formas contemporáneas de esclavitud	271
1.1	Origen de la expansión del concepto	272
1.2	Normativa internacional fragmentada	276
1.3	Jurisprudencia aparentemente contradictoria	276
1.4	La necesidad de claridad conceptual	279
2.	La delimitación entre esclavitud, servidumbre y trabajos forzados	280
2.1	Concepto de esclavitud	282
2.2	Concepto de servidumbre	284
2.3	Concepto de trabajo forzoso	285
2.4	Concepto de trata de seres humanos	287
TERCERA PARTE: TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD		289
I.	ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO	289
1.	Introducción	289
2.	Países que han ratificado el Convenio del Consejo de Europa contra la trata.	291
2.1	Alemania	294
2.2	Andorra	299
2.3	Austria	301
2.4	Azerbaiyán	302
2.5	Chipre	304
2.6	Croacia	305
2.7	Eslovenia	307
2.8	Francia	308
2.9	Hungría	312
2.10	Italia	314
2.11	Lituania	317

2.12	Macedonia del Norte	319
2.13	Moldavia	321
2.14	Montenegro	322
2.15	Noruega	324
2.16	Portugal	325
2.17	Reino Unido	327
2.18	Rumanía	331
2.19	Serbia	333
3.	Países iberoamericanos	334
3.1	Argentina	335
3.2	Belice	338
3.3	Bolivia	339
3.4	Brasil	341
3.5	Costa Rica	344
3.6	Ecuador	346
3.7	México	348
3.8	Nicaragua	351
3.9	Panamá	352
3.10	Perú	353
3.11	Uruguay	355
3.12	Venezuela	357
4.	Conclusiones	358
II. BIEN JURÍDICO		365
1.	Introducción	365
2.	Razones para rechazar la integridad moral como bien jurídico penal de las conductas que prohíben la esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos y trata.	366
5.	Razones para rechazar la noción de <i>status libertatis</i> como bien jurídico penal de las conductas que prohíben la esclavitud, servidumbre, los trabajos forzosos y la trata.	371
6.	¿Dignidad como bien jurídico del delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos?	375
a.	El concepto de dignidad humana.	375
b.	La dignidad como bien jurídico penal	384
7.	Bienes jurídicos de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos: dignidad y reconocimiento de la personalidad jurídica.	388
I. NECESIDAD DOGMÁTICA Y CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINAL DE UN DELITO DE ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE Y TRABAJOS FORZOSOS.		396
1.	Las obligaciones positivas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.	396
1.1	Obligaciones positivas o “deberes positivos de protección” en el CEDH: fuentes y legitimación.	398
1.2	El contenido de las obligaciones positivas en general	401
1.3	Las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 CEDH relacionadas con la creación de un marco normativo efectivo.	406
1.4	Otras obligaciones positivas relevantes	415
1.5	Aplicación al Derecho Penal español	418
2.	El bien jurídico	419
1.1	¿La teoría del bien jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas?	421

1.2 El bien jurídico de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos: la incapacidad de otros delitos de absorber todo el injusto	428
3. El principio de proporcionalidad	438
3.1 Contenido normativo del principio de proporcionalidad	440
3.2 ¿Existe un principio de proporcionalidad invertido o inverso?	453
3.3 ¿En qué medida la exigencia del principio de proporcionalidad apoya la creación de un tipo de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos?	454
CUARTA PARTE: PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	483
I. Propuesta alternativa	483
II. Justificación	484
1. Rúbrica y sistemática	485
2. Justificación de las modalidades típicas	486
3. Tratamiento punitivo	488
3.1 Tipos básicos	488
3.2 Agravantes	488
3.3 Exenciones	489
3.4 Responsabilidad penal de las personas jurídicas	490
CONCLUSIONES	491
CONCLUSIONS	508
BIBLIOGRAFÍA	524

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
ACNUDH/OHCHR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
Art./s.	Artículo/s
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Constitución Española
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CEDEAO	Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
CRC	Convención de los Derechos del niño
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIJ/ICJ	Corte Internacional de Justicia
COM	Comisión Europea
Coord./s.	Coordinadores
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPI/ICC	Corte Penal Internacional
Dir./s.	Directores
DM	Decisión Marco
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Edición
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EPC	Revista de Estudios Penales y Criminológicos
FJ	Fundamento Jurídico
FGE	Fiscalía General del Estado

GRETA	Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa
GSI	Índice Global de Esclavitud
Ibidem	En el mismo lugar
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
JAI	Justicia y Asuntos Interiores
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOEx	Ley Orgánica 4/2011, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
No.	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM/IOM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT/ILO	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU/UN/NUU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa
p./pp.	Página/s.
Pássim	En diversos lugares
PIDCP/ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC/ICESCR	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD/UNDP	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano
RD	Real Decreto
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
ROJ	Registro Oficial de Jurisprudencia
RP	Revista Penal
ss.	Siguientes
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SDN	Sociedad de Naciones
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH/ECHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TESL/SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TPIY/ICTY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
TPIR/ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UA	Unión Africana

UCRIF	Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales
UE/EU	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i>
Vid.	Véase, véanse
Vol.	Volumen

AGRADECIMIENTOS

“Hay que ganarse el pan con el sudor de la frente”. Incluso aquel que siga fielmente este dogma sabe que, en el fondo, una tesis está hecha de muchas cosas aparte de las horas de biblioteca o de ordenador. Porque una tesis se hace, sobre todo, cuando no se está haciendo. Y una condición imprescindible –al menos en mi caso– ha sido el apoyo de todas las personas que me han llevado hasta aquí. Sé que corro el riesgo de no saber dónde parar, pero teniendo en cuenta que el texto está plagado de citas que no dejan de ser agradecimientos encubiertos, me parece adecuado explayarme en el único lugar donde que se les hace justicia a los que realmente forman parte de este trabajo en equipo.

Por esa razón quiero empezar agradeciendo a todas las mujeres que han permitido que yo pueda estar defendiendo una tesis en la Universidad, incluyendo a aquellas personas enfrascadas en el trabajo silencioso y desagradecido que no se suele mencionar. A todos con los que me topé en estancias y viajes, cuyas conversaciones valieron más que mil horas leyendo, y que inspiraron algunas ideas que acabaron convertidas en capítulos. A mis estudiantes de criminología, que me enseñaron lo que me gusta la docencia.

De las estancias, fue especialmente importante Mar, Jorge, Paula y Lucía, y aquella gran familia del OHCHR unida ante las injusticias y, sobre todo, ante la indignación por la investidura de Trump. Pero Alejandra Castillo merecen una mención aparte porque ella fue mi casa en Alemania. Estoy convencida que mis recuerdos del Max Planck no serían tan divertidos si no fuera por el tamiz de las conversaciones del comedor y los planes de después (con Valls y su método). Aquellas Navidades sellaron el enlace pseudofamiliar que cambió para siempre el nombre del grupo de whatsapp y que pasó a llamarse los “Valgreen”, con una parte de la familia en Alemania.

También han sido muy importantes Fran, Víctor y Ana, compañeros de aventuras asociativas. A Fran, además, nunca le agradeceré lo suficiente el haberme ayudado con el texto de la tesis. Gracias a mis amigas de toda la vida: María Delgado, María Campos y Macarena, de las que tengo la sensación de que llevan sufriendome la tesis desde siempre, y gracias por ser el lugar al que volver. Sospecho que así será siempre, y no sabéis lo afortunada que me siento. De mi etapa granadina, tampoco nada hubiera sido lo mismo sin mis amigos del coro y especialmente Araceli, Inma, Jesús y Ángel, y aquel viaje a Marruecos. Sin las conversaciones estimulantes, y la música, siempre la música.

Gracias a Esteban Pérez y a Inmaculada Ramos. A Esteban por haber aceptado dirigirme la tesis y por haberse implicado tanto. Mi tesis hubiera sido muy diferente sin su perseverancia, ideas claras, y sin su forma honesta de enfrentar el trabajo y la vida. A Inmaculada, por haber sido siempre un apoyo para mí. Por haberme animado a esto de la Universidad y por dar siempre ejemplo de templanza y buen hacer.

Quien me conoce sabe lo que significa mi familia. Ellos tienen que ver en esta tesis más de lo que turnitin sospechará jamás. Gracias a María Mercedes, Elisa, Antonio Luis, Miriam, Carmen y Rafa, por ser los mejores primos que se puede tener. Y a mis tíos y tías,

pero especialmente a mi madrina, que es una de las mujeres más especiales que conozco.

Por último, y por ello más importante, gracias a mis padres y a mis hermanas: Paqui, Paco, Luz y Carmen, porque si la tesis fueran las acciones de una empresa, vosotros tendríais más de la mitad. Papá, gracias por tu apoyo y por todo lo que me enseñas, incluso cuando no te das cuenta, porque tu buen corazón y tu honradez son ejemplos para mí. Mamá, eres la persona más alucinante que he conocido nunca (con el perdón de los demás), gracias por ser tan trabajadora, sincera, empática, resiliente y por ser el esqueleto que lleva a la familia. Gracias por inculcarme buenos valores, y por hacer el trabajo invisible en demasiadas ocasiones. Carmen, gracias por ser la hermana más optimista y por estar ahí siempre que hace falta. Tu fortaleza siempre será un ejemplo para mí. Luz, gracias por iluminarnos a todos (siento el juego de palabras, pero es verdad), y por ser la voz de la razón.

Y he dejado para el final a la que es tan suya y tan nuestra. Porque de todos los cambios en mi vida desde que comencé hasta ahora, el único que realmente importa es que ahora no estés. Gracias por enseñarme (y enseñarnos) tanto a través de tu ejemplo, que es la única forma en la que se verdaderamente se aprende.

Gracias

ABSTRACT

The history of slavery shows us its great capacity to adapt to political, social and economic changes. Currently, although slavery, servitude and forced labour have been prohibited in every country around the world, similar practices remain, adapting to existing dynamics and the new context of restrictive migration policies, business deregulation, etc. The aim of this work is to disentangle the muddled regime of what is covered by the umbrella term “contemporary forms of slavery” and to justify, legally and criminally, why it is necessary to criminalize slavery, servitude and forced labour within the Spanish Criminal Code.

To achieve this aim, we will first have to carry out an in-depth study of each of the concepts, establishing its very content and their distinctive notes. We will consider the legal and historical development, in order to avoid an excessive distance between the legal concept and the social institution. In addition, we will use the existing legal tools –especially the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties– to provide normative content for each of the concepts. Secondly, the legal-criminal arguments that justify the need for the inclusion of crimes with a specific label in our criminal law are developed. Finally, in the light of the above, the proposal of a specific offence is outlined, taking into account the previous considerations.

Regarding the concept of slavery, the subsequent State practice proves that the definition in force is established within the 1926 Convention, and that it is applicable to both *de jure* and *de facto* situations. In this paradigm of property, there must exist a control tantamount to possession, since it is the only context in which it is possible to effectively exercise the attributes of the right to property –indicators of a situation of slavery–. As for the concept of servitude, States have been hesitant to assign it a normative content in International Law. While the 1956 Supplementary Convention is the unanimous starting point, there is no clear consensus on its very content. That is why, at least in the ECHR context, it is necessary to turn to the ECtHR’s case law, which has been active in developing a functional concept of servitude. The ECtHR has been consistent in highlighting the elements of isolation and significant restriction of freedom in a servitude situation, which do not reach the threshold of slavery.

In relation to the concept of forced labour, the definition in force is that of ILO Convention No. 29, which has subsequently been reproduced in successive treaties. For its interpretation, it is important to take into account the case law of the ECtHR, which has incorporated criteria of proportionality such as “disproportionate burden” or “what is ordinary”, taking into consideration the underlying principles of social solidarity and general interest. Finally, since the Palermo Protocol, a consensus has emerged with regard to the legal concept trafficking in persons, which consists of the transfer, reception, etc., of a person, using certain means for the purpose of exploitation. Trafficking is therefore instrumental to exploitation, even if it retains its area of *wrong*.

From the Criminal Law perspective, the legal protected interest provides us with an interesting approach to the interpretation of the various concepts. Situations of subjection to slavery, servitude or forced labour are related to each other because they are placed in a *continuum* of control that leads to greater or lesser subjection. The intensity of the effect on the legal protected interest is greater as we approach the end of the continuum (slavery), since it involves the destruction of legal personality. Servitude is also a state of personal dependence, but it does not reach the extreme of complete instrumentalisation and maintains a certain level of autonomy. On the contrary, forced labour is also a form of exploitation which implies subjection, but limited to the performance of a work or service. In this context, trafficking in persons has its own content of unfairness related to the *continuum* of control, due to the use of certain means which lead to the person's exploitation.

There are three arguments which allow us to affirm the criminal-political need of the specific criminalisation of slavery, servitude and forced labour: firstly, for the adequate fulfilment of the positive obligations arising from Article 4 of the European Convention on Human Rights; secondly, to effectively implement a victim-oriented legal framework, and, thirdly, for reasons deriving from the basic principles of Criminal Law, such as the principle of fragmentation, necessity, etc. This is examined using the argumentative scheme of the principle of proportionality in a broad sense, which allows us to confirm the inadequacy of the existing legislation.

Finally, it is drafted as a proposal of a specific offence under a new Title of "offences against the legal personality", envisaging separate crimes of subjection and maintenance to slavery, servitude and forced labour, incorporating the essential elements examined and developed, extending liability to legal persons and providing for a liability exemption clause in terms similar to the regulation of trafficking in persons. Although slavery was abolished a hundred years ago, it still exists, taking advantage of the fact that it remains invisible. The aim of my thesis is to change this, because one cannot fight something that apparently does not exist.

They will remember that we were sold, but not that we were strong. They will remember that we were bought, but not that we were brave.
[Ellos recordarán que nos vendieron, pero no que fuimos fuertes. Ellos recordarán que nos compraron, pero no que fuimos audaces].
William Frescott, antiguo esclavo (1937)¹

INTRODUCCIÓN

1. Justificación y objeto

La primera pregunta que surge cuando nos aproximamos a este tema es: ¿la esclavitud existe? Y la respuesta es no y sí. No, porque la esclavitud legalmente sancionada no existe en ningún país del mundo desde que fue abolida en Mauritania en 1981.² Y sí, porque a pesar de lo anterior, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la actualidad existen 40,3 millones de personas sometidas a unas prácticas muy similares y renombradas como “esclavitud moderna” o “formas contemporáneas de esclavitud”.³

El movimiento abolicionista de la esclavitud hizo bien el trabajo de lograr el fin jurídico de una institución que había perdurado, con mayor o menor intensidad, desde las antiguas civilizaciones.⁴ Existe documentación sobre la oposición a las prácticas esclavistas con anterioridad al origen del movimiento abolicionista,⁵ pero no fue hasta el siglo XVIII cuando logró consolidarse como movimiento organizado de interés público y pudo obtener resultados concretos. Una efectiva campaña de concienciación pública,⁶ junto con

¹ Cita expuesta en el Museo Internacional de la Esclavitud de Liverpool, a 30 de junio de 2019.

² Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Gulnara Shahinian, Misión de seguimiento a Mauritania, 27º período de sesiones, A/HRC/27/53/Add.1, 2014, p. 5.

³ OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, International Labour Office, Ginebra, 2017, p. 5: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf [último acceso: 26/12/2019]. De hecho, desde el año 2015 la meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de Naciones Unidas insta a la adopción de medidas para “erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos, y asegurar la prohibición y eliminación de todas las formas de trabajo infantil, incluido el reclutamiento y la utilización de niños soldados, como una medida esencial para lograr el trabajo decente para todos, el empleo pleno y productivo, y el crecimiento económico incluyente y sostenido”. Los ODM son un conjunto de diecisiete objetivos interrelacionados para enmarcar el avance global del desarrollo en los próximos quince años. Ver: ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 77º período de sesiones, A/RES/70/1, 2015.

⁴ Meltzer, M., *Slavery: A World History*, Da Capo Press, Boston, 1993, pp. 9 y ss;

⁵ Por ejemplo, está bien documentada la oposición de Francisco José de Jaca a la esclavitud en el siglo XVII: Beltrán, D., “El pensamiento antiesclavista de Francisco José de Jaca, primeras manifestaciones contra la institución de la esclavitud”, *Cuadernos del Caribe*, Vol. 11, No. 17, 2014, pp. 69-78; Pena González, M. A., “Un documento singular de Fray Francisco José de Jaca, acerca de la esclavitud práctica de los indios”, *Revista de Indias*, Vol. LXI, No. 223, 2001, pp. 701-713 y del mismo autor, también: *Francisco José de Jaca. La primera propuesta abolicionista de la esclavitud en el pensamiento hispano*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 82.

⁶ Josiah Wedgwood hizo una contribución clave al movimiento antiesclavista cuando pidió uno de sus artesanos, William Hackwood, que diseñara un símbolo para la campaña de 1787. La imagen que planteó Hackwood mostraba a un hombre africano arrodillado y levantando sus cadenas en pose de súplica con el lema “¿No soy un hombre y un hermano?”. Esta imagen sería adoptada como el logo del movimiento y

unas condiciones económicas, políticas y sociales propicias,⁷ lograron el ímpetu necesario para la abolición del comercio de esclavos primero, y de la esclavitud después. Reino Unido se hizo abanderado del movimiento en un afán civilizatorio, y utilizó su papel de hegemonía y de “policía de los mares” para persuadir –en el mejor de los casos– o imponer al resto de Estados la abolición del comercio de esclavos. Esto originó sucesivos tratados multilaterales y bilaterales limitando o prohibiendo diversas prácticas esclavistas, acompañado por las progresivas aboliciones en las legislaciones domésticas.⁸

Con el éxito de la campaña abolicionista de la esclavitud, estos mismos argumentos y estrategias fueron trasladados al movimiento internacional contra la trata de mujeres y niños, conocida en sus orígenes como “esclavitud blanca” o “trata de blancas”.⁹ Unos relatos alarmantes de mujeres o niñas desvalidas que eran objeto de secuestro o engaño por hombres desalmados¹⁰ contribuyeron a crear un clima de opinión favorable a la lucha contra la trata y la prostitución, en ocasiones presentadas como instituciones equivalentes o inseparables.¹¹ El movimiento contra la trata derivó en una cascada de tratados internacionales que culminaron con la prohibición de la explotación de la prostitución ajena en

utilizada como símbolo en diversos artilugios como vajillas, gemelos, brazaletes, horquillas, medallones y banderas. Llevar este símbolo se convirtió tanto en una política como en una moda, lo que ayudó a convertir la oposición a la esclavitud en una causa popular. Ver: Kaye, M., *1807-2007: Over 200 years of campaigning against slavery*, Anti-Slavery International, Reino Unido, 2005, p. 9. Posteriormente se utilizaría el logo “¿No soy una mujer y una hermana?” para revitalizar el interés público en la causa abolicionista por comités de mujeres, que criticaban a las principales figuras antiesclavistas por sus “medidas lentas, cautelosas y acomodadas”. En: Hochschild, A., *Bury the Chains*, Houghton Mifflin, Boston, 2005, pp. 324-325.

⁷ Como muestra que ya existieran algunas resoluciones judiciales que cuestionaban la legalidad de la esclavitud en Reino Unido, como el famoso caso *Somerset c. Stewart* (1772). Sobre esto, ver: Van Cleve, G., “Somerset’s Case and its Antecedents in Imperial Perspective”, *Law and History Review*, Vol. 24, No. 3, 2006, pp. 601 y ss. De manera similar, en Francia, ver: Peabody, S., “*There Are No Slaves in France*”: *The Political Culture of Race and Slavery in the Ancien Regime*, Oxford University Press, Nueva York, 1996; sobre España: Jiménez Arroyo, P., “La Sociedad Abolicionista Española, 1864-1886”, *Cuadernos de historia moderna y contemporánea*, Vol. 3, 1982, pp. 129 y ss.; y sobre Holanda: Huussen, A. H., “The Dutch Constitution of 1798 and the Problem of Slavery”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol. 67, 1999, pp. 104 y ss.

⁸ Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, Brill, Leiden, 2015, pp. 46-100.

⁹ El primer acuerdo internacional para la supresión de la trata se aprobó en 1904 y la denominaba “*White Slave Traffic*” (trata de esclavas blancas), que en español se tradujo como “trata de blancas”. Ver: Acuerdo Internacional de la Sociedad de Naciones para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal denominado Trata de Blancas de 1904. Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, Vol. I, p. 83.

¹⁰ El relato de W. T. Steal el 6 de julio de 1885 en *The Pall Mall Gazette*, “*The Maiden Tribute to Modern Babylon*”, proporcionaba pruebas de investigación de cientos de jóvenes inglesas engañadas, coaccionadas y/o drogadas para que se prostituyeran, en ocasiones vendidas por sus propios padres. Esto supuso un revulsivo para la moral inglesa y contribuyó a la creación del mito de la inocencia y “pureza” de las víctimas que generó una corriente de apoyo popular al movimiento abolicionista de la trata. En un sentido similar, ocurrió en otros países occidentales, como Francia o Estados Unidos. Ver: Corbin, A., *Women for Hire: Prostitution and Sexuality in France after 1850*, Sheridan, A. (trad.), Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 277, 291; Grittner, F. K., *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, Garland, Nueva York y Londres, 1990, p. 62; Doezema, J., “Loose Women or Lost Women? The re-emergence of the myth of ‘white slavery’ in contemporary discourses of ‘trafficking in women’”, *Gender Issues*, Vol. 18, No. 1, 2000, pp. 23-50.

¹¹ Lo que ha su vez ha producido un efecto perjudicial en los derechos de los trabajadores y trabajadoras sexuales: Andrijasevic, R./Mai, N., “Editorial: Trafficking (in) representations: Understanding the recurring appeal of victimhood and slavery in neoliberal times”, *Anti-Trafficking Review*, Vol. 7, 2016, p. 1; Kempadoo, K., *Trafficking and prostitution reconsidered: New perspectives on migration, sex work and human rights*, Paradigm, Michigan, 2005.

el Convenio de Naciones Unidas para la represión de la trata de personas en 1949.¹² Este régimen, no obstante, modificó significativamente su rumbo en el año 2000 con el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), al incorporar en la definición de “trata de personas” los fines de explotación laboral y de extracción de órganos (artículo 3).¹³ De esta forma, se aunaron los regímenes de la prohibición del tráfico de esclavos y la trata de personas con fines de explotación sexual.

Ambos movimientos lograron la consolidación de un régimen internacional contra la esclavitud y sus prácticas análogas, la servidumbre, los trabajos forzados y la trata de personas. En este sentido, la abolición legal de la esclavitud se presenta a menudo como un punto final, dando la impresión de que con ello se logró terminar con el statu quo anterior. Esta visión complaciente e ingenua oculta una serie de cuestiones complejas y duraderas, no sólo porque la abolición de la esclavitud no siempre significó la liberación fáctica de las personas que ostentaban tal condición,¹⁴ sino porque también ignora abusos actuales expresados en narrativas particulares o en tendencias más amplias de explotación.

Ubicuidad

Así, las historias de explotación extrema no se ciñen a unos delimitados contextos geográficos, sino que son extraordinariamente ubicuas. En Brasil, una investigación en la industria maderera del Estado de Pará concluyó que “no hay extracción ilegal de madera sin trabajo esclavo: los trabajadores son sometidos a condiciones extremadamente degradantes en los frentes de explotación, muchos mutilados o asesinados, en una cadena de subcontratación que busca eximir a las empresas madereras de la responsabilidad ambiental y laboral”.¹⁵ Desde la invasión del norte de Iraq en 2014, el Estado Islámico de Iraq y Siria (conocido como ISIS) ha sometido a esclavitud sexual al menos a 5.000 mujeres yazidis.¹⁶ De la misma forma, Boko Haram secuestró a 500 mujeres en Nigeria, obligándolas a contraer matrimonio y sometiéndolas a una servidumbre doméstica

¹² Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. ONU, *Treaty Series*, Vol. 96, p. 271.

¹³ Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/RES/55/383, de 15 de noviembre de 2000. ONU, *Treaty Series*, Vol. 2237, p. 319.

¹⁴ Por ejemplo, en el Caribe colonial, la abolición legal de la esclavitud ofrecía opciones y oportunidades adicionales, pero la “libertad” seguiría limitada por intereses creados, jerarquías sociales e imperativos económicos. En muchas partes del África colonial, la esclavitud estuvo sujeta a una “muerte lenta” durante muchas décadas, acompañada por el uso sistemático del trabajo forzoso. Ver: Quirk, J., “Ending Slavery in all its Forms: Legal Abolition and Effective Emancipation in Historical Perspective”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 12, No. 4, 2008, pp. 529-554.

¹⁵ Centro de Defesa da Vida e dos Direitos Humanos Carmen Bascarán/Comissão Pastoral da Terra, *Por debaixo da floresta. Amazônia Paraense saqueada com trabalho escravo*, Urutu-Branco, San Pablo, 2017: <https://cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/25-cartilhas/14037-por-debaixo-da-floresta-amazonia-paraense-saqueada-com-trabalho-escravo?Itemid=0> [último acceso: 26/12/2019].

¹⁶ Malik, N., *Trafficking Terror. How Modern Slavery and Sexual Violence funds Terrorism*, Henry Jackson Society, Londres, 2017, p. 22: <http://henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2017/10/HJS-Trafficking-Terror-Report-web.pdf> [último acceso: 26/12/2019]; Consejo de Derechos Humanos, “*They came to destroy*”: *ISIS Crimes Against the Yazidis*, 32º período de sesiones, A/HRC/32/CRP.2, 2016.

análoga a la esclavitud.¹⁷ En los países europeos se ha demostrado la relativa prevalencia de prácticas de esclavitud en el ámbito del trabajo doméstico¹⁸ o en la industria pesquera, conclusiones que también son trasladables a nivel global.¹⁹

Por otro lado, el incremento de refugiados como consecuencia de conflictos hace más vulnerable a un colectivo que, de por sí, tiende a ser partícipe del trabajo precario en general. Tras el estallido del conflicto en Siria, por ejemplo, muchos de los que se trasladaron a Turquía (hombres, mujeres y niños) acabaron en la economía sumergida realizando los trabajos más difíciles, sucios y peligrosos a cambio de sueldos extremadamente bajos.²⁰

También es preciso señalar la utilización de trabajo forzoso o trabajo infantil en la producción de cacao en Ghana y Costa de Marfil,²¹ así como en la industria tailandesa de marisco,²² o en una amplia lista de productos agroalimentarios y de otro tipo: ladrillos de Afganistán, China, Birmania, India, Nepal y Pakistán; ganado vacuno de Brasil, Paraguay y Sudán del Sur; anacardos de Brasil, Guinea y Vietnam; decoraciones navideñas de China; textiles en India y Nepal; granito de Nigeria o aceite de palma en Malasia.²³ Estos son únicamente algunos ejemplos. Las formas contemporáneas de esclavitud afectan, en mayor o menor medida, a múltiples sectores de producción por causas muy diversas, como la inexistencia o escasa eficacia de las inspecciones laborales, la competencia por producir al menor costo posible o la presencia de unas complejas cadenas de contratación o subcontratación que tornan a los trabajadores de las cadenas de suministro en personas

¹⁷ Varin, C., *Boko Haram and the War on Terror*, ABC-CLIO, Westport, 2016, pp. 78-79.

¹⁸ Ricard-Guay, A./Maroukis, T., “Human Trafficking in Domestic Work in the EU: A Special Case or a Learning Ground for the Anti-Trafficking Field?”, *Journal of Immigrants & Refugee Studies*, Vol. 15, No. 2, 2017, pp. 109-121; De Volder, E., Trafficking in the domestic work sector in the Netherlands: A hidden phenomenon, *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, Vol. 15, No. 2, 2017, pp. 140-154. En Reino Unido, Demetriou señala el sistema de visados como factor que contribuye a la explotación: Demetriou, D., “‘Tied Visas’ and Inadequate Labour Protections: A formula for abuse and exploitation of migrant domestic workers in the United Kingdom”, *Anti-Trafficking Review*, No. 5, 2015, pp. 69-88.

¹⁹ EFJ, *Blood and Water. Human Rights abuse in the seafood industry*, Environmental Justice Foundation, Londres, 2019: <https://ejfoundation.org/resources/downloads/Blood-water-06-2019-final.pdf> [último acceso: 26/12/2019].

²⁰ Kavak, S., “Syrian refugees in seasonal agricultural work: a case of adverse incorporation in Turkey”, *New Perspectives on Turkey*, Vol. 54, 2016, pp. 33-53; Özden, S., *Syrian Refugees in Turkey*, MPC Research Report 2013/05, European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2013, pp. 7-8.

²¹ Schrage, E. J./Ewing, A. P., “The cocoa industry and child labour”, *Journal of Corporate Citizenship*, 2005, pp. 99-112, especialmente p. 104.

²² OIT, Oficina Regional para Asia y Pacífico, *Global supply chain: insights into the Thai seafood sector*, International Labour Organization, Bangkok, 2016: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_474896.pdf [último acceso: 26/12/2019]. Ver también: Chantavanich, V. S./Laodumrongchai, S./Stringer, C., “Under the shadow: forced labour among sea fishers in Thailand”, *Marine Policy*, Vol. 68, 2016, pp. 1-7.

²³ Cada año, el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos publica anualmente un informe con una lista completa de los bienes producidos por el trabajo infantil o mediante trabajo forzoso, en violación de las normas internacionales: Oficina de Asuntos Laborales Internacionales – Departamento de Trabajo de Estados Unidos, *List of goods produced by child labor or forced labor*, 2018, especialmente p. 11: <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/ListofGoods.pdf> [último acceso: 24/12/2019].

especialmente vulnerables al abuso y la explotación.²⁴

Ambigüedad conceptual

¿Pero qué tienen en común los casos tan dispares que hemos señalado? ¿Es apropiado el término esclavitud, o sería más adecuado utilizar cualquier otra designación? Los únicos conceptos que tienen un contenido normativo en el Derecho Internacional son la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud o servidumbre y los trabajos forzosos. No obstante, suelen emplearse indistintamente o bajo el término paraguas “formas contemporáneas de esclavitud”, que incluye la trata de personas –donde no tiene que producirse necesariamente explotación–.

La ambigüedad conceptual en torno a estas prácticas tiene unas profundas implicaciones políticas. En primer lugar, porque ningún Estado (o cualquier otro actor) quiere ser tachado de “esclavista” o “partidario de la esclavitud”, lo que significa que cuanto más imprecisos sean los contornos entre las distintas prácticas, más fácil será eludir la responsabilidad e insistir en que unas determinadas prácticas no son esclavitud, sino que pertenecen a cualquier otra categoría.

Por ejemplo, de acuerdo con el informe final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona,²⁵ durante la guerra civil de este país las mujeres y las niñas fueron sometidas a violencia sexual, matrimonios forzosos, secuestros, violaciones o embarazos forzados.²⁶ La Comisión determinó que las jóvenes, la mayoría de las cuales aún no habían alcanzado la pubertad, eran violadas y raptadas para convertirlas en *bush wives* (esposas de la selva), eventos en los que participaron todas las facciones del conflicto. El informe final utiliza el término “matrimonios forzosos” sin demasiadas explicaciones, a pesar de que se trataba de una etiqueta unilateralmente impuesta a mujeres y niñas que también eran obligadas a cocinar, cuidar de los niños, viajar con los rebeldes, y apoyar al combatiente que le hubieran asignado o que la hubiese secuestrado.²⁷

También puede ponerse como ejemplo la actuación de las potencias coloniales durante gran parte del siglo XX. Tras el compromiso antiesclavista de finales del siglo XIX,

²⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Urmila Bhoola, 30º periodo de sesiones, A/HRC/30/35, 2015, Párr. 23-27. La complejidad de muchas cadenas de suministro hace que las prácticas comerciales actuales para garantizar el cumplimiento de ciertos estándares éticos sean a menudo insuficientes. Por ejemplo, en el marco de la industria textil, la tarea de garantizar unos mínimos se complica por la brevedad exigida para ejecutar los pedidos textiles y satisfacer las necesidades de los consumidores. Ver: Anti-Slavery International, *Slavery on the high street: forced labour in the manufacture of garments for international brands*, 2012: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/slavery_on_the_high_street_0.pdf [último acceso: 26/12/2019]; y Centre for Research on Multinational Corporations/India Committee of the Netherlands, *Flawed Fabrics: the abuse of girls and women workers in the South Indian textile Industry*, 2014: <http://www.indianet.nl/pdf/FlawedFabrics.pdf> [último acceso: 26/12/2019].

²⁵ Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, *Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission*, Truth & Reconciliation Commission, Sierra Leona, 2004.

²⁶ *Ibid.*, Apéndice 1.

²⁷ *Ibid.*, párr. 512. Ver también: Bunting, A., “Forced Marriage in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes”, *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 1, 2012, pp. 171 y ss.

que proporcionó a las potencias coloniales la justificación moral para la conquista de África,²⁸ se inició la campaña para poner fin a la esclavitud en este continente y promover su “desarrollo” a través de movilizaciones de trabajadores.²⁹ Esto dio como resultado el afianzamiento de otra forma de explotación denominada “trabajos forzosos” (expresión que se venía utilizando, por ejemplo, para nombrar el trabajo impuesto a los condenados), que era como la esclavitud tradicional en todo menos en el nombre. El término esclavitud, por su parte, quedó relegado a las prácticas tradicionales de las sociedades africanas.³⁰

En segundo lugar, las ONG, organismos internacionales y otros actores también han aprovechado el carácter evocativo y visceral de la “esclavitud” para incluir prácticas de todo tipo, estirando el concepto para que acoja cualquier injusticia y así lograr atención internacional, como por ejemplo, sobre la violación³¹ o la gestación subrogada.³² Esto también puede ilustrarse con el trabajo realizado por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, que cubrió todo tipo de ámbitos: venta de niños, trabajo infantil, incesto, explotación de la prostitución de otros, apartheid o colonialismo.³³ Pero no se trata de una cuestión exclusiva de los organismos internacionales o actores de la sociedad civil. En un intento de abolir la prostitución en todo el mundo, la Administración estadounidense de George W. Bush (2001-2009) interpretó que la definición de trata de personas abarcaba el ejercicio de la prostitución, y utilizó su influencia para presionar a otros Estados para que establecieran respuestas orientadas a la justicia criminal.³⁴

En definitiva, el mantenimiento de un panorama borroso y poco preciso complica los

²⁸ Yasuaki, O., “When Was the Law of International Society Born? - An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 2, 2000, pp. 43-44; Roberts, R./Miers, S., “The End of Slavery in Africa”, en *The End of Slavery in Africa*, Miers, S./Roberts, R. (ed.), 1988, pp. 16-17; Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38, No. 3, pp. 367 y ss.

²⁹ Quirk, J., “Ending Slavery in All Its Forms: Legal Abolition and Effective Emancipation in Historical Perspective”, p. 539.

³⁰ Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 368; Rodney, W., “The Colonial Economy”, en *General History of Africa: Africa under colonial domination 1880-1935*, Boahen, A. A. (ed.), UNESCO, Heinemann, California, 1985, pp. 332 y ss.; Killingray, D./Mathews, J., “Beasts of Burden: British West African Carriers in the First World War”, *Canadian Journal of African Studies*, Vol. 13, No. 1-2, 1979, pp.6-23.

³¹ Kim, J., “Taking Rape Seriously: Rape as Slavery”, *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 35, No. 1, 2012, pp. 263-310.

³² Lara Aguado, A., “La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, No. 8, 2018.

³³ Weissbrodt, D./Liga contra la esclavitud, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/02/4, Nueva York y Ginebra, 2002, pp. 45 y ss.: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf> [último acceso: 26/12/2019]. Allain critica la inclusión en el régimen anti esclavitud del apartheid y el colonialism en: Allain, J., “The Legal Definition of Slavery into the Twenty-First Century”, en *The Legal Understanding of Slavery: from the Historical to the Contemporary*, Allain, J. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 199, 209-13.

³⁴ Chuang, J. A., Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law, *American International Law Review*, Vol. 108, 2014, pp. 610, 613.

esfuerzos para combatir las formas de explotación extremas que se asemejan a la esclavitud tradicional u otras figuras semejantes, como la servidumbre o el trabajo forzoso, porque dificulta la asignación de responsabilidades, las estimaciones sobre su prevalencia, el diseño de políticas criminales adecuadas y afecta negativamente a las víctimas. Por esas razones, deberán esbozarse unos criterios normativos para determinar en qué casos estamos hablando de lo mismo y, cuando no sea así, por qué se trata de cosas distintas.

Vulnerabilidad

La esclavitud moderna y la trata de personas están estrechamente unidas a la vulnerabilidad humana. Incluso aunque haya espacios de agencia personal y de empoderamiento, las formas de explotación extrema se apoyan en factores estructurales e individuales que determinan que exista una situación de vulnerabilidad o “caldo de cultivo” para la subsiguiente explotación, lo que lo convierten en un fenómeno multifacético y complejo que no puede combatirse desde una sola perspectiva, como por ejemplo, el Derecho penal.³⁵ Aunque se trata de una faceta imprescindible y básica, también es importante implicar a otros actores y áreas del derecho. Esto se ve de una manera mucho más clara si hablamos desde la perspectiva de las responsabilidades.³⁶ Algunas responsabilidades son evidentes, como también la rama del derecho que debe ocuparse de las mismas. Por ejemplo, en un primer nivel de esclavitud como hecho delictivo, la responsabilidad recaería sobre las personas físicas (o jurídicas) a las que pueda atribuirse la dominación y explotación coercitiva de las víctimas, y la rama del derecho encargada de asignar dicha responsabilidad sería el Derecho penal.

Otro nivel de responsabilidad recaería sobre los Estados donde tienen lugar tales actos, bien por participar en la comisión, por carecer instrumentos jurídicos que permitan perseguirlos, o porque no existen medios o voluntad política para otorgarles eficacia.³⁷ Aquí entra en juego el Derecho internacional, y el nivel de responsabilidad que es posible exigir dependerá de los tratados que haya ratificado cada Estado y de la eficacia de los organismos de supervisión.³⁸

³⁵ Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 365.

³⁶ Esta perspectiva de las responsabilidades es planteada por Arcos Ramírez en: Arcos Ramírez, F., “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 77 y ss.; del mismo autor: *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 76 y ss.

³⁷ En la teoría del Derecho, este nivel encaja en la clasificación de Hart de responsabilidad derivada de papel o rol. Así, Hart señala cuatro tipos de responsabilidad: como capacidad, como factor causal, como punibilidad y como obligación derivada de un cierto rol, papel, etc.: Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 212.

³⁸ Tradicionalmente, las libertades y los derechos civiles y políticos fueron concebidos para imponer obligaciones negativas a los Estados, por ejemplo, abstenerse de detener arbitrariamente a una persona. Sin embargo, la noción de “obligaciones positivas” permite hacer responsables a los Estados por no adoptar ciertas medidas para garantizar el respeto y el disfrute de un derecho a todos los individuos en su territorio o aquellos sujetos a su jurisdicción. Ver: Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice* (2ª Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 79

Por último, la comunidad internacional en su conjunto debe velar por la erradicación de todas las formas de esclavitud.³⁹ Esto está relacionado con la eliminación de las condiciones sociales y económicas que actúan como generadores del caldo de cultivo que la alimentan.⁴⁰ En este estadio, la atribución de responsabilidad a individuos o a Estados es mucho menos clara y más fácilmente soslayable, especialmente cuando se trata de ámbitos que no aparecen directamente vinculados con la esclavitud. En general, tiene que ver con políticas migratorias, empresariales, medioambientales o de comercio exterior, respuesta a conflictos o manejo de contingentes de refugiados, entre otras cuestiones.⁴¹

Las empresas juegan un papel muy importante en este contexto, porque la complejidad e imbricación de las cadenas de suministro y subcontrataciones favorece las prácticas esclavistas.⁴² Diversas normas y directrices internacionales destacan el papel de la “debidada diligencia” (*due diligence*) de las empresas para identificar y prevenir riesgos para los derechos humanos, incluido el riesgo de formas contemporáneas de esclavitud.⁴³ En

³⁹ Arcos Ramírez propone esta visión cosmopolita, siguiendo el planteamiento de Van der Anker, “Slavery”, en *Encyclopedia of global justice Vol. 2*, Chatterjee, D. (ed.), Springer, Dordrecht, 2011, p. 1013. Sobre la discusión de la posibilidad de asignar una obligación de promover justicia distributiva (en sentido rawlsiano) en el ámbito internacional, ver Arcos Ramírez, F., *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, pp. 82 y ss.

⁴⁰ Entre otras cuestiones, aquí encaja lo que Bobbio concebía como “función promocional del derecho”, que consiste en la motivación de ciertos comportamientos mediante el establecimiento de sanciones positivas (premios) y otro tipo de medidas (como ventajas económicas, incentivos, etc.): Bobbio, N., “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, pp. 1313, 1327; y también del mismo autor: *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977, p. 13. En este sentido, ver también: Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia Vol. II*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 326-327.

⁴¹ Por ejemplo, Pomares Cintas señala la relación entre la migración y las formas contemporáneas de esclavitud: Pomares Cintas, E., “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 7, 2014-2015, pp. 143-174, especialmente p. 165; también Sciarba, A., “Misrecognising asylum. Causes, Modalities, and Consequences of the Crisis of a Fundamental Human Right”, *Rivista di Filosofia del diritto*, núm. 1, 2017, pp. 141-164. Casadei realiza una propuesta esquemática: 1) prevenir las causas de la inmigración por razones económicas y de pobreza endémica; 2) promover la igualdad de los derechos como sistema, partiendo de los derechos sociales; 3) garantizar, aquí también desde una perspectiva de promoción, el respeto del derecho universal a *un decent work* [trabajo digno]: Casadei, T., “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, *Derechos y Libertades*, No. 39, Época II, 2018, pp. 58-59.

⁴² Avetta, *Eradicating Modern Day Slavery in Global Supply Chains*, 2019: <http://www.supply-chain247.com/paper/eradicating-modern-day-slavery-in-global-supply-chains#register> [último acceso: 27/12/2019].

⁴³ En 2011 el Consejo de Derechos Humanos aprobó los “Principios rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos”, que son un conjunto de directrices para que los Estados y las empresas prevengan, aborden y remedien los abusos contra los derechos humanos cometidos en las operaciones comerciales. Entre estos principios, destaca el de diligencia debida (principio rector 17), según el cual: “Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos”: ACNUDH, *La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, 2012, p. 36: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf [último acceso: 27/12/2019]. Ver también: Bonnitcha, J., McCorquodale, R., “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, 2017, pp. 899-919. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la OIT también han desarrollado unas directrices para las empresas: OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011 y OIT, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* (5ª Ed.), Organización Internacional del Trabajo, 2017.

este sentido, el artículo 2 (e) del Protocolo de la OIT sobre el Trabajo Forzoso,⁴⁴ conmina a los Estados miembros a que tomen medidas que apoyen la diligencia debida en los sectores público y privado para prevenir y responder a los riesgos del trabajo forzoso u obligatorio; y la Recomendación que complementa a este Protocolo alienta a los Estados a que adopten medidas como “orientar y apoyar a los empleadores y a las empresas a fin de que adopten medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de trabajo forzoso u obligatorio.”⁴⁵

Los principios de Responsabilidad Social Corporativa (CSR, por sus siglas en inglés) han adquirido una creciente importancia en la última década,⁴⁶ empujando a las empresas a adoptar códigos de conducta, certificaciones y programas de seguimiento.⁴⁷ No obstante, salvo en algunos países en los que se han establecido requisitos obligatorios de transparencia o diligencia debida,⁴⁸ la regulación continúa siendo insuficiente o meramente cosmética.⁴⁹ En la normativa penal española, por ejemplo, ni siquiera se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra los derechos de los trabajadores.⁵⁰

Nuevo abolicionismo

La revisión de la historia de la esclavitud y, particularmente, del movimiento abolicionista, nos da pistas sobre cómo afrontar lo que se conoce como “nuevo abolicionismo”.⁵¹ En apenas dos siglos, la esclavitud pasó de ser una institución aceptada y sancionada en casi todos los países del mundo a convertirse en un crimen deslegitimado

⁴⁴ Protocolo No. 29 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930. Adoptado en Ginebra, 103ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, 2014.

⁴⁵ Recomendación No. 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014. Adoptado en Ginebra, 103ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014.

⁴⁶ Aaronson, A./Reeves, J. T., *Corporate responsibility in the global village: the role of public policy*, National Policy Association, Washington, 2002.

⁴⁷ Por ejemplo, el Grupo Inditex, desde 2015 ha adoptado una Política de Responsabilidad Social Corporativa, Códigos de conducta, además de la Política de Prevención de Riesgos Penales. Ver: Inditex, *Declaración referente a la lucha contra la Esclavitud Moderna y la Trata de Seres Humanos y la transparencia en cadena de suministro del Grupo Inditex correspondiente al ejercicio 2018*, 2018, pp. 7 y ss.: <https://www.inditex.com/documents/10279/364755/Inditex+Modern+Slavery+Statement+ES.pdf/e3e7eae6-6f5c-7136-07df-48e66c226e6e> [último acceso: 27/12/2019].

⁴⁸ En el informe del Centro de Empresas y Derechos Humanos se describen distintas legislaciones nacionales adoptadas para garantizarlo: Business and Human Rights Resource Centre/ International Trade Union Confederation, *Modern Slavery in Company Operation and Supply Chains: Mandatory transparency, mandatory due diligence and public procurement due diligence*, 2017: https://www.business-human-rights.org/sites/default/files/documents/Modern%20slavery%20in%20company%20operation%20and%20supply%20chain_FINAL.pdf [último acceso: 27/12/2019]

⁴⁹ Ibid., p. 26. En este mismo sentido, respecto a las certificaciones de comercio justo: Dragasanu, R./Giovannucci, D./Nunn, N., “The economics of fair trade”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 28, No. 3, 2014, pp. 217-236.

⁵⁰ La doctrina penal ha sido muy crítica al respecto. Por todos: Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 51 y ss.

⁵¹ Como lo llama Casadei en “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, pp. 43, 52 y ss., propuesto anteriormente por Quirk, que se refiere al “proyecto anti-esclavitud” como una tarea inacabada en *The Anti-*

internacionalmente. Durante dicho proceso se entremezclaron factores normativos, políticos y geoestratégicos, y tuvo lugar una transformación moral y jurídica. No obstante, este proceso no fue irreversible, porque durante el siglo XX se generaron poderosas variantes de la esclavitud, legalizadas con denominaciones como “trabajo forzoso” y que no fueron abiertamente deslegitimadas hasta la última parte del siglo pasado. En la actualidad, aspectos como la actividad económica mundial y las redes de migración han exacerbado o creado nuevas fuentes de coacción extrema, tanto a nivel internacional como local, generando dinámicas de explotación muy diversas.

De este modo, la emancipación efectiva no fue un evento singular o estático que ocurrió –y terminó– cuando se aprobó la ley que prohibió la esclavitud, sino que se trata más bien de un conjunto de expectativas y aspiraciones que evolucionan adaptándose a unas nuevas circunstancias materiales. La abolición legal implicó únicamente un cambio formal de estatus, pero la emancipación efectiva que promueve el “nuevo abolicionismo” incluye otras cuestiones más amplias de prevención, rehabilitación o justicia social. No obstante, primero tenemos que preguntarnos qué prácticas son las que se interponen en la emancipación efectiva. Las dinámicas de explotación que hemos comentado (y muchas más) reciben todo tipo de denominaciones. A veces se refieren a ellas como servidumbre por deudas, esclavitud moderna, trabajos forzados, trabajo infantil, matrimonios forzados, o simplemente “explotación laboral” o “explotación grave”. ¿Qué criterios deben emplearse para denominarlo de una u otra forma? ¿Sería más beneficioso no hacer distinciones y utilizarlos como sinónimos?

La determinación de cuáles son los elementos esenciales de las distintas formas de explotación (esclavitud, servidumbre y trabajos forzados) nos permite configurarlos como categorías analíticas, lo que a su vez posibilita la clasificación de casos individuales, como el tratamiento de las mujeres yazidis en el ISIS o las “*bush wives*” de Sierra Leona, en los cajones que correspondan cuando se trate de categorías *materialmente* equivalentes, tarea que en ocasiones se verá complicada por las complejas variaciones en las experiencias individuales, que a menudo hacen difícil trazar una línea clara entre la explotación grave y otras formas de explotación cotidianas.

Aunque se trata de conceptos que se han desarrollado fundamentalmente en el marco del Derecho internacional, el Derecho penal también puede realizar aportaciones fundamentales, especialmente desde la perspectiva del bien jurídico. En particular, la determinación de cuál es el injusto y qué es lo que está siendo afectado o puesto en peligro (si la libertad, la integridad moral, la dignidad, etc.), aporta una serie de matices que permiten responder con mayor precisión preguntas como: ¿qué actos son aptos para producir el resultado que se pretende evitar? o ¿cuáles de ellos merecen la consideración de graves?

En general, la forma en la que respondemos a todas estas preguntas tiene importantes

Slavery Project: From the Slave Trade to Human Trafficking, University of Pennsylvania Press, Pensilvania, 2011, pp. 15 y ss., tras el debate abierto por Kevin Bales con su obra *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, California, 2004 (originalmente publicada en 1999).

consecuencias, por ejemplo, para diseñar una respuesta penal adecuada. Como exploraremos en este trabajo, los beneficios del etiquetamiento correcto de las conductas de explotación humana superan a las desventajas desde el punto de vista preventivo, de persecución criminal y de protección de las víctimas, entre otros aspectos.

Así, tras la determinación del contenido esencial de cada una de las formas de explotación que se engloban bajo el paraguas de las “formas contemporáneas de esclavitud”, nos centraremos en el aspecto penal y analizaremos la adecuación de la respuesta del Derecho penal español. Nuestro Código Penal no recoge un delito específico de esclavitud,⁵² servidumbre o trabajos forzados, lo que no significa necesariamente que la regulación sea insuficiente. No se trata de “rendir pleitesía a la literalidad de las normas jurídicas internacionales”⁵³ ni este es el único argumento de peso, puesto que, como hemos indicado, el proceso de emancipación efectiva no se alcanza a través de la abolición legal, sino que es un concepto material. Esto significa que, si tal y como está regulado no deja ámbitos de desprotección, no hará falta un delito específico.

No obstante, un análisis pormenorizado nos lleva a la afirmación de que la regulación legal actual es palmariamente insuficiente.⁵⁴ No sólo porque el contenido del injusto no se encuentra adecuadamente abarcado por los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311.1º y 312.2 CP) o el delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP), sino porque también es más conveniente desde el punto de vista de principios clásicos del Derecho penal como el de necesidad y fragmentariedad. En este contexto, primero tendremos que abordar cuestiones fundamentales como la determinación del papel del bien jurídico en la creación de nuevos tipos o los parámetros para medir la eficacia de una norma penal.

De este modo, si bien es cierto que la existencia de un bien jurídico que no está adecuadamente protegido no equivale a una *obligación* de tipificar un tipo penal, se trata de un elemento que es preciso tener en cuenta dentro de otras categorías analíticas como el juicio de idoneidad y necesidad de la norma. En particular, utilizaremos la estructura argumentativa que ofrece el principio de proporcionalidad en sentido amplio, con sus cuatro subcategorías –bien jurídico, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–, para justificar jurídico-criminalmente la necesidad de creación de un nuevo tipo penal. La ventaja que ofrece este modelo es que, además de estar constitucionalmente

⁵² El artículo 607 bis CP se refiere al delito de esclavitud, pero en el marco de los delitos de lesa humanidad. Esto quiere decir que los hechos deben cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella.

⁵³ Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, en *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Suárez López, J. M./Barquín Sanz, J./Benítez Ortúzar, I. F./Jiménez Díaz, M. J./Sainz Cantero Caparrós, J. E. (dir.), Dykinson, Madrid, 2018, p. 1263.

⁵⁴ Carencia que ha sido puesta de manifiesto de forma contundente en la Memoria de la Fiscalía: Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado. Excm. Sra. Dª María José Segarra Crespo*, Madrid, 2019, pp. 821, 1263, donde se señala que: “No es posible perseguir con rigor ni es posible establecer un sistema coherente (política o plan) de prevención del trabajo forzoso ni de la protección integral de la víctima si no están tipificados de manera autónoma los delitos de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso”.

consagrado, permite ponderar de forma ordenada funciones y principios clásicos del Derecho penal (como la función comunicativa, el principio de intervención mínima, etc.).

Finalmente, se hará una propuesta concreta, teniendo en cuenta que el Derecho internacional y el Derecho penal, aunque interrelacionados, difieren en aspectos como los sujetos a los que están dirigidos, los objetivos que persiguen y en las técnicas de interpretación.⁵⁵ Por ejemplo, mientras que el Derecho internacional de los derechos humanos tiene como actores fundamentales a los Estados y busca optimizar la protección para abarcar el mayor número de personas posible, el Derecho penal está intensamente condicionado por principios como el de legalidad y culpabilidad.⁵⁶

A todo esto podría tachársele que se pretenden “hacer recortes sobre el papel de lo que no está recortado en la realidad”,⁵⁷ o que se trata de una nueva argucia del Derecho penal simbólico para desquitarse de toda responsabilidad (de prevención o protección) y trasladarla a un tipo penal de difícil aplicación que requiere únicamente su publicación en el Boletín Oficial del Estado. A esto se puede responder que no puede combatirse aquello que se piensa que no existe,⁵⁸ y que la dificultad de la aplicación del tipo puede aplacarse con la creación de indicadores y la adecuada formación del cuerpo de justicia criminal. Por otro lado, la creación de un tipo penal no exime al Estado y al resto de sociedad civil de adoptar otro tipo medidas necesarias para combatir un fenómeno complejo. El Derecho penal es un mal necesario, y si bien es cierto que se trata de la punta del iceberg, también realiza funciones importantes por sí mismo o como desencadenante de otras áreas, como por ejemplo, la protección de las víctimas.

En definitiva, la extinción de las “formas contemporáneas de esclavitud” –que no dejan de ser las mismas dinámicas con otros nombres– requiere una profunda comprensión del fenómeno en sí y del movimiento que trató de ponerle fin, y debe estar indefectiblemente enfocada a acabar con las causas y condiciones que hacen que, a partir de formas de vulnerabilidad estructural, algunas personas sean privadas de su propia humanidad para ser utilizadas como mercancías.

2. Metodología

Si bien en el ámbito jurídico el aspecto metodológico suele ceñirse a una descripción

⁵⁵ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 332 y ss.; Lazarus, L., “Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce”, en *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Zadner, L./Roberts, J. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 150.

⁵⁶ Robinson también señala que el Derecho Penal y las normas internacionales de Derechos Humanos se basan en dos enfoques interpretativos contradictorios: Robinson, D., “The Identity Crises of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2008, p. 929.

⁵⁷ Como señalara Bordieu, citado por Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1263.

⁵⁸ A pesar de que debe reconocerse que la jurisprudencia haya sabido recopilar algunos indicios de esclavitud: Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1264.

de los pasos seguidos, en aras de un “genuino rigor metodológico”,⁵⁹ vamos a articular una explicación de los procesos seguidos para alcanzar cada uno de los objetivos, indicando por qué son los más apropiados. Puesto que se trata de un tema complejo que afecta a varias áreas y que se encuentra en la intersección de cuestiones como la vulnerabilidad, la dignidad humana y el trabajo decente, deberá acudir a varias disciplinas. Evidentemente, las ramas predominantes serán el Derecho penal e internacional, pero también se tendrá en cuenta la teoría general de los Derechos humanos, el Derecho del trabajo y algunos aspectos de la Criminología. Además, se prestará atención a otros sistemas penales nacionales, por el fuerte componente transnacional de las formas contemporáneas de esclavitud.

La hipótesis principal de este trabajo es que los términos que se agrupan bajo el paraguas de las “formas contemporáneas de esclavitud” —es decir, esclavitud, servidumbre, trabajos forzados y trata de seres humanos—, tienen un contenido delimitado en la normativa y jurisprudencia internacional aplicable a situaciones de hecho en la actualidad, así como un ámbito específico de injusto merecedor de protección penal, y que estos conceptos, a excepción de la trata de personas, no se encuentran adecuadamente regulados en el Derecho penal español.

Los objetivos planteados para demostrar esta hipótesis han sido los siguientes:

- a. En primer lugar, definir y delimitar cuál es el contenido legal de las formas contemporáneas de esclavitud en el Derecho internacional, teniendo en cuenta fundamentalmente los convenios internacionales —específicos o generales de derechos humanos— y la jurisprudencia internacional o las decisiones de organismos internacionales con competencia en la materia. Este contenido se complementa con la delimitación del ámbito de injusto (bien jurídico) que se ve afectado por las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.
- b. En segundo lugar, justificar jurídico-criminalmente la necesidad de crear un nuevo tipo penal en el Derecho penal español que abarque el contenido del injusto de las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.
- c. En tercer lugar, proponer un concreto tipo penal de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, o mantenimiento en dicha condición.

Para el logro del primer objetivo se lleva a cabo una sistematización de todos los convenios internacionales sobre la materia, tanto específicos como generales de derechos humanos, así como de las decisiones de órganos jurisdiccionales u organismos con competencia para interpretar estas disposiciones. Se trata de una investigación documental que navega entre distintos sistemas jurídicos que tienen sus propias reglas de interpretación, como el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los derechos

⁵⁹ Chynoweth, P., “Legal research”, en *Advanced research methods in the built environment*, Knight, A./Ruddock, L. (ed.), Wiley-Blackwell, Oxford, 2008, p. 37. Este autor considera que “probablemente es incorrecto describir el proceso de análisis jurídico como dictado por una ‘metodología’”, en p. 34.

humanos. Así, los textos legales, la jurisprudencia y los documentos académicos han sido el respaldo más importante para definir el contenido normativo de cada una de las conductas de explotación e indagar en la esencia del injusto. El proceso de extraer unas reglas generales de casos específicos y viceversa, de aplicar una regla general a una situación fáctica, supone el ejercicio de razonamiento deductivo e inductivo, análisis de políticas y la utilización de otro tipo de técnicas jurídicas como la analogía.

La determinación de la *lege* o decisión *lata*⁶⁰ arroja luz y allana el camino para alcanzar el segundo objetivo, puesto que muestra los problemas de tipo lógico, como la existencia de lagunas e incoherencias en la normativa española que dificulta –si no impide– una correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos. Esto requiere no sólo un análisis jurídico-formal (para analizar si la laguna contradice o incumple las obligaciones positivas derivadas del Derecho internacional), sino también teleológico y ético, determinando si la normativa actual protege de forma apropiada un ámbito que merece protección.

Puesto que el ámbito penal tiene sus propias reglas, se tendrán en cuenta los principios básicos del Derecho penal de forma transversal en todo el análisis, así como ciertas nociones traídas del análisis del Derecho comparado. Con relación a esto último, es preciso advertir que, por el carácter de estudio básicamente normativo de las regulaciones penales de países europeos y del contexto iberoamericano, las observaciones que se extraigan de este análisis tendrán un carácter meramente informativo o inspirador, así como de apoyo de otros argumentos.⁶¹ Se ha escogido este grupo de países atendiendo a los siguientes criterios: en primer lugar, por tratarse de países de nuestro entorno jurídico; en segundo lugar, respecto a los europeos, por haber ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos⁶² (Convenio de Varsovia), lo que apunta a una cierta armonización; y, en tercer lugar, por la existencia de reformas normativas recientes motivadas por pronunciamientos de organismos internacionales sobre esclavitud u otras formas análogas de explotación.

Finalmente, y como investigación de *lege ferenda*, se propone la regulación de un tipo penal concreto de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, a la luz de los resultados

⁶⁰ Con la expresión *lege* se alude a disposiciones jurídicas en sentido amplio y con la expresión “decisión” entenderemos la jurisprudencia producida por los Tribunales, así como los distintos tipos de decisiones emanadas de otros órganos con competencia para interpretar y aplicar el Derecho con efectos jurídicos. Ver: Ruiz Resa, J., Preparando un plan de investigación en ciencias jurídicas, en: *Jornada de recepción, información sobre el desarrollo del programa, la normativa a aplicar y breve introducción sobre el plan de investigación*, Universidad de Granada, 2014, p. 17: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/31090> [último acceso: 28/12/2019].

⁶¹ Función destacada por Eser como una de las funciones básicas del Derecho comparado. Eser, A., “The importance of comparative legal research for the development of criminal sciences”, en *Law in Motion: recent developments in Civil Procedure, Contract, Criminal Environmental, Family & Succession, Intellectual Property, Labour, Medical, Social Security and Transport Law*, Blanpain, R. (dir.), Kluwer Law International, La Haya, 1997, p. 498: <https://freidok.uni-freiburg.de/fedora/objects/freidok:3759/datastreams/FILE1/content> [último acceso: 28/12/2019]; Örucu, E., “Developing comparative law”, en *Comparative Law. A handbook*, Örucu, E./Nelken, D., Hart Publishing, 2007, p. 44.

⁶² Consejo de Europa, Council of Europe Treaty Series, No. 197, 2005.

de la investigación, y teniendo en cuenta cuestiones como la sistematización, concursales, etc.

En general, esta investigación se ha llevado a cabo tanto en línea como presencialmente, utilizando varias bases de datos autorizadas (Jstore, HeinOnline, V-Lex, Aranzadi, Tirant Online, etc.) y los recursos disponibles en la biblioteca de Derecho de la Universidad de Granada, en el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania), en la Universidad de Oslo, en la Universidad de Queen (Belfast, Reino Unido) y en los archivos de la Sociedad de Naciones y de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Por último, es importante destacar que la caracterización histórica de cada institución y los elementos empíricos que se plantean en este trabajo no pretenden ser exhaustivos, sino que sirven para ejemplificar las categorías analíticas examinadas y, en el caso de la caracterización histórica, comprender que se trata de instituciones cuyas características esenciales han perdurado en el tiempo. Aunque la investigación tiene el objetivo fundamental de proporcionar un marco conceptual, el diálogo entre los hallazgos empíricos y la literatura jurídica existente permite aportar ideas para una regulación centrada en aquellos elementos que tienen impacto real, lo que a su vez garantiza la pertinencia y la dimensión innovadora de esta investigación.

3. Estructura

La investigación está dividida en cuatro partes. Tras una caracterización general del fenómeno, que pone de manifiesto su relación con otros problemas más generales como la exclusión social, la pobreza y los derechos laborales en la economía mundial, la primera parte se centra en la sistematización de todos los instrumentos normativos –legales, jurisprudenciales, o dictados por organismos con competencia en la materia– que se refieren a la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzosos y la trata de personas.

Por otro lado, la segunda parte se ocupa de la conceptualización de cada una de las figuras –esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos y trata de seres humanos–, fijando su contenido normativo de acuerdo con las técnicas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶³ (especialmente los artículos 31 y 32), y las resoluciones de los organismos con competencia para pronunciarse al respecto. Así, tras analizar el contexto histórico-filosófico que posibilitó la pervivencia de la esclavitud desde las antiguas civilizaciones hasta que se dieron las condiciones para que prosperasen las aspiraciones del movimiento abolicionista, se establecen las características esenciales de la esclavitud como institución fáctica y no sólo jurídica, utilizando el paradigma del derecho de propiedad. Esa misma tarea se realiza en relación con la servidumbre, los trabajos forzosos y la trata de seres humanos. En el caso de la servidumbre, se examina su pervivencia a lo largo del tiempo como una institución *semejante*, pero nunca idéntica, a la esclavitud, y se examina en detalle su regulación y el posterior desarrollo del concepto en

⁶³ ONU, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331, 22 de mayo de 1969.

la jurisprudencia internacional. En cuanto a los trabajos forzados y la trata de seres humanos, nos centraremos especialmente en la evolución contemporánea de ambos fenómenos, puesto que son las que mayores frutos han dado a nivel conceptual. El objetivo de este capítulo es ofrecer una visión en conjunto, tanto de los elementos esenciales y delimitados de cada una de las prácticas, como de la relación existente entre ellas.

La tercera parte comienza con un análisis de cómo han regulado los países de nuestro entorno jurídico las formas contemporáneas de esclavitud, con el objetivo de detectar tendencias y examinar cómo las han caracterizado: si las abordan conjuntamente, si las consideran parte de los delitos de explotación laboral, etc. A continuación, se examinan estas prácticas desde la perspectiva del bien jurídico, preguntándonos qué es lo que se está protegiendo y cuál es el contenido del injusto que comparten las prácticas analizadas. A su vez, esto nos da pistas para saber, desde la perspectiva penal, qué acciones concretas tienen aptitud para dañar o poner en riesgo el bien jurídico. Por último, se exploran los argumentos jurídico-criminales que nos permiten afirmar la insuficiencia de la normativa penal española para abordar este fenómeno y proteger adecuadamente a las víctimas/potenciales víctimas de las formas contemporáneas de esclavitud en España. En concreto, se articulan en torno a cuatro perspectivas: las obligaciones positivas derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el bien jurídico y el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Se trata de diferentes aristas que apoyan, en mayor o menor medida, el argumento de la necesidad de un tipo penal específico, teniendo en cuenta la normativa actualmente en vigor.

Por último, en el Capítulo IV se esboza una propuesta concreta de regulación penal, teniendo en cuenta todos los aspectos anteriormente tratados (*pars contruens*), y con el objetivo de dar una respuesta penal coherente y adecuada a la importancia del fenómeno de las formas contemporáneas de esclavitud.

PRIMERA PARTE: CARACTERIZACIÓN GENERAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

“Se suele considerar, y es un hecho que se utiliza para vilipendiar el carácter de su raza, que los capataces negros siempre son más tiránicos y crueles que los blancos. Sólo significa que la mente de los negros ha sido más degradada que la de los blancos. No es más cierto de esta raza que de cualquier raza oprimida del mundo. El esclavo siempre es un tirano si se le brinda la ocasión”.

La cabaña del Tío Tom

I. CARACTERIZACIÓN GENERAL

La esclavitud es un fenómeno complejo y profundamente imbricado con las estructuras de poder, especialmente de naturaleza política, social o económica, que a su vez se relacionan y se retroalimentan entre sí.⁶⁴ La lógica económica que apuntala la esclavitud contemporánea es reforzada por normas e instituciones políticas. Los factores económicos de la esclavitud se entrecruzan con las vulnerabilidades sociales. Previsiblemente, una mayor susceptibilidad a la esclavitud está relacionada con la marginalización socio-política y la exclusión social.⁶⁵ La demanda de trabajo barato se entrecruza con la vulnerabilidad individual, a menudo causada por pobreza, la discriminación doméstica o el conflicto y el subsiguiente desplazamiento que provoca. Esto ha llevado a decir que “la esclavitud es una forma extrema de desigualdad”,⁶⁶ que reduce a las personas a la categoría de “desechables”.⁶⁷

⁶⁴ Van den Anker, C. (coord.), *Political Economy of New Slavery*, Palgrave, London, 2003; Quirk, K., *Unfinished Business: A Comparative Survey Historical and Contemporary Slavery*, Unesco Publishing, París, 2009; Anderson, B., *Doing the Dirty Work: The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, Londres, 2000; Lutya, T. M./Lanier, M., “An Integrated Theoretical Framework to Describe Human Trafficking of Young Women and Girls for Involuntary Prostitution”, *Public Health – Social and Behavioral Health*, 2012, especialmente p. 556. En relación con la explotación sexual, ver: Gerassi, L., “A Heated Debate: Theoretical Perspectives of Sexual Exploitation and Sex Work”, *Journal of Sociology and Social Welfare*, Vol. 42, No. 4, 2015, pp. 79-100. Ver también, relacionado con los derechos humanos en general: Edwards, H./Landman, T./Kernohan, D./Nessa, A., “Good neighbours matter: Economic geography and the diffusion of human rights”, *Spatial Economic Analysis*, Vol. 13, No. 3, 2018, pp. 319-337; Mitchell, N. J./McCormick, J. M., “Economic and political explanations of human rights violations”, *World Politics*, Vol. 40, 1988, pp. 476 y ss.; Poe, S. C./Tate, C.N., “Repression of human rights to personal integrity in the 1980s: A global analysis”, *American Political Science Review*, Vol. 88, No. 4, pp. 853 y ss.

⁶⁵ Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, en *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Jean Allain (coord.), Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 281 y ss.

⁶⁶ Cockayne, J./Grono, N./Panaccione, K., “Introduction”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, 2016, p. 256; Casadei, T., “Modos y Formas de la Esclavitud Contemporánea”, *Derechos y libertades*, Número 39, Época II, junio 2018, p. 48; Hamilton, D./Hodgson, K./Quirk, J. (coords.), *Slavery, Memory and Identity: National Representations and Global Legacies*, Pickering & Chatto, Londres, 2012; Casadei, T., “Sujetos vulnerables, trata y formas contemporáneas de esclavitud: el papel de las instituciones” y Arcos Ramírez, F., “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, ambos en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Esteban Pérez Alonso (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 101-116 y 79 y ss., respectivamente.

⁶⁷ Ogilvie, B., *El hombre desechable: ensayo sobre las formas del exterminismo y la violencia extrema*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2013; Dal Lago, A., *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milán 2012. Para un enfoque análogo, ver Pateman, C./Mills, C. W., *Contract and*

1. Los números de las formas contemporáneas de esclavitud: un proceso en construcción.

El conocimiento de la prevalencia de las formas contemporáneas de esclavitud es fundamental para establecer prioridades políticas. Con carácter previo deben reconocerse las dificultades prácticas para cumplir adecuadamente este objetivo, bien porque se trata de un fenómeno ilegal que desafía los métodos tradicionales de recopilación de datos,⁶⁸ o bien por la utilización de metodologías distintas a la hora de obtenerlos y analizarlos.⁶⁹ La dificultad para comparar datos y extraer conclusiones de los mismos plantea un reto para los investigadores o aquellos que pretendan esbozar políticas nacionales o internacionales contra la esclavitud moderna.⁷⁰ El proyecto de la UNESCO en 2003 sobre estadísticas de la trata de personas lo resume de la siguiente manera:

Los números toman vida propia, ganando aceptación a través de la repetición, a menudo con poca investigación sobre sus derivaciones. Los periodistas, cediendo a las presiones de los editores, exigen cifras, cualquier número. Las organizaciones se sienten obligadas a suministrarlas, prestando falsas precisiones y autoridad a muchos informes.⁷¹

Esto explicaría, en parte, por qué diferentes autoridades y organizaciones llegan a estimaciones tan distintas,⁷² a lo que debe añadirse la vaguedad de las definiciones a

Domination, Polity, Cambridge, 2007, pp. 191-199, en donde se examina la condición de las mujeres no blancas como “no personas y no contratantes”.

⁶⁸ AAVV, *Study on comprehensive policy review the European Commission of anti-trafficking projects funded by the European Commission*, HOME/2014/ISFP/PR/THBX/0052, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016, p. 8: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study_on_comprehensive_policy_review.pdf [último acceso: 24/12/2019]; Craig, G., “Modern Slavery in the United Kingdom: An Incoherent Response”, en *Social policy review 30: Analysis and debate in social policy*, Needham, C./Heins, E./Rees, J. (eds.), Policy Press, Bristol, 2018, p. 28; Kangaspunta, A., “Measuring the immeasurable: can the severity of human trafficking be ranked?”, *Criminology & Public Policy*, Vol. 9, No. 2, 2010, pp. 257-266.

⁶⁹ Merry, S. E., “Counting the Uncountable: Constructing Trafficking Through Measurement”, en *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labour and Modern Slavery*, Kotiswaran, P., Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 275.

⁷⁰ Weitzer, R., “New Directions in Research on Human Trafficking”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 653, No. 1, May 2014, p. 14. Para ver una introducción a las “complejidades y fallos” en la medición de la trata de personas, ver: Savona, E. U./Stefanizzi, S. (eds), *Measuring human trafficking. Complexities and pitfalls*, Springer, Nueva York, 2007. Aronowitz, tras examinar las limitaciones en la medición de la trata, proporciona recomendaciones sobre métodos eficaces y prácticos para mejorar la recopilación de datos fiables: Aronowitz, A., “Overcoming the challenge to accurately measuring the phenomenon of human trafficking”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 81, 2010, pp. 493-511, especialmente pp. 505 y ss.

⁷¹ Citado por Aronowitz, “Overcoming the challenge to accurately measuring the phenomenon of human trafficking”, p. 498. De forma muy similar lo expresaba Kelly en “You can find anything you want: a critical reflection on research on trafficking in persons within and into Europe”, *International Migration*, Vol. 43, No. 1/2, 2005, 235-265.

⁷² Limanowska, B., *Trafficking in human beings in Southeastern Europe*, UNICEF - UNOHCHR - OSCEODHIR, 2003, p. 4: <https://www.osce.org/odihr/18484?download=true> [último acceso 24/12/2019].

todos los niveles,⁷³ o incluso las distintas percepciones sociales y culturales sobre determinadas prácticas.⁷⁴ Por consiguiente, los esfuerzos encaminados a comprender la prevalencia de las formas contemporáneas de la esclavitud no pueden desconectarse de la necesaria investigación sobre los contornos de las definiciones e interpretaciones relativas a estas prácticas de explotación.

La primera estimación del número de personas en esclavitud moderna proviene de Kevin Bales en 1999. Este sociólogo estadounidense, que revivió el interés en la esclavitud contemporánea –al menos en el ámbito científico–, apuntaba la cifra de 27 millones de personas.⁷⁵ Más adelante, la OIT adoptó el rol de analizar la escala del problema y comenzó a publicar estimaciones globales sobre el trabajo forzoso periódicamente. En el informe de 2005 estimaba que, en el periodo comprendido entre 1995 y 2004, 12,3 millones de personas habían estado sometidas a trabajos forzados en todo el mundo, de los cuales el 20% habían sido objeto de trata.⁷⁶ La OIT seguiría publicando nuevas estimaciones del trabajo forzoso en los años siguientes, mejorando su metodología. En 2012 señaló que el número de personas sometidas a trabajo forzoso entre 2002 y 2011 fue de 20,9 millones, cifra que la propia organización calificó de “conservadora”.⁷⁷

Después de esto, la Fundación *Walk Free* (*Walk Free Foundation*), comenzó a publicar desde 2013 el Índice sobre la Esclavitud Mundial (*Global Slavery Index –GSI–*), ofreciendo datos sobre las personas en esclavitud moderna. Sus estimaciones han aumentado de forma constante desde el primer Índice de Esclavitud Mundial de 2013, que afirmaba

⁷³ Scarpa, S., *Contemporary Forms of Slavery*, EP/EXPO/B/COMMITTEE/FWC/2013-08/Lot8/23, Policy Department for External Relations, Unión Europea, 2018, pp. 38 y 39: [http://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/STUD/2018/603470/EXPO_STU\(2018\)603470_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/STUD/2018/603470/EXPO_STU(2018)603470_EN.pdf) [último acceso: 24/12/2019].

⁷⁴ Por ejemplo, en algunas partes de la India los trabajadores en régimen de servidumbre que no tienen la libertad de abandonar su lugar de trabajo y no reciben remuneración, se denominan a menudo “trabajadores adjuntos”, ocultando su situación real. Bales, K., “International Labor Standards: Quality of Information and Measures of Progress in Combating Forced Labor”, *Comparative Labor Law and Policy*, Vol. 24, 2004, p. 322.

⁷⁵ Bales, K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, Berkeley, 2004, p. 8. Esta cifra fue revisada y confirmada por el mismo autor en: “The Social Psychology of Modern Slavery”, *Scientific American*, Vol. 286, No. 4, 2002, pp. 80-88; y en: “International Labor Standards: Quality of Information and Measures of Progress in Combating Forced Labor”, p. 343.

⁷⁶ OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 93ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, p. 10: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf> [último acceso: 28/12/2019]. Sin embargo, en 2009, Andrees y Belser arrojan dudas sobre estas estimaciones, como señala Bales en “Slavery and its Contemporary Manifestations”, p. 286. Belser y Andrees formaron parte del equipo de investigación de la OIT para la estimación original de 12,3 millones. Ver: Andrees, B./Belser, P. (ed.), *Forced Labor: Coercion and Exploitation in the Private Economy*, Lynn Rienner, Estados Unidos, 2009, pp. 173-194.

⁷⁷ OIT, *ILO Global Estimate of Forced Labour. Results and Methodology*, International Labour Organization, 2012, p. 13: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf [último acceso: 28/12/2019]. De esa cifra, señaló que 18,7 millones (es decir, el 90% de las víctimas) fueron explotadas en la economía privada, por individuos o empresas. De ellos, 4,5 millones (22%) fueron víctimas de explotación sexual forzada y 14,2 millones (68%) fueron víctimas de explotación laboral forzada en actividades económicas, como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura. Por último, 2,2 millones (10%) estaban sometidos a formas de trabajo forzoso impuestas por el Estado y 5,5 millones (26%) eran menores de 18 años.

que había 29,8 millones de esclavos en el mundo;⁷⁸ el Índice de 2014 elevó esta cifra a 35,8 millones,⁷⁹ mientras que el Índice de 2016 estableció el número de esclavos en 45,8 millones.⁸⁰

La edición de 2018 del Índice cuenta con la colaboración de la OIT y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), aunando metodologías. Como resultado, el Índice de Esclavitud Moderna como el Informe de la OIT sobre el trabajo y los matrimonios forzados comparten la cifra de personas en esclavitud moderna: 40,3 millones de personas en el periodo de referencia entre 2012-2016.⁸¹ De esas personas, 24,9 han sido forzadas a trabajar en contra de su voluntad y 15,4 obligadas a contraer matrimonio,⁸² lo que implica una prevalencia de 5,4 víctimas de esclavitud moderna por cada 1000. Estos datos se desglosan en función de variables como el tipo de explotación, edad, género o región de la que proceden las víctimas. En términos generales, el 71% de las víctimas ha afectado a mujeres y niñas, aunque este porcentaje varía en función del tipo de explotación que se trata. Así, representan el 99% en la industria del sexo y el 58% en otros sectores. De los 24,9 millones de víctimas del trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en la economía privada, 4,8 sujetas a explotación sexual y 4,1 millones se encuentran en situación de trabajos forzoso impuesto por autoridades estatales. La mayor parte del trabajo realizado en la economía privada corresponde al trabajo doméstico (24%), y le siguen los sectores de la construcción (18%), la manufactura (15%) y la agricultura y la pesca (11%).⁸³

El informe también destaca que la esclavitud moderna es más frecuente en África (7,6 por cada 1000), seguida de la región de Asia y el Pacífico (6,1 por cada 1000) y Europa y Asia Central (3,9 por cada 1000).⁸⁴ Por último, según la *Walk Free Foundation*, 89 millones de personas en todo el mundo experimentaron alguna forma de esclavitud contemporánea durante períodos que oscilaron entre unos pocos días hasta cinco años.⁸⁵

Subcategorías del trabajo forzoso

⁷⁸ Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2013*, 2013, p. 6: http://lft.ee/admin/upload/files/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf [último acceso: 28/12/2019].

⁷⁹ Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2014*, 2014, p. 3: https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/11/GlobalSlavery_2014_LR-FINAL.pdf [último acceso: 28/12/2019].

⁸⁰ Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2016*, 2016, p. 8: <https://www.traffickingmatters.com/wp-content/uploads/legal-resources/walk-free-global-slavery/2016-Global-Slavery-Index-Walk-Free.pdf> [último acceso: 28/12/2019].

⁸¹ Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2018*, 2018, p. 2: https://www.traffickingmatters.com/wp-content/uploads/2018/08/GSI-2018_FNL_180807_DigitalSmall_p.pdf [último acceso: 28/12/2019].

⁸² OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, pp. 9-11. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf, p. 9 y 10

⁸³ El método de coacción más frecuente en general es el uso de deudas fraudulentas para obtener el trabajo (51%). Otros métodos consisten en la retención de los salarios (24%), las amenazas de violencia (17%), actos de violencia física (16%) o amenazas contra la familia (12%). Ibid.

⁸⁴ Ibid., p. 10.

⁸⁵ Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2018*, p. 2.

		Explotación del trabajo forzado	Explotación sexual forzada	Impuesto por el Estado	Trabajo forzado total	Matrimonio forzado	Esclavitud moderna	
Global	No. (miles)	15.1975	4.816	4.060	24.850	15.442	40.293	
	Prevalencia – P– (por cada 1000)	2,2	0,7	0,5	3,4	2,1	5,4	
Género	Hombre	No	6.766	29	2.411	9.206	2.442	11.648
		P	1,8	0	0,6	2,4	0,6	3,0
	Mujer	No	9.209	4.787	1.650	15.646	13.000	28.645
		P	2,5	1,3	0,4	4,2	3,5	7,7
Edad	Adultos	No	12.995	3.791	3.778	20.564	9.762	30.327
		P	2,5	0,7	0,7	3,9	1,9	5,8
	Menores	N	2.980	1.024	282	4.286	5.679	99.965
		P	1,3	0,4	0,1	1,9	2,5	4,4

Tabla 1: Resultados globales de la esclavitud moderna. Fuente: OIT (2017).⁸⁶

		Trabajo forzado total	Matrimonio forzado	Esclavitud moderna	
Global	No. (miles)	24.850	15.442	40.293	
	Prevalencia –P– (por cada 1000)	3,4	2,1	5,4	
Regiones	África	No.	3.420	5.820	9.240
		P	2,8	4,8	7,6
	Américas	No.	1.280	670	1.950
		P	1,3	0,7	1,9
	Estados Árabes	No.	350	170	520
		P	2,2	1,1	3,3
	Asia y Pacífico	No.	16.550	8.441	24.990
		P	4,0	2,0	6,1

⁸⁶ OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, p. 18

	Europa y Asia Central	No.	3.250	340	3.590
		P	3,6	0,4	3,9

Tabla 2: Resultados globales de la esclavitud moderna. Fuente: OIT (2017).⁸⁷

En relación con la trata de personas, las primeras ediciones del Informe sobre la Trata de Personas de los Estados Unidos (Informes *TIP*, por sus siglas en inglés) citaban cifras globales sobre el fenómeno de la trata. No obstante, tras cuestionarse la metodología empleada, en la actualidad restringen sus datos al número de víctimas identificadas y a los traficantes procesados y condenados.⁸⁸

Por otro lado, la Unidad de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha publicado cuatro informes desde que la Asamblea General se lo encomendara a través del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Trata de Personas de 2010.⁸⁹ El último informe, de 2018, abarca 142 países y ofrece un panorama general de las pautas y corrientes de la trata de personas a escala mundial, regional y nacional, basado principalmente en los casos de trata detectados entre 2014 y 2016. Entre los numerosos hallazgos destacan los siguientes: en primer lugar, el incremento de víctimas detectadas (un 40% más que en 2011), tendencia especialmente acusada en los países que incorporan respuestas institucionales contra la trata –aunque no siempre–, mientras que en los países no mejoraron sus acciones contra la trata de personas el número de víctimas detectadas tendió a disminuir.⁹⁰ En segundo lugar, y a pesar de lo anterior, el informe destaca la persistencia de vastos espacios de impunidad, lo que significa que continua tratándose de una actividad de poco riesgo para los traficantes.⁹¹ En tercer lugar, en cuanto a los perfiles de las víctimas, las mujeres adultas comprenden un 49% de las víctimas, las niñas un 23%, los hombres un 21% y los niños un 7%, en términos generales. Estos porcentajes, no obstante, varían considerablemente en función del área geográfica y del tipo de explotación.⁹² En cuarto lugar, la trata con fines de explotación sexual continúa siendo la forma de trata más detectada, aunque en algunas regiones es la trata con fines de explotación laboral, como en el Medio Este o África subsahariana, o se detectan ambos tipos por igual, como en Asia Central o el Sudeste Asiático.⁹³ Por último, también

⁸⁷ Ibid., p. 19.

⁸⁸ La misma Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos señaló que “la exactitud de las estimaciones es dudosa debido a debilidades metodológicas, lagunas en los datos y discrepancias numéricas”: Government Accountability Office, *Human Trafficking: Better data, strategy and reporting needed to enhance U.S. antitrafficking efforts abroad*, GAO, 2006, p. 2: <https://www.gao.gov/new.items/d06825.pdf> [último acceso: 28/12/2019].

⁸⁹ ONU, Asamblea General, *United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 64º period de sesiones, A/RES/64/293, 2010, especialmente párr. 60.

⁹⁰ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, United Nations Office on Drugs and Crime, Viena, Nueva York, 2018, p. 22: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf [último acceso: 28/12/2019]

⁹¹ Ibid., p. 23.

⁹² Ibid., pp. 25 y ss.

⁹³ Ibid., p. 10.

se resalta el papel de los conflictos armados en la creación de vulnerabilidad que favorezca que la persona sea víctima de trata.⁹⁴

En el ámbito regional europeo, Eurostat ha publicado tres informes en 2013, 2015 y 2018 con datos de los Estados miembros de la Unión Europea, puesto que la recopilación y presentación de estadísticas sobre trata de seres humanos es obligatoria en virtud de los artículos 19 y 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas.⁹⁵ De acuerdo con el último informe, entre 2015 y 2016 se han identificado 20.532 víctimas de trata (68% mujeres y 31% hombres). La explotación sexual es la forma más común de explotación, y representa más de la mitad (56%) de las víctimas registradas de la trata de seres humanos. La explotación laboral tiene una incidencia del 26% de las víctimas registradas, y las “otras formas” representan el 18%. El 22% de las víctimas eran ciudadanos del país informador, y de los extranjeros el 44% de otro país de la UE y el 56% de países de fuera de la UE.⁹⁶ Por otro lado, hay una considerable variación entre los Estados miembros con respecto a las diferentes formas de explotación que llegan a la atención de las autoridades y otros órganos de registro. De las 7.503 personas que entraron en contacto con la policía o el sistema de justicia (como sospechosas o arrestadas), 5.979 fueron procesadas, dando lugar a 2.927 condenas por trata de personas, donde tres cuartas partes de los sospechosos y procesados tenían ciudadanía europea.⁹⁷

A nivel nacional, la recopilación general de datos relativos a la trata de seres humanos se realiza por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) del Ministerio de Interior, que recibe información de las policías nacionales y autonómicas y que publica anualmente un balance general con datos sobre trata. Esto se complementa con los datos del Seguimiento del Delito de Trata de Seres Humanos procedentes de la Unidad de Extranjería de la FGE (UEFGE) sobre las investigaciones abiertas en España y, en relación con la modalidad de trata sexual, estos datos se completan

⁹⁴ Ibid., p. 11.

⁹⁵ El artículo 19 de la Directiva establece que los “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes. El cometido de tales mecanismos incluirá la *evaluación de las tendencias de la trata* de seres humanos, la cuantificación de los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la *recopilación de estadísticas* en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito”. Por otro lado, el artículo 20 establece que “los Estados miembros remitirán a dicho Coordinador [Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos] la información a que hace referencia el artículo 19, sobre cuya base el Coordinador efectuará su contribución a los informes que cada dos años elaborará la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos”. UE, 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, Diario Oficial de la Unión Europea, L 101/1, 15 de abril 2011.

⁹⁶ Eurostat, *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, p. 13 y ss.: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204_data-collection-study.pdf [último acceso: 28/12/2019].

⁹⁷ Ibid., p. 18. Ver también: Comisión Europea, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council*, COM(2018) 777 final, Bruselas, 3 de diciembre 2018: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204_com-2018-777-report_en.pdf [último acceso: 28/12/2019].

con los que proceden de otras instituciones públicas o de ONG integradas en la Red Nacional contra la Trata.

Según estos datos, que desglosan según la finalidad de trata, se muestra que en 2018 se han tramitado 115 causas, de las que 91 se referían a la trata con fines de explotación sexual, 13 con fines de explotación laboral, y 12 con otras finalidades.⁹⁸ En total, hubo un total de 94 víctimas de trata con fines de explotación laboral (en 2015, 2016 y 2017 se habían certificado un total de 134, 25 y 58 víctimas respectivamente), siendo principalmente de nacionalidad vietnamita, moldava, rumana o portuguesa. Por otro lado, la nacionalidad de los detenidos por trata laboral era principalmente rumana, española, vietnamita y portuguesa.⁹⁹ Como muestra este informe y puede deducirse también de los datos de Eurostat entre 2015 y 2016, se registran más casos de trata con fines de explotación sexual que del resto de finalidades (54% del total en relación con el 39% de casos de trata laboral o 7% de otras finalidades).¹⁰⁰

Por otro lado, según los datos de la Fiscalía General del Estado, entre 2013 y 2018 se han incoado 67 Diligencias de Seguimiento de Trata de Seres Humanos (DSTSH) con fines de explotación laboral, de las que han sido archivadas 31, se encuentran en tramitación 36 y se han dictado un total de 11 sentencias. Estas se incoan fundamentalmente por denuncias de las víctimas (52,45 %) o por iniciativas policiales y, en menor medida, a instancia de la Inspección de Trabajo.¹⁰¹ Las víctimas de esta modalidad de trata afectan en mayor medida a hombres adultos (71,76%), que a mujeres (28,23 %). Entre ellos, un 1,02 % representa a menores.¹⁰²

Los casos que presuntamente constituyen trata laboral se han detectado fundamentalmente con la agricultura de temporada (52,45 %). Le siguen los casos de trata para servicio doméstico (14,75 %) y, en menor medida, los producidos en el sector de la hostelería y venta ambulante (6,55 %). El resto se han localizado en otro tipo de actividades como jardinería, industria textil, limpieza, agroturismo, recogida cartones y chatarra, construcción, cuidado de niños, granja porcina y salones de estética.¹⁰³ Estas cifras, no obstante, podrían ser sensiblemente inferiores a las reales. Especialmente teniendo en cuenta, como señala el Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa

⁹⁸ Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado. Excm. Sra. D^a María José Segarra Crespo*, 2019, pp. XLII, 819.

⁹⁹ CITCO, *Trata de seres humanos en España Balance estadístico 2014-18*, 2018, pp. 8-9: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/Balance+Ministerio+TSH+FINAL+2014-18.pdf/42ceda6e-613b-4c20-8251-dfd6154dcc32> [último acceso: 28/12/2019].

¹⁰⁰ Según Eurostat, la proporción fue de 61%-35%-4% en 2016. Eurostat, *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, p. 56.

¹⁰¹ Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado. Excm. Sra. D^a María José Segarra Crespo*, 2019, pp. 1267-1268.

¹⁰² *Ibid.*, p. 1268.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1269.

(GRETA), las lagunas en el proceso de identificación de víctimas de trata entre los solicitantes de asilo y las personas detenidas como migrantes irregulares.¹⁰⁴

Por último, en relación con los delitos de explotación laboral no se muestran estadísticas específicas o desglosadas de situaciones de “esclavitud, servidumbre o trabajos forzados”, ni siquiera aquellas que hayan originado la calificación de trata con fines de explotación laboral, lo que seguramente se deba a la ausencia de un delito específico. En términos generales, los datos que proporciona el Instituto Nacional de Estadística sobre el número de condenas por delitos de trata de seres humanos y delitos contra los derechos de los trabajadores se reflejan en la siguiente tabla:

	2018	2017	2016	2015
Delito de trata de seres humanos	54	56	123	103
Delitos contra los derechos de los trabajadores	719	821	1.050	941

Tabla 3: Estadísticas de la comisión de delitos por tipo. Fuente: INE (2018).

Estas estadísticas contrastan con la información ofrecida por el *Global Slavery Index* de 2018, que estima que en España 105,000 personas viven en esclavitud moderna.¹⁰⁵

En definitiva, la fiabilidad de los datos continúa siendo un problema, aunque deba reconocerse que es preferible tener algunas estimaciones que la ausencia total de datos. La lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud es compleja y requiere una variedad de enfoques, uno de los cuales es la medición del delito. Comprender la naturaleza, la escala y los costes del delito es crucial para diseñar un marco de acción adecuado para la prevención y lucha contra el mismo, y para eso es fundamental disponer de estadísticas comparables, fiables y exhaustivas para identificar y abordar las tendencias, desarrollar políticas basadas en pruebas y medir el impacto de las iniciativas. En general, puede apreciarse una evidente discordancia entre las cifras ofrecidas por las distintas organizaciones internacionales y aquellas facilitadas por los Estados. Esto es lógico si se tiene en cuenta que en el primer caso son *estimaciones* del número de personas que actualmente se encuentran sometidas a cualquier forma de explotación recogida bajo el paraguas de las “formas contemporáneas de esclavitud”, mientras que en el segundo se refieren a investigaciones penales. No obstante, a estos espacios de impunidad deben añadirse la falta de

¹⁰⁴ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. Second Evaluation Round*, GRETA(2018), 2018, párr. 18: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0> [último acceso: 28/12/2019].

¹⁰⁵ En: Walk Free Foundation, *Country Data. Spain*, 2018: <https://www.globallslaveryindex.org/2018/data/country-data/spain/> [último acceso: 28/12/2019]

nociones más o menos delimitadas, lo que dificulta la obtención de datos precisos y comparables.

2. Las formas contemporáneas de esclavitud: sus causas son a veces también consecuencias.

A lo largo de la historia, la esclavitud se ha adaptado con eficacia a los cambios. Actualmente “nacer de una madre esclava” o un “título de compra válidamente emitido” no son causas legales para esclavizar a nadie (como lo eran en la época romana o en la España visigoda), pero en muchos casos el trasfondo se comparte: antes y ahora, la vulnerabilidad es el telón de fondo.

Esta afirmación frecuentemente compartida, no obstante, es insuficiente. No todas las personas vulnerables son esclavas. Y no significa lo mismo ser una persona vulnerable en Bélgica, en Uganda o en Rusia. Las causas de la esclavitud moderna se han analizado desde muchas perspectivas: desde el punto de vista de la migración,¹⁰⁶ las “capacidades humanas”,¹⁰⁷ o incluso desde el punto de vista empresarial.¹⁰⁸ En general, suele apuntarse a una multiplicidad de condiciones que permiten o favorecen la esclavitud contemporánea, y que pueden ser de origen externo –originadas en el *contexto*– o interno –relacionadas con las características personales, también denominadas causas a nivel micro/macro.¹⁰⁹ Se trata de un análisis multinivel y polifacético, puesto que una sola causa o un determinado tipo de causas no explican todas las experiencias de esclavitud.

a. Factores socioeconómicos.

Algunos autores han argumentado que el desarrollo del capitalismo global y los procesos de globalización son responsables del fenómeno de la esclavitud moderna.¹¹⁰ Aunque se ha demostrado que la relación entre globalización y esclavitud moderna no es tan

¹⁰⁶ Salt, J./Stein, J., “Migration as a Business: The Case of Trafficking”, *International Migration*, Vol. 35, 1997, pp. 467-494.

¹⁰⁷ Azmy, B., “Unshakling the Thirteenth Amendment: Modern Slavery and a reconstructed civil rights agenda”, *Fordham Law Review*, Vol. 71, 2002, pp. 981-1062.

¹⁰⁸ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, *Academy of Management Review*, Vol. 38, No. 1, 2013, pp. 49-69.

¹⁰⁹ Luty, T. M./Lanier, M., “An Integrated Theoretical Framework to Describe Human Trafficking of Young Women and Girls for Involuntary Prostitution”, p. 556; Gerassi, L., “A Heated Debate: Theoretical Perspectives of Sexual Exploitation and Sex Work”, p. 1.

¹¹⁰ Globalización entendida como fenómeno económico, social y político controvertido cuyas características principales incluyen la ruptura de las fronteras territoriales tradicionales, la redefinición de las regiones, las nuevas divisiones del trabajo y la distribución del poder, y un papel cambiante de la cultura. Ver: Hermann, P., Globalization revisited, *Society and Economy*, Vol. 32, No. 2, 2010, pp. 255-275. Algunos autores han argumentado que el desarrollo del capitalismo global y los procesos de globalización son en parte responsables del fenómeno: LeBaron, G., “Slavery, human trafficking, and forced labour: Implications for international development”, en *The Palgrave handbook of international development*, Grugel, J./Hamnett, D., (ed.), Palgrave Macmillan, Londres, 2016, p. 382; LeBaron, G., “Unfree labour beyond binaries: insecurity, social hierarchy and labour market restructuring”, *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 17, No. 1, 2015, pp. 1-19. Davidson, por su parte, ha señalado que la esclavitud es el “punto vulnerable de la globalización”: Davidson, J. O., “The making of modern slavery: Whose interests are served by the new abolitionism?”, *British Academy Review*, Vol. 21, No. 1, 2014, p. 29

evidente como algunos autores afirman,¹¹¹ algunos aspectos de la economía global han permitido que este negocio florezca, al igual que otras actividades ilícitas. Así, se han desarrollado nuevas y distintas formas de control y captación de esclavos en todo el mundo.¹¹² Existen sistemas financieros globalizados, pero no una regulación global del mercado laboral ni de los sistemas de justicia criminal, por lo que los beneficios de la esclavitud tienden a fluir sin problemas a través las fronteras nacionales, sin que los Estados puedan controlarlo de manera efectiva. Además, las redes de crimen transnacional a gran escala rara vez se limitan a un tipo de tráfico, por lo que las drogas, las armas y las personas suelen proceder de las mismas fuentes ilícitas.¹¹³

Otras consecuencias de la globalización, como la deslocalización empresarial o la fragmentación de la producción, también inciden en el fomento del trabajo esclavo.¹¹⁴ Por ejemplo, dificulta la identificación de las mercancías originadas o producidas de esta forma. Por ejemplo, antes era conocido que una considerable proporción de ciertos productos, como el azúcar o el cacao, eran producidos por esclavos. En la actualidad, sin embargo, es imposible identificar qué parte del producto se ha producido con mano de obra esclavo y cuál no.¹¹⁵

No obstante, la pobreza es el factor más influyente como “accionador” de una situación de esclavitud (*push factor*).¹¹⁶ Las evidencias indican que, a menores niveles de PIB per cápita, mayor proporción de población en esclavitud.¹¹⁷ Bales examina la relación entre pobreza y esclavitud teniendo en cuenta 193 Estados, utilizando sus estimaciones

¹¹¹ Landman, T./Silverman, B. W., “Globalization and Modern Slavery”, *Politics and Governance*, Vol. 7, No. 4, 2019, pp. 275-290

¹¹² Ver especialmente: UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, p. 38 y ss.

¹¹³ Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, p. 289.

¹¹⁴ Van der Anker, C. (ed.), *The Political Economy of New Slavery*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, p. 272; Salgado, P. D., “Deslocalización de la producción y la fuerza de trabajo: Bolivia - Argentina y las tendencias mundiales en la confección de indumentaria”, *Si Somos Americanos*, Vol. 15, No. 1, 2015.

¹¹⁵ Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, p. 290; Gold, S./Trautrim, A./Trodd, Z., “Modern slavery challenges to supply chain management”, *Supply Chain Management*, Vol. 20, No. 5, 2015, pp. 485-494; Datta, M.N./Bales, K., “Slavery is bad for business: analyzing the impact of slavery on national economies”, *Brown Journal of World Affairs*, Vol. 19, No. 2, 2013, pp. 205-223.

¹¹⁶ Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, p. 288; Kara, S., *Modern slavery: A global perspective*, especialmente pp. 208-209; Davidson, J. O., *Modern Slavery: The Margins of Freedom*, Palgrave Macmillan, Londres, 2015, especialmente pp. 1-27. “La pobreza extrema significa que los hogares no pueden satisfacer las necesidades básicas para la supervivencia. Pasan hambre crónica, no pueden acceder a la atención médica, carecen de los servicios de agua potable y saneamiento, no pueden permitirse la educación de algunos o todos sus hijos, y tal vez carecen de un refugio rudimentario -un techo para mantener la lluvia fuera de la cabaña, una chimenea para quitar el humo de la estufa de la cocina- y de artículos básicos de ropa, como zapatos”. En: Sachs, J., *The End of Poverty*, Penguin, Nueva York, 2005, p. 20. En este sentido, Crane se refiere a la no disponibilidad de créditos asequibles como factor de vulnerabilidad: Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, pp. 55-56.

¹¹⁷ Manteniéndose el resto de elementos iguales: Plant, R., *Forced labor, slavery and poverty reduction: Challenges for development agencies*. Presentación a la Conferencia de Alto Nivel de Reino Unido para examinar los vínculos entre la pobreza, esclavitud y la exclusión social en la Oficina de *Commonwealth* y DFID, Londres, 2007: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/statement/wcms_096992.pdf [último acceso: 29/12/2019].

cuantitativas de esclavitud (27 millones) y el PIB del país, dando como resultado la siguiente tabla:

	Sin esclavitud	Muy poca esclavitud	Niveles bajos y persistentes de esclavitud	Esclavitud regular en algunos sectores	Esclavitud en muchos sectores	% Total de países
Pobreza extrema	0	3,2%	48,4%	32,3%	16,1%	100% (31)
Pobreza moderada	13,8%	17,2%	24,1%	17,2%	27,6%	100% (29)
Ingresos bajos	21,2%	33,3%	39,4%	1,5%	4,5%	100% (66)
Ingresos medios	30,0%	55,0%	10,0%	5%	0	100% (47)
Estados ricos	20,2%	30,1%	30,1%	10,9%	8,8%	100% (20)

Tabla 4: Niveles de esclavitud y niveles de pobreza en 193 Estados.¹¹⁸

Los países con menores niveles de riqueza son los que tienen los niveles más altos de esclavitud, y la relación sería lineal si no fuera por los efectos de la trata de personas, que se traduce en un flujo de personas vulnerables hacia países con mayor riqueza.¹¹⁹ Esto se debe a que tal contexto proporciona a los esclavistas la oportunidad para persuadir, obligar o engañar a potenciales trabajadores con pocas opciones.¹²⁰ Junto al factor de pobreza, hay otros como la educación¹²¹ o el desempleo estructural¹²² que también influyen como determinantes de vulnerabilidad. La educación y la concienciación son factores críticos, puesto que, tanto los niveles bajos de educación como falta de concienciación de las prácticas de esclavitud incrementan enormemente las posibilidades de ser víctima de formas de esclavitud.¹²³

¹¹⁸ Bales, K., “Slavery and its Contemporary Manifestations, p. 296. Bales establece el mismo vínculo entre países con una alta deuda pública y escasa credibilidad, puesto que dificulta el crecimiento económico de los países. Esto también ha sido ampliamente puesto de manifiesto en: Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 574 y ss.

¹¹⁹ Bales, K., “Slavery and its Contemporary Manifestations, p. 296.

¹²⁰ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 55.

¹²¹ Ibid.; Andrees, B., *Forced labour and trafficking in Europe: how people are trapped in, live through and come out*, Working Paper, International Labour Office, 2008, pp. 11 y ss: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_090548.pdf [último acceso: 29/12/2019]; Plant, R., *Forced labor, slavery and poverty reduction: Challenges for development agencies*, pp. 13 y ss.

¹²² Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 55.

¹²³ OIT, *Global Estimates of Modern Slavery*, p. 51; Bertocchi, G./Dimico, A., *Slavery, Education, and Inequality*, Discussion Paper No. 5329, Iza, Bonn, 2010: <http://ftp.iza.org/dp5329.pdf> [último acceso: 24/12/2019].

La situación de vulnerabilidad que puede promover una situación de esclavitud se acentúa en situaciones de conflicto, post-conflicto, o desastres naturales,¹²⁴ por el colapso de las estructuras sociales y económicas existentes.¹²⁵ En estos casos se incrementa el riesgo de caer en redes de trata de personas,¹²⁶ la población ve reducida su capacidad para reaccionar ante potenciales situaciones de explotación,¹²⁷ y los grupos armados pueden reclutar a niños y niñas soldados o a trabajadores forzados, incluso como “esposas”.¹²⁸ En estos contextos, las mujeres son especialmente vulnerables a la esclavitud sexual, como las mujeres yazidis en el Estado Islámico, aunque pueden señalarse infinidad de ejemplos en otros conflictos, como el de Boko Haram en Nigeria, en el genocidio de Ruanda, o en los conflictos de los Balcanes o Sierra Leona.¹²⁹

En general, se ha demostrado que los migrantes que atraviesan las principales rutas hacia Europa que salieron de un país con un nivel intermedio o alto de conflicto armado tienen más probabilidades de ser vulnerables a la explotación que los migrantes procedentes de países con un bajo nivel de conflicto.¹³⁰ Además, varios estudios señalan que

¹²⁴ OIM, *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2019, pp. 27 y ss.: https://publications.iom.int/system/files/pdf/migrants_and_their_vulnerability.pdf [último acceso: 24/12/2019]. Por ejemplo, a partir de 2015, el abuso de las trabajadoras domésticas migrantes de Siria parece ser mucho más grave que en los países circundantes: Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias, *Targeting Vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons. A Study of Syria, Turkey, Lebanon, Jordan and Iraq*, Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias, Viena, 2015: https://www.icmpd.org/fileadmin/ICMPD-Website/Anti-Trafficking/Targeting_Vulnerabilities_EN_SOFT.pdf [último acceso: 24/12/2019].

¹²⁵ Jespersen, S., “Conflict and Migration: From Consensual Movement to Exploitation”, *International Journal of Security and Development*, Vol. 8, No. 1, 2019, pp. 1-13. Por ejemplo, desde el inicio del conflicto en Mali en 2012, el gobierno no ha podido proporcionar educación a los menores, situación que aumentado el riesgo de que sean reclutados por los grupos armados: O’Neil, S./van Broeckhoven, K. (eds.), “Cradled by Conflict: Child Involvement with Armed Groups in Contemporary Conflict”, United Nations University, Nueva York, 2018. En Guatemala, la guerra civil limita la capacidad de los inspectores de trabajo para llevar a cabo las tareas de control en las plantaciones de aceite de palma donde se conocen las prácticas de explotación. Verité, *Labor and Human Rights Risk Analysis of the Guatemalan Palm Oil Sector*, 2014, p. 11: www.verite.org/wp-content/uploads/2016/11/RiskAnalysisGuatemalanPalmOilSector_0.pdf [último acceso: 24/12/2019].

¹²⁶ Algunos autores argumentan que es mayor el riesgo de trata con fines de explotación entre las personas desplazadas por conflictos en América Central: Goldenberg, S. M./Silverman, J. S./Engstrom, D./Bojorquez-Chapela, I./Strathdee, S. A., “Right Here Is the Gateway’: Mobility, Sex Work Entry and HIV Risk Along the Mexico-US Border”, *International Migration*, Vol. 52, No. 4, 2014, pp. 26-40.

¹²⁷ Por ejemplo, en el caso de la explotación laboral infantil de las personas procedentes África Occidental, los padres y los miembros de la familia pueden carecer de recursos para intervenir debido a su propia situación desesperada: Galos, E./Bartolini, L./Cook, H./Grant, N., *Migrant Vulnerability to Human Trafficking and Exploitation: Evidence from the Central and Eastern Mediterranean Migration Routes*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2017, pp. 5 y ss.: https://migration.iom.int/docs/migrant_vulnerability_to_human_trafficking_and_exploitation_november_2017.pdf [último acceso: 24/12/2019]

¹²⁸ Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias, *Targeting Vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons*, pp. 133 y ss.; Allain, J., “Forced Marriage: Slavery Qua Enslavement and the Civil War in Sierra Leone”, *Critical Readings on Global Slavery*, 2017, pp. 1627–1659.

¹²⁹ Sverdlov, D., “Rape in War: Prosecuting the Islamic State of Iraq and the Levant and Boko Haram for Sexual Violence against Women”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 50, No. 2, 2017, pp. 333 y ss.

¹³⁰ Galos, E./Bartolini, L./Cook, H./Grant, N., *Migrant Vulnerability to Human Trafficking and Exploitation: Evidence from the Central and Eastern Mediterranean Migration Routes*, pp. xvi, 24 y ss.

los desastres naturales pueden exacerbar las vulnerabilidades preexistentes a la esclavitud moderna, por los trastornos económicos y sociales que producen.¹³¹

b. Factores culturales y de discriminación.

Es más plausible que persistan prácticas esclavistas cuando perviven ciertas normas sociales informales o culturales que las acepten, aunque la esclavitud se haya abolido formalmente.¹³² Orlando Patterson pone el ejemplo de Níger, Mauritania o Sudán, donde aún persiste la esclavitud en un sentido similar al tradicional a pesar de su abolición.¹³³ Además, las prácticas sociales o culturales contribuyen a la devaluación de ciertos grupos sociales, que a su vez los hace más propensos a sufrir ciertos tipos de prácticas de esclavitud.¹³⁴ La religión, como vehículo cultural, también ha contribuido a la opresión. Por ejemplo, Peach destaca la relación entre el Budismo y el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en Tailandia, debido al significado religioso atribuido a la identidad femenina, considerada impura y arraigada al mundo del *samsara* o sufrimiento.¹³⁵

En general, la privación de derechos de grupos sociales marginados o la estratificación social incrementa las posibilidades de que se conviertan en víctimas¹³⁶ y, además, la esclavitud se aceptará más fácilmente cuando explote situaciones de desigualdad arraigadas o dadas por sentado, en particular contra las mujeres, las minorías o los niños.¹³⁷ Esto se ve muy claramente en sociedades fuertemente estratificadas, como la de India, donde

¹³¹ OIM, *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, p. 31. Ver también: Klaffenböck, K./Todorova, I./Macchiavello, M., “Protecting Populations at Risk of Human Trafficking and Exploitation in Crisis Situations. Case Studies of Post-Earthquake Nepal and the Western Balkans in Light of the EU/ Mediterranean Migration Crisis”, en *Human Trafficking and Exploitation: Lessons from Europe*, Gebrewold, B./Kostenzer, J./Müller, A. T. (eds.), Routledge, Londres, 2017.

¹³² Patterson, O., “Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present”, en *The Legal Understanding of Slavery*, Jean Allain (coord.), Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 322 y ss.; Tucker, L., “Child Slaves in Modern India: The bonded labor problem”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, No. 3, 1997, p. 575.

¹³³ Abdelkader, G. K. (ed.), *Slavery in Niger: Historical, Legal and Contemporary Perspectives*, Anti-Slavery International & Association Tidimira, 2004, http://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/full_english_slavery_in_niger.pdf [último acceso 24/12/2019]; Patterson, O., “Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present”, p. 350; Sage, J./Kasten, L., (eds) *Enslaved: True Stories of Modern Day Slavery*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2006, capítulos 2 y 8, donde pueden leerse relatos personales de ex-esclavos y de ex-esclavistas. Ver también el informe de la Relatora Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud: Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Urmila Bhoola, 30º periodo de sesiones, A/HRC/30/35, 2015, 2015, pp. 7 y ss.

¹³⁴ Bertone, A. M., “Sexual trafficking in women: International political economy and the politics of sex”, *Gender Issues*, Vol. 18, No. 1, 1999, pp. 4 y ss.; Kara, S., *Modern slavery: A global perspective*, p. 261; Leman, J./Janssens, S., *Human Trafficking and Migrant Smuggling in Southeast Europe and Russia, Criminal Entrepreneurship and Traditional Culture*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2015. En este libro se analizan 53 organizaciones criminales de gran escala y cómo algunas de ellas se aprovechan de ciertas tradiciones y lazos de parentesco para explotar a algunos componentes del clan, especialmente mujeres.

¹³⁵ Peach, L. J., “Human Rights, Religion, and (Sexual) Slavery”, *The Annual of the Society of Christian Ethics*, Vol. 20, 2000), pp. 65-87, especialmente pp. 70 y ss. Ver también Schopen, G., “AAR Centennial Roundtable: Liberation Is Only for Those Already Free: Reflections on Debts to Slavery and Enslavement to Debt in an Early Indian Buddhist Monasticism”, *Journal of the American Academy of Religion*, Vol. 82, No. 3, 2014, pp. 606 y ss.

¹³⁶ Al respecto, ver: Kara, S., *Sex Trafficking: inside the business of modern slavery*, pp. 1-44.

¹³⁷ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 57.

numerosos estudios e informes muestran que la mayoría personas que se encuentran en situación de esclavitud proceden de las castas más bajas, como la Dalit o la Adivasi.¹³⁸ En este sentido, Manoharan demuestra que factores como los prejuicios de casta son fundamentales para la persistencia de la esclavitud moderna dada la escasa oposición al statu quo.¹³⁹

c. Corrupción.

Está ampliamente documentado el rol de la corrupción en la trata de seres humanos y la esclavitud.¹⁴⁰ Así, una pieza fundamental para la pervivencia de la esclavitud o la trata de seres humanos en muchos países es la complicidad o la indiferencia de los Estados o sus agentes. Desde el punto de vista de un tratante de esclavos, el país de destino perfecto es un país relativamente rico con la suficiente corrupción para permitir un acceso de bajo riesgo a través de sus fronteras.¹⁴¹

La corrupción puede repercutir en la vulnerabilidad de las personas –especialmente migrantes– de muchas formas, ya sea por la exigencia de pagos o sobornos en el sector público o privado para facilitar decisiones relacionadas con la migración irregular,¹⁴²

¹³⁸ Dutta, D. (ed.), *Mind the gap: The state of employment in India*, Oxfam India, Nueva Delhi, 2009, <https://www.oxfamindia.org/sites/default/files/2019-03/Full%20Report%20-%20Low-Res%20Version%20%28Single%20Pages%29.pdf> [último acceso: 24/12/2019], especialmente pp. 180 y ss.; Kara, S., *Tainted Garments: The Exploitation of Women and Girls in India's Home-Based Garment Sector*, Blum Center for Developing Economies University of California, Berkeley, 2019, p. 20; Shah, A./Lerche, J./Axelby, R./Benbabaali, D./Donegan, B./Raj, J./Thakur, V., *Tribe, caste and class - New mechanisms of exploitation and oppression. In Ground down by growth: Tribe, caste, class and inequality in twenty-first-century India*, Pluto Press, Londres, 2018, p. 42; Walk Free Foundation, *India: Global Slavery Index*, 2019: <https://www.globallslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/india/> [último acceso: 24/12/2019]. Sobre el sistema de castas y sus características, ver: Thapar, R., *Ancient Indian social history: Some interpretations*, Sangam Books, Londres, 1996.

¹³⁹ Manoharan, S., *Awareness Intervention Against Modern Slavery in India: Influence of Caste Prejudice*, Universidad de Oslo, 2019 (recurso online: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/70698/1/Awareness-Intervention-Against-Modern-Slavery_Manoharan.pdf), p. 39.

¹⁴⁰ Shelley ha señalado que en las últimas décadas el crecimiento de la corrupción en el sector público está estrechamente correlacionado con el aumento de la trata de personas: Shelley, L., *Human trafficking: A global perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 48. Ver especialmente los informes del Freedom Fund: *Modern Slavery and Corruption*, 2016: <https://freedomfund.org/wp-content/uploads/Liberty-Asia-Corruption-Briefing-Paper-FINAL-FOR-EMAIL.pdf> y *An Exploratory Study on the Role of Corruption in International Labor Migration*, 2016: <https://freedomfund.org/wp-content/uploads/Verite-Report-Intl-Labour-Recruitment-FINAL-FOR-EMAIL.pdf>. También: UNODC, *Issue Paper: The Role of Corruption in Trafficking in Persons*, Naciones Unidas, Viena, 2011: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2011/Issue_Paper_-_The_Role_of_Corruption_in_Trafficking_in_Persons.pdf [último acceso: 24/12/2019]; Transparency International, *Corruption and Human Trafficking*, Working Paper 03/2011: https://issuu.com/transparencyminternational/docs/working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundColor=%23222222 [último acceso: 24/12/2019]; Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, pp. 298 y ss.; Bales, K., “International labor standards: quality of information and measures of progress in combating forced labor”, pp. 330 y ss.

¹⁴¹ Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, pp. 292.

¹⁴² OIM, *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, 2019, p. 57 y Freedom Fund, *An Exploratory Study on the Role of Corruption in International Labor Migration*. En este último informe se analizan varios corredores migratorios –de Nepal a Qatar, de Myanmar a Malasia y de Myanmar a Tailandia– y se documenta la corrupción procedente tanto del sector privado como de los agentes del gobierno. Esta incluye el pago de sobornos a agentes y empleadores, a funcionarios

como por la connivencia de las autoridades para no investigar casos de formas extremas de explotación.¹⁴³

d. Contexto industrial

La esclavitud tiende a prosperar en ciertas industrias y no en otras. Por ejemplo, es más fácil encontrar personas sometidas a formas extremas de explotación en ámbitos como la agricultura, minería o la construcción, o en sectores no regulados con el trabajo sexual o el trabajo doméstico.¹⁴⁴ Crane apunta a los siguientes determinantes de la proliferación de prácticas esclavistas en cierto tipo de industria: intensidad del trabajo, distribución del valor, elasticidad de la demanda, “legitimidad” y agrupación regional.¹⁴⁵ Así, la mayoría de estas prácticas se producen en contextos donde la intensidad del trabajo es alta,¹⁴⁶ especialmente en ámbitos con escaso desarrollo tecnológico o alimentados de trabajo no cualificado, porque la mano de obra barata representa una oportunidad para reducir los principales costes y aumentar beneficios.¹⁴⁷ Por otro lado, la distribución del valor a lo largo de la cadena de suministro también es un factor a tener en cuenta, especialmente si una de las fases del proceso de producción tiene unos márgenes de beneficio muy bajos. Además, la reducción de precios mediante la introducción de prácticas esclavistas puede suponer la ampliación de oportunidades en el mercado en los sectores con gran elasticidad en la demanda.¹⁴⁸

La “legitimidad” entendida como “la percepción generalizada o asunción de que las actividades de una entidad son deseables, correctas o apropiadas dentro de algún sistema socialmente construido de normas, valores, creencias y definiciones”, también es un factor muy influyente.¹⁴⁹ En este sentido, será más frecuente detectar formas de esclavitud

de gobierno para facilitar decisiones discrecionales relacionadas con cuestiones como cuotas de trabajadores extranjeros, demanda de trabajadores, visados, certificados médicos y permisos de trabajo; y sobornos pagados a funcionarios de control fronterizo, como policía y militares que facilitan la migración irregular.

¹⁴³ Crane, A., “Modern Slavery as a management practice...”, p. 58. Los bajos salarios de los inspectores de trabajo en Guatemala han sido identificados como un factor de riesgo para la corrupción: Verité, *Research on Indicators of Forced Labor in the Supply Chain of Coffee in Guatemala*, Amherst: https://www.verite.org/wp-content/uploads/2016/11/Research-on-Indicators-of-Forced-Labor-in-the-Guatemala-Coffee-Sector_9.16.pdf [último acceso: 24/12/2019].

¹⁴⁴ OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, pp. 9-11.

¹⁴⁵ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 54

¹⁴⁶ Especialmente, como apunta Domar, si hay escasa oferta de trabajadores en el lugar: Domar, E., “The causes of slavery and serfdom: a hypothesis”, *Journal of Economic History*, Vol. 30, pp. 18-32.

¹⁴⁷ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 54; Lund-Thomsen, P./Lindgreen, A., “Corporate social responsibility in global value chains: where are we now and where are we going?”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 123 No. 1, 2014, pp. 11-22.

¹⁴⁸ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 54; Webb, J. W./Tihanyi, L./Ireland, R. D./Simon, D. G., “You say illegal, I say illegitimate: Entrepreneurship in the informal economy”, *Academy of Management Review*, Vol. 34, 2009, p. 493. Al respecto, ver también Kara, S., *Modern slavery: A global perspective*, Columbia University Press, Nueva York, 2017, especialmente pp. 48-77.

¹⁴⁹ Suchman, M., “Managing legitimacy: strategic and institutional approaches”, *Academy of Management Review*, Vol. 20, No. 3, 1995, p. 574; Dowling, J./Pfeffer, J., “Organizational legitimacy: Social values and organizational behaviour”, *Pacific Sociological Review*, Vol. 18, No.1, 1975, pp. 122-136; Ashforth, B.

en sectores con una baja legitimidad, como el trabajo sexual o doméstico o la realización de actividades delictivas, porque en esos ámbitos ya suele estar operándose más allá de la supervisión de las autoridades.¹⁵⁰ De la misma forma, es más difícil que interfieran los agentes de control en industrias donde los esclavistas sean parte de fuertes redes sociales geográficas que colectivamente desvíen las presiones institucionales.¹⁵¹

Por último, Crane también apunta al contexto geográfico en el que se lleven a las actividades: cuanto más aislado y escondido, más posibilidades de que se empleen prácticas esclavistas:¹⁵² por un lado, el aislamiento dificulta las posibilidades de que sindicatos, agentes del Estado u otros colectivos interfieran en las actividades y, por otro, incrementa el control sobre los trabajadores y les dificulta la posibilidad de escapar.¹⁵³

e. Contexto regulatorio

Muy relacionado con lo anterior, el contexto regulatorio también actúa como predictor de esclavitud. Las políticas restrictivas de inmigración, como las restricciones de ciertos visados o cambios arbitrarios en los procedimientos de asilo, junto a las débiles estructuras de gobernanza de la migración, se señalan con frecuencia como las principales causas de vulnerabilidad a la esclavitud moderna, especialmente cuando se combina con la migración de trabajadores poco cualificados.¹⁵⁴ De este modo, los trabajadores migrantes están obligados a utilizar rutas más peligrosas para entrar en el país y, una vez alcanzado el destino, quedan a merced de los explotadores.¹⁵⁵ Esto ocurre también con los sistemas

E./Gibbs, B. W., "The double-edge of organizational legitimization", *Organization Science*, Vol. 1, No. 2, 1990, pp. 177-194.

¹⁵⁰ Crane, A., "Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation", p. 54

¹⁵¹ Ibid., p. 55; Snyder, P. J./Priem, R. L./Levitas, E., "The diffusion of illegal innovations among management elites", *Academy of Management Proceedings*, Vol. 1, 2009, p. 3.

¹⁵² Crane, A., "Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation", pp. 56-57.

¹⁵³ Además, como Kara señala, los trabajadores que son traficados a una considerable distancia física atraviesan un proceso de "breaking" más largo: Kara, S., Kara, S., *Sex Trafficking: inside the business of modern slavery*, Columbia University Press, Nueva York, 2009, 1-44

¹⁵⁴ OIM, *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, 2019, p. 57; OIT, *Global Estimates of Modern Slavery*, p. 30. En este sentido, también: Lewis, H./Dwyer, P./Hodkinson, S./Waite, L., "Hyper-precarious lives: Migrants, work and forced labour in the Global North", *Progress in Human Geography*, Vol. 39, No. 5, 2015, pp. 580-600; Davidson, J.O., "Troubling freedom: Migration, debt, and modern slavery", *Migration Studies*, Vol. 1, No. 2, 2013, pp. 176-195.

¹⁵⁵ Pueden ponerse numerosos ejemplos de los efectos de políticas restrictivas de migración en Estados con débiles estructuras de gobernanza: En Etiopía, la prohibición de migración al Medio Oriente en 2013 dio lugar a un incremento en el número de migrantes que utilizan medios irregulares para cruzar las fronteras. Un efecto similar ocurrió en Nepal, donde la prohibición de la migración laboral de mujeres jóvenes de Nepal condujo a la migración clandestina a través de rutas más peligrosas. Ver: Grossman-Thompson, B., "Protection and Paternalism: Narratives of Nepali Women Migrants and the Gender Politics of Discriminatory Labour Migration Policy", *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, Vol. 32, No. 3, 2016, pp. 40-48. Digidiki y Bhabha también apuntan a las políticas migratorias como determinantes para la explotación sexual sufrida por menores no acompañados en Grecia: Digidiki, V./Bhabha, J., "Sexual abuse and exploitation of unaccompanied migrant children in Greece: Identifying risk factors and gaps in services during the European migration crisis", *Children and Youth Services Review*, Vol. 92, 2018, pp. 114 y ss. La "securitización" de la política de migración de la UE, que ha negado rutas de migración seguras a los sirios, ha aumentado su vulnerabilidad al tráfico de personas. Achilli, L., "Smuggling and Trafficking in Human Beings at the Time of the Syrian Conflict", en *Human Trafficking and Exploitation: Lessons from Europe*,

en los que se vincula el visado de trabajo de un trabajador migrante regular con el empleador.¹⁵⁶

Además, el hecho de que los agentes estatales encargados del control de fronteras den prioridad al control de la migración irregular frente a iniciativas contra la esclavitud moderna también reduce su capacidad para combatir la explotación. Esto puede ocurrir debido a las prioridades gubernamentales o institucionales, o a que las violaciones de las leyes de inmigración son mucho más fáciles de investigar y procesar.¹⁵⁷ El resultado es que la persona migrante queda en una situación de vulnerabilidad por no poder acudir a las autoridades ante el riesgo de ser detenida o deportada.¹⁵⁸

La OIM señala una serie de situaciones en las que los migrantes que utilizan rutas irregulares se encuentran en mayor riesgo de explotación:

- Cuando los migrantes utilizan redes de tráfico que buscan sacar provecho no sólo de la facilitación del movimiento sino también del *abuso y la extorsión* de los propios migrantes (redes de trata). Por ejemplo, los movimientos a través de Libia hacia Europa o los de las poblaciones Rohingya huyendo de Myanmar.
- Cuando los migrantes utilizan redes controladas por grupos de crimen organizado. Por lo general, estas redes son más antiguas y están más consolidadas que las redes *ad hoc* utilizadas por las recientes afluencias de migrantes. Un ejemplo sería la red de bandas de Europa del Este involucradas en el tráfico sexual, que datan de antes de la caída del Telón de Acero.
- Cuando las rutas migratorias pasan a través de zonas de conflicto o están mínimamente controladas por el Estado, como en el caso de Sudán Oriental o las zonas controladas por el ISIS en Libia.
- Cuando los migrantes se quedan sin recursos, incluso cuando han sido robados o víctimas de extorsión, y tienen opciones limitadas para ganar dinero, de tal manera que pueden estar dispuestos a aceptar situaciones de explotación para pagar deudas.¹⁵⁹

Un ejemplo muy claro sobre cómo determinadas políticas migratorias pueden favorecer la esclavitud o la trata está documentado en una sentencia clave del Tribunal Europeo

Gebrewold, B./Kostenzer, J./Müller, A. (eds.), Routledge, Londres, 2017, p. 129 y ss.; Sharapov, K./Hoff, S./Gerasimov, B., “Editorial: Knowledge is Power, Ignorance is Bliss: Public perceptions and responses to human trafficking”, *Anti-Trafficking Review*, No. 13, 2019, pp. 9 y ss.; Hilfinger, M./McEwen, M. M./Clark L., “The impact and implications of undocumented immigration on individual and collective health in the United States”, *Nursing Outlook*, Vol. 63. No. 1, 2015, pp. 86-94.

¹⁵⁶ Por ejemplo, con el sistema “kafala”, en Arabia Saudí, el empleador asume una responsabilidad casi total sobre su trabajador, lo que le da un inmenso control y permite la imposición de condiciones abusivas. Human Rights Watch ha documentado numerosos casos en los que los trabajadores no pudieron escapar de estas condiciones o incluso regresar a su país tras finalizar sus contratos porque su empleador les negó el permiso para salir. Human Rights Watch, *As If I Am Not Human” Abuses against Asian Domestic Workers in Saudi Arabia*, Human Rights Watch, Nueva York, 2008, pp. 3, 24 y ss.: https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/saudiArabia0708_1.pdf [ultimo acceso: 24/12/2019]

¹⁵⁷ OIM, *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, p. 58.

¹⁵⁸ Baker, C. N., “An examination of some central debates on sex trafficking in research an public policy in the United States”, *Journal of Human Trafficking*, Vol. 1, No. 3, 2015, pp. 191-208; Blanchet. T./Watson, S. K., “Learning to Swim in Turbulent Waters: Women’s migration at the agency-exploitation nexus”, *Journal of Contemporary Asia*, Vol. 49, 2019.

¹⁵⁹ OIM, *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, p. 30, y bibliografía citada.

de Derechos Humanos sobre trata de personas: el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, de 2010.¹⁶⁰ Este caso, que analizaremos detalladamente más adelante, describe una práctica generalizada en Chipre que consistía en la emisión de unos visados “de artista”, que en la práctica suponía trabajar en la prostitución. La existencia de estos visados, tal y como estaban configurados, conducía a una situación en la que “es muy difícil para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley probar la coacción y la trata y combatirla eficazmente. Así pues, este tipo de permiso podría percibirse como una contradicción de las medidas adoptadas contra la trata.”¹⁶¹

En definitiva, el fenómeno de la esclavitud moderna y la trata de personas tienen multitud de aristas estructurales o individuales de índole económica, social, política y cultural que actúan como “determinantes de la vulnerabilidad”. Esto quiere decir que, cuando se combinan, hacen que los individuos tengan más probabilidades de ser víctimas de esclavitud o trata.¹⁶²

Por esta razón, los estudios que analizan esclavitud contemporánea y aportan datos estadísticos utilizan indicadores que apuntan a una mayor o menor vulnerabilidad de las personas que viven en una determinada región. Por ejemplo, uno de los aspectos más destacables del Índice de la Esclavitud Mundial de la *Walk Free Foundation* en 2018 es la medición de la vulnerabilidad en cada país, que a su vez sirve para evaluar la prevalencia de esclavitud en los Estados. En este informe se analizan una serie de variables que aparecen divididas en cinco categorías relacionadas con la “teoría de la seguridad humana”¹⁶³ para calcular el riesgo de esclavitud que existe en un país en concreto: (i) asuntos de gobernanza; (ii) falta de necesidades básicas; (iii) desigualdad; (iv) grupos sociales privados de derechos; y (v) efectos de un conflicto.¹⁶⁴

Dentro de cada una de estas categorías se mide la relevancia de factores como la estabilidad política, el acceso a agua limpia, o el impacto de terrorismo, entre otros muchos indicadores; y, para evitar la sobredimensión de algunos de ellos que no tienen tanta capacidad explicativa de la esclavitud, se les da un peso relativo mayor. Finalmente, el

¹⁶⁰ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, No. 25965/04, 7 de enero 2010.

¹⁶¹ Id., párr. 103.

¹⁶² La OIM ha diseñado un “modelo de vulnerabilidad” de los migrantes teniendo en cuenta características estructurales e individuales: OIM, *IOM handbook: Protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2018, pp. 5-8: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/GLO-ACT/IOM_Handbook_on_Protection_ADV_COPY_1.PDF [último acceso: 24/12/2019].

¹⁶³ Walk Free Foundation, *Global Slavery Index 2018*, pp. 142-164. Este modelo ha sido muy criticado por Gallagher en: Gallagher, A. T., “What’s Wrong with the Global Slavery Index?”, *Anti-Trafficking Review*, Vol. 8, 2017, pp. 90 y ss. teoría de la seguridad humana fue desarrollada por el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas para captar siete áreas principales de inseguridad: económica, política, alimentaria, comunitaria, personal, de salud y ambiental. La característica compartida más básica de la seguridad humana como concepto implica un enfoque en la seguridad y el bienestar de las personas, independientemente de su condición de ciudadanía o de su relación con un Estado-nación. Sobre esto, ver: Gómez, O. A./Gasper, D., *Human Security. A Thematic Guidance Note for Regional and National Human Development Report Teams*, United Nations Development Program, 2013: http://hdr.undp.org/sites/default/files/human_security_guidance_note_r-nhdrs.pdf [último acceso: 29/12/2019].

¹⁶⁴ Walk Free Foundation, *Global Slavery Index 2018*, p. 10.

“puntaje de vulnerabilidad” final de un país se calcula promediando la suma de las variables de cada categoría y luego promediando los puntajes resultantes. Por ejemplo, Dinamarca, el país con el índice de vulnerabilidad más bajo, obtiene la puntuación más baja en todas las categorías y en la mayoría de las variables. Por el contrario, la República Centroafricana, que tiene la clasificación de vulnerabilidad más alta, recibe la puntuación más alta en todas las categorías.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Ibid., pp. 142 y ss.

II. REGULACIÓN INTERNACIONAL

Propiciado por el movimiento abolicionista de la esclavitud, desde mediados del siglo XIX se han desarrollado una serie de normas internacionales que han llegado a constituir un auténtico régimen contra la esclavitud, y que han convertido esta prohibición en una norma con el estatus de *ius cogens*.¹⁶⁶

Durante el siglo XIX comenzaron a proliferar tratados auspiciados por Reino Unido que permitían la detención e inspección de embarcaciones en los casos que existiera la sospecha de que se dedicaban al tráfico de esclavos.¹⁶⁷ Los tratados subsiguientes se centraron en la prohibición de la esclavitud y en prácticas relacionadas con la esclavitud, incluida la trata de mujeres y niños, conocida en un primer momento como “trata de blancas”. Muchos de estos tratados se revisarían tras la II Guerra Mundial, e incluirían nuevas prácticas que no aparecían inicialmente, como la servidumbre. Además, la prohibición de la esclavitud y otras prácticas se incluiría en diferentes tratados de derechos humanos de carácter general. Por otro lado, también se desarrollarían las restricciones al sometimiento a esclavitud en las leyes y los usos de la guerra. Las Convenciones de la Haya, por ejemplo, se refieren a la utilización de los prisioneros de guerra como fuerza de trabajo, y la Convención de Ginebra de 1949 sobre la protección de los Prisioneros de Guerra determina que la esclavitud es un delito de guerra.¹⁶⁸

Todo este proceso ha dado lugar a una compleja red de normas internacionales que han conformado el régimen legal contra la esclavitud y sus prácticas vinculadas. A continuación, vamos a describir esta normativa internacional: un total de 63 normas, de las que se han excluido los tratados bilaterales,¹⁶⁹ los protocolos técnicos de adaptación a la

¹⁶⁶ Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica c. España) GL No 50, 1970. Sobre el carácter de la prohibición de la esclavitud como norma consuetudinaria, ver: Bassiouni, C., “Enslavement as an international crime”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23, No. 2, 1990-1991, pp. 445 y ss; Gallagher, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 454.

¹⁶⁷ Sobre una descripción general de la abolición del comercio transatlántico de esclavos durante el siglo XIX, ver: Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human exploitation*, pp. 50 y ss.; del mismo autor también: “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, en Pérez Alonso, E., *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 152 y ss; Quirk, J., *The Antislavery Project: from the Slave Trade to Human Trafficking*; Drescher, S., *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, Cambridge University Press, 2009; Blackburn, R., *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, Verso, Londres, 1988; Fogel, R., *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery*, Norton, Nueva York, 1994; Klein, H., *The Atlantic Slave Trade*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; Lloyd, C., *The Navy and the Slave Trade: Suppression of African Slave Trade in the Nineteenth Century*, Cass, Londres, 1968.

¹⁶⁸ Como señala Bassiouni, el desarrollo derecho en tiempos de paz y el derecho en conflictos armados se desarrolló de forma paralela, y gradualmente evolucionó hacia la protección de poblaciones civiles de violaciones de derechos humanos cometidas por sus gobiernos durante tiempos de paz. En: Bassiouni, C., “The Proscribing Function of the International Criminal Law in Processes of International Protection of Human Rights”, *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, No. 1, 1982, pp. 202 y ss.; y Bassiouni, C./Nanda, V. P., “Slavery and Slave Trade: Steps Toward Eradication”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 12, No. 1972, p. 424 y ss

¹⁶⁹ Como los convenios bilaterales de Reino Unido con España, Francia, Brasil y Estados Unidos. Ver Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human exploitation*, pp. 46-100; Martínez, J. S., *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 66 y ss.

estructura de Naciones Unidas tras la desaparición de la Sociedad de Naciones,¹⁷⁰ los instrumentos que no tienen carácter vinculante,¹⁷¹ o aquellos que no sean relevantes para nuestro objetivo de ofrecer una imagen de la estructura normativa internacional.¹⁷²

Basándonos en la división de Cherif Bassiouni, los instrumentos internacionales que abordan directa o tangencialmente la esclavitud en cuatro categorías: (1) instrumentos internacionales que abordan específicamente la esclavitud y sus prácticas vinculadas.; (2) instrumentos generales de derechos humanos a nivel universal y regional, que hacen referencia la esclavitud y sus prácticas vinculadas; (3) otros instrumentos internacionales que se refieren a la prohibición de la esclavitud y sus prácticas vinculadas; y (4) las leyes de los conflictos armados y el derecho penal internacional.¹⁷³ Además, dentro de cada una de estas categorías, se van a organizar de forma cronológica, para obtener una visión general sobre la historicidad de la institución.

1. Instrumentos internacionales que abordan específicamente la esclavitud y sus prácticas vinculadas.
 - 1.1 La Declaración de 1815 relativa a la Abolición del Tráfico de Esclavos (Congreso de Viena).¹⁷⁴

Es el primer instrumento que contiene un reconocimiento implícito sobre la naturaleza criminal de la esclavitud al establecer una obligación de prohibir, prevenir, perseguir y castigar el tráfico de esclavos. No obstante, no contiene medidas vinculantes en caso de incumplimiento.¹⁷⁵

- 1.2 La Declaración de 1822 relativa a la Abolición del Tráfico de Esclavos (Congreso de Verona).¹⁷⁶

Esta declaración contemplaba la declaración de intenciones de los Estados para reforzar la voluntad de abolir el tráfico de esclavos.

- 1.3 El Tratado de 1841 sobre la Supresión del Tráfico de Esclavos Africanos (Tratado de Londres).¹⁷⁷

¹⁷⁰ Como el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, adoptado por la Asamblea General en su resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953.

¹⁷¹ Bien porque se trate de normas de *soft law*, como los estándares mínimos de la ONU sobre el Tratamiento de Prisioneros o porque no hayan entrado en vigor, como el Proyecto de Código de Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de 1954.

¹⁷² Por ejemplo, los Tratados de Paz o los acuerdos de rendición tras la Segunda Guerra Mundial.

¹⁷³ Bassiouni, C., "Enslavement as an international crime", *New York University Journal of International Law and Politic*, Vol. 23, No. 2, 1991, p. 454.

¹⁷⁴ Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos, firmada en Viena el 8 de febrero de 1815 (Congreso de Viena, Acta XV), *Treaty Series*, Vol. 65, p. 473.

¹⁷⁵ Sobre esto, ver más en profundidad: Allain, *The Law and Slavery. Prohibiting Human exploitation*, pp. 61 y ss.

¹⁷⁶ Declaración relativa a la Abolición del Tráfico de Esclavos, firmada en Verona el 28 de noviembre de 1822 (Congreso de Verona), *Treaty Series*, Vol. 32.

¹⁷⁷ *Treaty Series*, Vol. 437.

Este tratado también contiene medidas de prevención y eliminación del tráfico de esclavos, y en general se establece un deber de persecución y cooperación con otros Estados al respecto. Los Estados adquieren autoridad para la buscar y detener buques en alta mar que ostenten el pabellón de otro Estado signatario si existen sospechas de que se está utilizando para transportar esclavos. Además, se pueden llevar a juicio, y si se confirma que han realizado actividades de tráfico de esclavos, se puede confiscar el buque.¹⁷⁸

1.4 El Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental de 1885 (Acta General de Berlín).

En el Acta General se prohíbe el tráfico de esclavos en consonancia con los principios de “*le droit des gens*”. Cada potencia podía utilizar todos los medios a su disposición para poner fin a este tráfico y para castigar a aquellos que participaran en él.

1.5 Acta General de la Conferencia Antiesclavista de Bruselas, para reprimir la trata, proteger las poblaciones aborígenes del África y asegurar a dicho continente los beneficios de la paz y la civilización, de 1890.¹⁷⁹

En este Convenio, con la “firme voluntad de poner un término a los crímenes y devastaciones que engendra el comercio de esclavos africanos”,¹⁸⁰ se adoptan medidas para prohibir, prevenir, perseguir y castigar el comercio de esclavos africanos. Además, los Estados signatarios se comprometen a promulgar normas penales que castiguen individuos que cometan este tipo de crímenes.¹⁸¹

1.6 Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, de 1904 (Acuerdo de 1904).¹⁸²

Las primeras conferencias internacionales para prevenir la trata de mujeres tienen lugar en París en 1895 y en Londres en 1899.¹⁸³ Estas conferencias, muy influenciadas por

¹⁷⁸ Sobre esto, ver: Martínez, J. S., *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, pp. 474 y ss.

¹⁷⁹ *Treaty Series*, Vol. 439. Sobre esto, ver: Moreno García, J., “España y la Conferencia antiesclavista de Bruselas, 1889-1890”, *Cuadernos de historia moderna y contemporánea*, No. 3, 1982, pp. 151-180

¹⁸⁰ Preámbulo.

¹⁸¹ En concreto, el artículo 5 indica: Las Potencias contratantes se obligan, a no ser que ya se haya provisto a ello por medio de leyes conformes al espíritu del presente artículo, a promulgar o proponer a sus Cámaras respectivas, en el plazo de un año, lo más tarde, a contar desde la fecha de la firma de la presente Acta general, una ley que haga aplicables, por una parte, las disposiciones de su legislación penal, concernientes a los atentados graves contra las personas, a los organizadores y cooperadores de las cazas de hombres, a los autores de la mutilación de adultos y niños y a cualesquiera individuos que contribuyan a la captura de esclavos por medios de violencia; y por otra parte, las disposiciones concernientes a los atentados a la libertad individual, a los que guían los convoyes, a los conductores y traficantes de esclavos.

¹⁸² Sociedad de Naciones *Treaty Series*, Vol. 1, p. 83.

¹⁸³ Con el Congreso Internacional contra la trata de blancas de 1899. Ver: Cole, A., “Reconceptualizing Female Trafficking: The Inhuman Trade in Women”, *Women’s Rights Law Reporter*, Vol. 6, 2005, p. 100; Wijers, M./Lap-Chew, L., *Trafficking in Women: Forced Labour and Slavery-Like Practices in Marriage, Domestic Labour and Prostitution*, Foundation Against Trafficking in Women, Utrecht, 1997, pp. 14-16.

la perspectiva abolicionista, culminan con el primer Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, de 1904.¹⁸⁴ El foco de este Acuerdo es la cooperación entre los Estados y la protección de las mujeres y muchachas “adquiridas con el fin de darlas a a propósitos inmorales en el extranjero” (*the procuring of women or girls for immoral purposes abroad*).

1.7 Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, de 1910.¹⁸⁵

Este segundo acuerdo extiende el ámbito de aplicación a las conductas relacionadas no solo con la “adquisición” de mujeres con fines de prostitución, sino también con la “seducción” y el uso de fuerza.¹⁸⁶ Además, traslada el foco hacia la criminalización de conductas relacionadas con la prostitución. Así, el artículo 1 castiga al que “para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o a una joven menor de edad, con propósitos licenciosos”. La Convención de 1910 también introduce una distinción que ha perdurado hasta hoy día: entre víctimas menores de edad, respecto a las cuales los medios empleados son irrelevantes, y las adultas, en cuyo caso se requiere la prueba de algún medio de coacción.¹⁸⁷

1.8 Convención de 1919 que Revisa el Acta General de Berlín, de 26 de febrero de 1885, y el Acta General y la Declaración de Bruselas, de 2 de julio de 1890 (Convención de Saint-Germain-en-Laye).¹⁸⁸

Esta Convención se refuerza la obligación de prohibir, prevenir, perseguir y castigar el tráfico de esclavos, y se hace una referencia al establecimiento de una corte internacional o un tribunal internacional con características penales.

1.9 Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de 1921.¹⁸⁹

Como consecuencia del nuevo régimen internacional de la “trata de blancas”, se confía a la Sociedad de Naciones el control general de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y niños.¹⁹⁰ Bajo los auspicios de esta organización internacional se concluyeron dos Convenciones más para la represión de la trata de mujeres y niña en 1921 y 1933, que reflejan la percepción global del problema de la “esclavitud blanca”, como muestra un informe de la Sociedad de Naciones de 1921 en el que se censuraba que “las mujeres, en su mayoría menores de edad, eran contratadas en puestos lucrativos para después, siempre en completa ignorancia de la abominable suerte que las aguardaba, eran transportadas a

¹⁸⁴ Traducción propia de: “the procuring of women or girls for immoral purposes abroad

¹⁸⁵ Sociedad de Naciones *Treaty Series*, Vol. 3, p. 278.

¹⁸⁶ La referencia a la “seducción” sugiere la utilización de engaño, y el artículo 2 se refiere a la trata con uso de amenazas, violencia y abuso de autoridad. Obokata T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Brill, Leiden, 2006, p. 15.

¹⁸⁷ Distinción contemplada en el artículo 3 c) del Protocolo de Palermo.

¹⁸⁸ Sociedad de Naciones *Treaty Series*, No. 877.

¹⁸⁹ Sociedad de Naciones *Treaty Series*, Vol. 9, p. 415.

¹⁹⁰ Artículo 23. c) del Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919.

países extranjeros, para finalmente ser arrojadas sin dinero en casas de libertinaje”.¹⁹¹

1.10 Convención sobre la Esclavitud de 1926.¹⁹²

A principios del siglo XX se había creado un consenso acerca de que la esclavitud era un asunto de importancia internacional y que era necesaria una acción conjunta para luchar contra ella. Por este motivo se firmó la Convención sobre la Esclavitud el 25 de septiembre de 1926, en la que define la esclavitud, el tráfico de esclavos y se refiere de forma tangencial al trabajo forzoso.¹⁹³ En esta Convención no se logró el consenso necesario para incluir otras formas de explotación, como la servidumbre, a pesar de los trabajos de la Comisión Temporal.¹⁹⁴ No obstante, estos trabajos supondrían el ADN de posteriores tratados sobre otras formas de explotación.

1.11 Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso, de 1930.¹⁹⁵

Este Convenio fue adoptado en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo donde se define el trabajo forzoso y se obliga a suprimirlo, “lo más pronto posible”,¹⁹⁶ estableciendo un régimen transitorio en el que está permitido recurrir al mismo. Este periodo se considera derogado,¹⁹⁷ pero la vigencia del Convenio No. 29 ha sido confirmada en el Protocolo de 2014 sobre el trabajo forzoso.¹⁹⁸

1.12 Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 1933.¹⁹⁹

En esta Convención exige a los Estados que criminalicen la intermediación en el ejercicio de la prostitución, con independencia de si es consentida o no: “deberá ser castigado quienquiera que, para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido,

¹⁹¹ Citado en Gallagher, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, p. 56.

¹⁹² Sociedad de Naciones *Treaty Series*, Vol. 60, p. 253

¹⁹³ El artículo 5 de la Convención hace referencia al trabajo forzoso, pero exclusivamente con la finalidad de que éste no se lleve a cabo en condiciones análogas a la esclavitud. Ver: Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Brill Nijhoff, Leiden, 2012, p. 352.

¹⁹⁴ Los trabajos de la Comisión Temporal de la Esclavitud se desarrollaron fundamentalmente en dos informes: Sociedad de Naciones, *Informe de la Comisión Temporal Sobre la Esclavitud al Consejo*, A.17.1924.VI, 1924; y Sociedad de Naciones, *Informe de la Comisión Temporal Sobre la Esclavitud al Consejo*, A.19.125.VI., de 1925

¹⁹⁵ Convenio No. 29 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930. Adoptado en Ginebra, 14ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, 1930.

¹⁹⁶ Artículo 1

¹⁹⁷ El cometido del CEACR es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de aplicación de las normas internacionales del trabajo. Ver: OIT, *Erradicar el trabajo forzoso, Estudio General relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), de la Comisión de Expertos de las Legislaciones y prácticas nacionales relativas al trabajo forzoso*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª Reunión, Ginebra, 2007, pp. 6 y ss. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf [último acceso: 30/12/2019].

¹⁹⁸ En el Preámbulo y el artículo 7

¹⁹⁹ Sociedad de Naciones *Treaty Series*, Vol. 150, p. 431.

aun con su consentimiento, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país” (artículo 1).²⁰⁰

La supresión de la exigencia de violencia o fraude, y la presunción de su condición de víctima ha sido una cuestión muy criticada, especialmente porque acentuó la confusión existente entre migraciones consentidas y no consentidas de mujeres.²⁰¹

1.13 Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949 (Convenio de Lake Success).²⁰²

En 1949, los distintos acuerdos y convenciones sobre la trata se unificaron en un único instrumento. A partir de entonces la prostitución pasa de ser una cuestión relegada al ámbito doméstico de los Estados a convertirse en un asunto relevante internacionalmente.²⁰³ Además, al respaldar la criminalización de las conductas que faciliten la prostitución, la Convención se adhiere por completo a las premisas abolicionistas.²⁰⁴

En el mismo Preámbulo se declara sin ambages que tanto la trata como la prostitución son “incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”.²⁰⁵

El Convenio no prohíbe la prostitución en sí, sino que requiere que los Estados parte adopten medidas socio-económicas encaminadas a su prevención.²⁰⁶ Esta posición, en

²⁰⁰ Según Agustina Iglesias, la Convención de 1933 supone el triunfo del discurso abolicionista a nivel internacional, al eliminarse cualquier referencia al consentimiento. Este último ha dejado de operar para marcar la diferencia entre la capacidad consensual entre mujeres y niños. Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 63. No obstante Obokata señala que estas convenciones continuaron siendo muy ineficaces: Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, p. 16.

²⁰¹ Campani se refiere al nexo clásico entre inmigración femenina y prostitución, y alerta sobre los riesgos de esto en: Campani, G., “Traffico a fine di sfruttamento sessuale e sex business nel nuovo contesto delle migrazioni internazionali”, en *I colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, AAVV (coord.), Milán, Franco Angeli, 2000, p. 39. También, de forma muy crítica: Davidson, J. O., “New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of ‘freedom’”, *Global Networks*, Vol. 10, No. 2, 2010, pp. 244-261; Maqueda Abreu, M. L., “Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos”, en: *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, AAVV (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1197-1211

²⁰² Naciones Unidas *Treaty Series*, Vol. 96, p. 271.

²⁰³ Saunders, P./Soderlund, G., “Threat or Opportunity? Sexuality, Gender, the EBB and Flow of Trafficking Discourse”, *Canadian Woman Studies*, Vol. 22, No. 3-4, 2003, p. 19.

²⁰⁴ Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, p. 65. No obstante, aunque la postura abolicionista logra imponerse en el discurso internacional, no ocurre lo mismo en el ámbito interno de los Estados. Ver: Doezema, J., *Sex Slaves, Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 112 y ss.; Saunders, P./Soderlund, G., “Threat or Opportunity?”, p. 19; Walkowitz, J. R., *Prostitution and Victorian Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980, pp. 36 y ss. Al respecto, ver también: Hobson, B., *Uneasy Virtue: The Politics of Prostitution and the American Reform Tradition*, Basic Books, Nueva York, 1987; Roberts, N., *Whores in History: Prostitution in Western Society*, Harper Collins, Londres, 1992.

²⁰⁵ La cooperación transfronteriza es uno de los ejes principales en la lucha contra la trata (artículos 13, 14, 15 y 18), aunque también contempla disposiciones relacionadas con la protección y la rehabilitación de las víctimas (artículos 5 y 16).

²⁰⁶ Artículo 16: Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las

cierto modo contradictoria, se explica si tenemos en cuenta que el Convenio es fruto del consenso entre los Estados que habían prohibido la prostitución y aquellos que la toleraban bajo ciertas condiciones, asegurándose así una mayor ratificación.²⁰⁷

1.14 Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956 (Convención de 1956).²⁰⁸

Durante los primeros años de la era de las Naciones Unidas el asunto de la esclavitud volvió a ser un tema de importancia en la agenda internacional. Un Comité designado por el ECOSOC propuso la creación de un nuevo instrumento legal para que abordara las formas de servidumbre que habían quedado excluidas de la Convención de 1926.²⁰⁹ Esta recomendación, junto con un importante informe del Secretario General,²¹⁰ dieron lugar a la elaboración de la Convención Suplementaria de 1956.

El artículo 1 enumera una serie de “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” sobre las que los Estados se comprometen a adoptar “todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono”. Estas prácticas son la servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonio forzoso y tráfico de niños (artículo 1).

1.15 Convenio No. 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 1957.²¹¹

Este Convenio no actualiza la definición de trabajo forzoso, sino que llama la atención sobre una serie de prácticas respecto a las cuales es necesario “tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa” (artículo 2).²¹² El artículo 1 establece la obligación de “suprimir y a no hacer uso de ninguna forma” de estos tipos de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al or-

infracciones a que se refiere el presente Convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos.
²⁰⁷ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 59; Chuang, J., “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 65, No. 11, 1998, p. 77.

²⁰⁸ ONU, *Treaty Series*, Vol. 266, p. 3.

²⁰⁹ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, E/AC.33/13, 1951, pp. 3-4.

²¹⁰ ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General. Documento de las Naciones Unidas*, E/2357, 1953.

²¹¹ Convenio No. 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso. Adoptado en Ginebra, 40ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, 25 de junio de 1957.

²¹² La idea de este Convenio era “reforzar” la necesidad de acabar con el trabajo forzoso, que había experimentado un repunte tras la II Guerra Mundial y durante el periodo de la Guerra Fría, utilizado como método de coacción política o desarrollo económico acelerado. El informe del Comité Especial sobre el Trabajo Forzoso de 1953 documenta este tipo de prácticas: ONU/OIT, *Report of the Ad Hoc Committee on Forced Labour*, E/2431, Ginebra, 1953, especialmente pp. 175 y ss.

den político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; y e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.²¹³

2. Instrumentos generales de derechos humanos a nivel universal y regional

2.1 La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948.²¹⁴

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es el primer instrumento internacional que contiene una prohibición general y sin excepciones tanto de la esclavitud como de la servidumbre y la trata de esclavos, aunque no contemple el trabajo forzoso. Su artículo 4 dice así: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. En el artículo 3, la DUDH se refiere al derecho a la libertad en general,²¹⁵ y el artículo 23.1 alude específicamente al derecho a la libre elección del trabajo.²¹⁶

2.2 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948.²¹⁷

Aunque esta Convención no menciona expresamente las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados o trata, el artículo II contempla una serie de actos que guardan relación con dichas figuras. Así, el artículo II ofrece la definición de genocidio: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Entre los actos descritos, el apartado c) hace referencia al “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, y el apartado e) al “traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

2.3 Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950.²¹⁸

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), prohíbe la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en los apartados 1 y 2 del artículo 4: “Nadie podrá ser some-

²¹³ Sobre esto, ver: Larion, A-P., “Regulation of International Labour Organization on Forced Labour”, *European Journal of Law and Public Administration*, Vol. 4, No. 1, 2017, pp. 5-11; Allain, J., *Slavery in International Law*, pp. 203-255; OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2012, pp. 139 y ss.: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf [último acceso: 18/01/2020].

²¹⁴ ONU, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948, 217 A (III). Ver: Lassen, N., “Article 4”, en *The Universal Declaration of Human Rights: a commentary*, Asbjom, E. et al (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 86 y ss.

²¹⁵ Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

²¹⁶ Artículo 23.1: Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

²¹⁷ ONU, Asamblea General, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 260 A (III).

²¹⁸ Consejo de Europa, ETS No. 5, 4 de noviembre de 1950.

tido a esclavitud o servidumbre” y “nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”.²¹⁹ Además, el artículo 15.2 del CEDH prohíbe expresamente la derogación de la prohibición de esclavitud y servidumbre, ni siquiera en caso de estado de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación.²²⁰

El CEDH no define ni diferencia los términos de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es fundamental para saber el contenido y el alcance de estas prohibiciones.²²¹

2.4 Carta Social Europea, de 1961.²²²

La Carta Social Europea contempla los siguientes derechos relacionados con el trabajo: en el artículo 1 los Estados parte se comprometen a “proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”, y en el artículo 2 a “garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas”.

2.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.²²³

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se prohíbe con carácter absoluto la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre en el artículo 8: “Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas” y “nadie estará sometido a servidumbre”.²²⁴ El apartado 3 del artículo 8 también contempla la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, aunque al

²¹⁹ En el apartado 3 se contemplan una serie de circunstancias que no se consideran trabajo forzoso: “a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

²²⁰ Para un análisis de este artículo, ver: Moerman, J., “A Critical Analysis of the Prohibition of Slavery and Forced Labour under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3, No. 1-2, 2010, pp. 89 y ss.; Malinverni, G., “Article 4”, en *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Pettiti, L.E./Decaux, E./Imbert, P.H. (eds.), Economica, París, 1995, p. 177-188, especialmente p. 184; Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Preparatory documents concerning Article 4 ECHR*, DH (62) 10, 15 de noviembre 1962: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH\(62\)10-BIL1712017.PDF](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH(62)10-BIL1712017.PDF) [último acceso: 18/01/2020].

²²¹ Ver análisis *infra*.

²²² Consejo de Europa, ETS No. 163, 18 de octubre de 1961.

²²³ ONU, *Treaty Series*, Vol. 999, p. 171 y Vol. 1057, p. 407, 16 de diciembre de 1966.

²²⁴ Como indica Lassen, en los *travaux préparatoires* se distingue entre esclavitud y la servidumbre porque la esclavitud “que tiene un contenido más técnico que la servidumbre, y que esta consistía en “cualquier forma de dominación de una persona por otra”: Lassen, N., “Article 4”, p. 93. También Knott, L., “Unocal Revisited: On the Difference between Slavery and Forced Labor in International Law”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, No. 2, 2010, especialmente pp. 206, 220 y ss.

igual que el Convenio No. 29 de la OIT y el CEDH, recoge una serie de situaciones que no se consideran trabajos forzados.²²⁵

2.6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.²²⁶

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aborda indirectamente cuestiones relacionadas con la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio: el artículo 6.1 reconoce el derecho a trabajar, “que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, y el artículo 7 se refiere al “derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.

2.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.²²⁷

En el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la prohibición absoluta del sometimiento a esclavitud, servidumbre y trata de mujeres en el artículo 6.1: “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. El apartado 2 del artículo 6 contempla la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio en los siguientes términos: “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”. Por último, contempla una serie de excepciones al trabajo forzoso en el apartado 3.²²⁸

2.8 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979.²²⁹

²²⁵ “i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

²²⁶ ONU, *Treaty Series*, Vol. 993, p. 3, 16 de diciembre de 1966.

²²⁷ Organización de Estados Americanos, *Treaty series*, No. 36, 22 de noviembre de 1969.

²²⁸ “a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”

²²⁹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 1249, p. 13, 18 de diciembre de 1979.

Esta Convención obliga a los Estados parte a que tomen “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (artículo 6).²³⁰

2.9 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981.²³¹

La Carta Africana dispone en su artículo 5 que: “Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su estatus legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”.

2.10 Convención de los Derechos del Niño, de 1989.²³²

Aunque en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) no se contempla una prohibición expresa de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados cuando la víctima es menor, el artículo 35 compele a los Estados a que tomen “todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. La CDN también se refiere a la obligación de proteger al niño contra todas las formas de explotación económica (artículo 32), explotación sexual y abusos sexuales (artículo 34).

Además, se prevé que los Estados parte adopten todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación (artículos 19); para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (artículo 11); y, cuando un niño haya sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, se deberán llevar a cabo todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 39).

El Comité de los derechos del niño, órgano supervisor de la CDN, se refiere a la trata en su Observación General sobre el “trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”.²³³ Tras afirmar la relación entre la vulnerabilidad de los menores no acompañados y la trata, el Comité llama la atención sobre la necesidad

²³⁰ La vaguedad de la disposición “medidas apropiadas” hace que sea difícil determinar con precisión la naturaleza de las obligaciones de los Estado parte. La referencia a “todas las formas de trata” parece expandir la prohibición contenida en la Convención de 1949 –que en ese momento era la Convención que estaba en vigor– para cubrir la trata con otros fines aparte de la prostitución, como los trabajos o matrimonios forzados. Esta interpretación ha sido confirmada por la actividad del Comité de Expertos para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano encargado de la supervisión de la Convención. Ver: International Women’s Rights Action Watch, *Assessing the Status of Women: A Guide to Reporting under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 1996, p. 19; Chuang, J., “CEDAW Article 6”, en *Commentary to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Freeman, M./Chinkin, C./Beate, R. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2012.

²³¹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 1520, p. 217, 27 de julio de 1981.

²³² ONU, *Treaty Series*, Vol. 1577, p. 3, 20 de noviembre de 1989.

²³³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

de adoptar medidas como la correcta identificación, las campañas de información, legislación adecuada y establecimiento de mecanismos eficaces para cumplir los reglamentos laborales y las normas sobre movimiento transfronterizo.²³⁴

2.11 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990.²³⁵

El artículo 11 prohíbe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados en los siguientes términos: “1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre. 2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzados u obligatorios”. Además, en la misma línea que el resto de instrumentos internacionales, el párrafo 3 contiene una serie de excepciones al trabajo forzoso.²³⁶

2.12 Convenio No. 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, de 1999.²³⁷

Este Convenio contempla la obligación de los Estados de “adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia” (artículo 1), entre las que se encuentran: “todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados” (artículo 3).

Los apartados b) y c) también recogen modalidades de peores formas de trabajo infantil que contienen una estructura similar a la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: “(b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (c) 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 como se definen en los tratados internacionales pertinentes”.²³⁸

²³⁴ Ibid., párr. 50-53.

²³⁵ ONU, *Treaty Series*, Vol. 2220, p. 3, de 18 de diciembre de 1990.

²³⁶ “A los efectos de este artículo, la expresión "trabajos forzados u obligatorios" no incluirá: a) Ningún trabajo o servicio, no previsto en el párrafo 3 de este artículo, que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional; b) Ningún servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; c) Ningún trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate.”

²³⁷ Convenio No. 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil. Adoptado en Ginebra, 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 17 de junio 1999.

²³⁸ El artículo 3 del Protocolo de Palermo consta de una estructura de acción (reclutamiento, transporte, entrega), medios (abusivos, fraudulentos), y propósito de explotación. En el caso de menores de edad, no se exigen los medios descritos.

2.13 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000.²³⁹

Este Protocolo Facultativo va más allá que la CDH y adopta una perspectiva de justicia criminal.²⁴⁰ El único lugar en el que se refiere a la trata es el Preámbulo, pero ofrece una definición de “venta de niños” que es lo suficientemente amplia como para abarcar la mayor parte de las situaciones en las que los menores son objeto de trata,²⁴¹ aunque el Comité ha sido cauteloso a la hora de afirmar la distinción entre ambos conceptos, observando que en algunos casos la venta de niños no tiene que conllevar necesariamente el elemento de finalidad de explotación, que es un elemento esencial en la trata.²⁴² Los Estados también se comprometen a adoptar medidas en relación con la conducta de “ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de: a) Explotación sexual del niño; b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño; c) Trabajo forzoso del niño” (artículo 3).

2.14 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, de 2000.²⁴³

Este instrumento, conocido como Protocolo de Palermo, contiene una definición de trata de seres humanos que aúna dos figuras con dos genealogías distintas: por un lado, la tradicional trata de esclavos, y por otro, lo que se conocía originalmente como “trata de blancas” o trata de mujeres y niños, de carácter principalmente sexual. Así, el artículo 3.a) define la trata de personas de la siguiente manera: “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 rapto, 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. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución

²³⁹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 2171, p. 227, 25 de mayo de 2000.

²⁴⁰ Los Estados Parte están obligados a penalizar y castigar los actos relevantes (artículos 1 y 3); establecer una jurisdicción adecuada sobre los distintos crímenes y la posible extradición (artículos 4 y 5). Otras disposiciones se refieren a la asistencia legal mutua (artículo 6), el decomiso (artículo 7), los derechos de los niños como parte de un proceso penal (artículos 8 y 9), prevención (artículo 9) y cooperación internacional (artículo 10).

²⁴¹ En el artículo 2 se establece por “venta de niños” se entiende “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. El vínculo entre la venta de niños y la trata ha sido confirmado por el Comité de derechos del niño en la Observación General No. 6 sobre el tratamiento de los menores no acompañados, donde enumera la venta de los niños por sus padres como un ejemplo de trata. Ver: Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6.*, p. 7.

²⁴² Cedrangolo, U., *The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and child Pornography and the Jurisprudence of the Committee On the rights of the child*, UNICEF, 2009, p. 4. En este sentido, Cedrangolo concluye que, mientras que la venta de niños y la trata van a coincidir cuando la venta se realiza con el objetivo de explotación, no todos los casos de trata de niños se van a producir a través de su venta.

²⁴³ ONU, *Treaty Series*, Vol. 2237, p. 319; Doc. A/55/383, 15 de noviembre del 2000.

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”.

Los objetivos que se pretenden alcanzar con el Protocolo, definidos en el artículo 2, se conocen como la “política de las tres P”: prevenir y combatir la trata de personas; proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata; y promover la cooperación entre los Estados Parte.²⁴⁴

2.15 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000.²⁴⁵

El artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece: “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos”.

La CDFUE, que tiene el mismo valor jurídico que los tratados constitutivos de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa (artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea), adquiere relevancia respecto a los actos de las instituciones y órganos de la Unión, o los actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, respetando siempre el principio de subsidiariedad.²⁴⁶

2.16 Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 2002.²⁴⁷

La Decisión Marco de 2002 fue una respuesta a lo que se percibía como una “grave infracción penal”,²⁴⁸ ante el muy limitado éxito de la Acción Común de 1997. La Unión Europea ya había ratificado el Protocolo de Palermo en el año 2000, y se pretendía que la Decisión Marco mejorase la implementación del tratado internacional.²⁴⁹ Esta Decisión Marco continúa la estela criminocéntrica marcada por el Protocolo de Palermo, haciendo hincapié en la parte de la justicia criminal en detrimento de la protección y asistencia de

²⁴⁴ Para un análisis del Protocolo, ver especialmente: Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 68 y ss.; Scarpa, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008. La política de las tres ‘P’ es el paradigma seguido por el Secretario de Estado de Estados Unidos que elabora anualmente los Informes de trata (*Trafficking In Persons Reports*). Ver: <https://www.state.gov/j/tip/3p/>

²⁴⁵ DOUE C 83/389, 2000/C 364/01, de 18 de diciembre del año 2000.

²⁴⁶ Sobre la relevancia de la CDFUE, ver: Gijzen, M., “The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8, 2001, pp. 33 y ss.

²⁴⁷ OJ L 203, 1 de agosto de 2002, pp. 1-4.

²⁴⁸ Apartado 7 del Preámbulo

²⁴⁹ Rijken, C., *Trafficking in Persons: Prosecution from a European perspective*, Asser Press, La Haya, 2003, p. 123; Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, p. 97.

las víctimas de trata.²⁵⁰ Esta Decisión Marco mantiene en lo esencial la definición de trata de seres humanos contenida en el Protocolo de Palermo (artículo 1).²⁵¹

2.17 Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos, 2004.²⁵²

En 2004 se adoptó la Directiva sobre permisos de residencia, que aún sigue en vigor. La preocupación principal de la Directiva no es la protección de todas las víctimas de trata,²⁵³ pero incluye algunas medidas de protección de las mismas, como la concesión de permisos de residencia si cooperan con las autoridades competentes.²⁵⁴

2.18 Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos, de 2005.²⁵⁵

También conocido como Convenio de Varsovia, es un tratado que profundiza en la lucha contra la trata en el ámbito regional europeo. Contiene la misma definición de trata de seres humanos que el Protocolo de Palermo y promueve los mismos objetivos –prevenir, perseguir y proteger–, pero más centrado en la protección de las víctimas.²⁵⁶

Además, crea un organismo de supervisión de la aplicación del Convenio de Varsovia, formado por un grupo de expertos que emiten informes periódicos sobre el estado de cumplimiento del Convenio en los Estados signatarios: el Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (grupo GRETA, por sus siglas en inglés).²⁵⁷

²⁵⁰ Ibid. p. 98. Este enfoque tan centrado en la justicia criminal ha constituido la principal crítica a la Decisión Marco, puesto que apenas se prevén disposiciones de protección y asistencia a las víctimas. Ver: Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 16-18, 2013-2015, pp. 1151 y ss.; Villacampa Estiarte, C., “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, pp. 8 y ss.; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 163. Este defecto sería puesto de manifiesto dentro de la propia UE por el Grupo de Expertos sobre Trata: Unión Europea, EU Experts Group, *Report of the Experts Group in Trafficking in Human Beings*, Comisión Europea, Bruselas, 2004, pp. 62-63.

²⁵¹ Para ver un análisis de toda la acción de la UE, ver: Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, pp. 1147-1193.

²⁵² DO L 261/19, de 6 de agosto de 2008.

²⁵³ Esto es muy criticado en: Askola, H., *Legal Responses to Trafficking in Women for Sexual Exploitation in the European Union*, Hart Publishing, 2007, p. 94; Chou, M.H., “The European Union and the Fight Against Human Trafficking: Comprehensive or Contradicting?”, *St Antony International Review*, Vol. 76, No. 4, 2008, pp. 76-82.

²⁵⁴ Letschert, R./Rijken, C., “Rights of Victims of Crime: Tensions between an Integrated Approach and a Limited Legal Basis for Harmonisation”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, No. 3, 2013, p. 231.

²⁵⁵ Consejo de Europa, *Treaty Series*, No. 197, 16 de mayo de 2005.

²⁵⁶ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Varsovia, 16.V.2005, pp. 6 y ss.: <https://rm.coe.int/16800d3812> [último acceso: 18/01/2020].

²⁵⁷ Para ver los informes del grupo GRETA: <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/country-monitoring-work>

2.19 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006.²⁵⁸

Esta Convención prevé, en su artículo 27.2, que “los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio”.

2.20 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 2007.²⁵⁹

Este tratado, conocido como Convenio de Lanzarote, contiene acciones que aunque no se refieran específicamente a la trata de seres humanos, tienen aspectos muy similares que pueden incluso solaparse. En concreto, se prevé el reclutamiento de niños para que, o bien se dediquen a la prostitución (artículo 19.1), o bien participen en espectáculos pornográficos (artículo 20.1).

2.21 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2011.²⁶⁰

En este tratado, conocido como el Convenio de Estambul, se contempla la prohibición de los matrimonios forzados (artículo 37), dentro del marco más amplio de la protección de las mujeres contra toda forma de violencia o discriminación (artículo 1, donde se describen los objetivos del Convenio).

2.22 Directiva 11/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, de 2011.²⁶¹

En esta Directiva se reproduce, con algunas adiciones, la definición del Protocolo de Palermo, y también guarda muchos puntos en común con algunas disposiciones del Convenio de Varsovia.²⁶²

En general, la normativa de la UE sobre la trata reproduce el paradigma criminocéntrico y de control migratorio, en concordancia con las competencias de las instituciones europeas y la base jurídica utilizada para la adopción de dicha normativa. No obstante, la inclusión de varias disposiciones que contemplan medidas de asistencia y protección de las víctimas, ha llevado a la literatura especializada a resaltar el viraje de la política de la UE hacia un enfoque más victimocéntrico.²⁶³ Esta Directiva también prevé una figura

²⁵⁸ ONU, *Treaty Series*, Vol. 2515, p. 3, 13 de diciembre de 2006.

²⁵⁹ Consejo de Europa, *Treaty Series*, No. 201, 25 de octubre de 2007.

²⁶⁰ Consejo de Europa, *Treaty Series*, No. 210, 11 de mayo de 2011.

²⁶¹ DO L 101 de 15 de abril de 2011, pp. 1-11.

²⁶² Las distinciones entre la Directiva y el Convenio de Varsovia han sido estudiadas, entre otros autores, por Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 79 y ss.; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp.

²⁶³ Por todos, Villacampa Estiarte, C., “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?”, pp. 7 y ss.; Letschert, R./Rijken, C., “Rights of Victims of Crime”, p. 226.

muy importante a efectos de cooperación: un Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos, que tendrá el objetivo de contribuir al desarrollo de una estrategia coordinada de la UE contra la trata.²⁶⁴

2.23 Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, de 2011.²⁶⁵

Esta Directiva, aunque no está expresamente dirigida a abordar la trata de menores o su sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, contiene algunas conductas que comparten algunos elementos con la trata, como la captación de los menores para que participen en espectáculos pornográficos (artículo 4.2), o para el ejercicio de la prostitución (artículo 4.5).

2.24 Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, de 2014.²⁶⁶

En la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo de 2014 se adoptó el Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, con el fin de colmar algunas lagunas en la aplicación de las disposiciones de dicho Convenio. Este Protocolo no establece una nueva definición de trabajo forzoso, sino que refuerza las obligaciones de prevención, protección de las víctimas y mejora de su acceso a la reparación. Así pues, cada Estado miembro debe desarrollar, junto con los trabajadores y las organizaciones de empleadores, una política nacional y un plan de medidas para combatir el trabajo forzoso. Además, subraya el vínculo entre el trabajo forzoso y la trata de personas y suprime expresamente las disposiciones transitorias del Convenio No. 29 (artículo 7).²⁶⁷

3. Otros instrumentos internacionales que se refieren a la prohibición de la esclavitud y sus prácticas vinculadas.

3.1 Convención sobre Alta Mar, de 1958.²⁶⁸

Aunque el objetivo primordial de esta Convención no es condenar el tráfico de esclavos, se hace referencia a la prohibición de la trata de esclavos en dos artículos. Por un lado, el artículo 13 indica que “todo Estado estará obligado a tomar medidas eficaces para

²⁶⁴ Artículo 20. Este Coordinador trabaja conjuntamente con los Ponentes nacionales o mecanismos equivalentes, previstos en el artículo 19.

²⁶⁵ DO L L 335/1, de 17 de diciembre de 2011. La relación entre esta directiva y la de trata de seres humanos se contempla en el mismo Preámbulo, apartado 7.

²⁶⁶ Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, adoptado en Ginebra, 103ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 11 de junio 2014. Ver: OIT, Normas de la OIT sobre el trabajo forzosos. El nuevo Protocolo y la nueva Recomendación de un vistazo, Ginebra, 2016: http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_534399.pdf [último acceso: 18/01/2020].

²⁶⁷ Ver: Anton, D. K., “Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930”, *International Legal Materials*, Vol. 53, 2014, pp. 1227 y ss. Para ver un análisis en profundidad sobre las normas de la OIT, ver: De la Villa de la Serna, D., “Los Protocolos de la Organización Internacional del Trabajo y el Protocolo de 2014 relativo al trabajo forzoso”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 112, 2014.

²⁶⁸ ONU, *Treaty Series*, Vol. 450, p. 11, 29 de abril de 1958.

impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su bandera y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su bandera. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su bandera, quedará libre *ipso facto*". Por otro, el artículo 22 hace referencia al derecho de registro de buques mercantes extranjeros en alta mar cuando existan motivos fundados para creer que dicho buque se dedica a la trata de esclavos.

3.2 Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982.²⁶⁹

En esta importante Convención, el artículo 99 sigue la estela de normas similares contenidas en los tratados internacionales contra la trata de esclavos, mostrando su carácter de norma consuetudinaria:²⁷⁰ "todo Estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre *ipso facto*".²⁷¹ El artículo 110. 1. b) proporciona la capacidad legal para cumplir este deber, puesto que la sospecha razonable de utilización de un buque para la trata de esclavos es una de las justificaciones excepcionales que permiten abordar un buque en alta mar.

4. Las Leyes de los conflictos armados y el Derecho penal internacional.

4.1 Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla (Código Lieber).²⁷²

Escritas por Francis Lieber, fueron unas instrucciones firmadas por el presidente Abraham Lincoln durante la Guerra Civil americana, que dictaban la forma en que los soldados debían de comportarse en tiempos de guerra. Este Código se considera el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra,²⁷³ aunque ya existía una importante tradición de la regulación del *ius ad bellum* y el *ius in bello* que se remonta a

²⁶⁹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 1833, p. 3, UN Doc A/CONF.62/122, de 10 de diciembre de 1982.

²⁷⁰ Weiss, T. G. et al, *The United Nations and Changing World Policies*, 5ª ed., Westview, 2007, p. 145.

²⁷¹ Sobre la relación entre la Convención del Derecho del Mar y la esclavitud, ver: Kirchner, S./Frese, V. M., "Slavery under the European Convention on Human Rights and the Jus Cogens Prohibition of Human Trafficking", *Denning Law Review*, Vol. 27, 2015, pp. 133-134.

²⁷² Orden General No. 100. Durante la Guerra Civil americana, después de que el presidente Abraham Lincoln permitiera a los hombres afroamericanos unirse a la armada de la Unión en 1862, los Confederados siguieron la política de vender como esclavos a los soldados afroamericanos que capturaban. Por esta razón, Lincoln acudió a Francis Lieber, profesor de la Universidad de Columbia, para que creara un Código de conducta durante la guerra, sobre todo en relación con el tratamiento de los confederados capturados. De este modo, se aprobó la Orden General No. 100, conocida como el Código Lieber, que condenaba el sometimiento a esclavitud de los soldados capturados como un crimen contra la civilización. Ver Cockayne, J./Grono, N./Panaccione, K., "Introduction", pp. 258-259

²⁷³ Sobre la importancia del Código Lieber, ver: Labuda, P. I., "The Lieber Code, Retaliation and the Origins of International Criminal Law", en *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*, Bergsmo, M./Cheah, W. L./Song, T./Yi, P. (eds.), 2015, pp. 299 y ss.

la época griega y romana, y que recibió un importante impulso a partir de la Escuela de Salamanca.²⁷⁴

Este Código no solo prohibía el sometimiento a esclavitud, sino que la declaraba ilegal en sí misma y establecía que toda persona esclava en manos de los confederados que pasara a la protección de los unionistas, sería liberada de forma inmediata. El Código Lieber ejerció una influencia fundamental para los Convenios de la Haya de 1907 de Derecho internacional humanitario y, por lo tanto, para la Carta de Nuremberg, el Consejo de Control Aliado y, más adelante, el Estatuto de Roma.²⁷⁵

4.2 Convención II de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y Reglamento anexo, de 1899 (Haya II).²⁷⁶

Esta Convención y su Reglamento fueron firmados durante la Primera Conferencia de Paz de la Haya. El trabajo forzoso se aborda en los artículos 6 y 44, que regulan el uso del trabajo de prisioneros de guerra, y prohíben la posibilidad de obligar a los habitantes de un territorio ocupado a que tomen parte en las operaciones militares contra su propio país.

4.3 Convención IV de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento anexo, de 1907 (Haya IV).²⁷⁷

Fueron firmados durante la Segunda Conferencia de Paz de la Haya de 1907. El artículo 6 se refiere a las condiciones del trabajo de los prisioneros de guerra, y señala que “los trabajos no serán excesivos y no tendrán relación alguna con las operaciones de la guerra”. El artículo 52 regula el trabajo forzoso exigido a los habitantes de los territorios ocupados: “No podrán exigirse empréstitos en especie y servicios del común o de los habitantes sino para atender a las necesidades del ejército que ocupe el territorio. Serán proporcionados a los recursos del país y de tal naturaleza que no impliquen para los habitantes la obligación de tomar parte en las operaciones de la guerra contra su país”.

Estos artículos, junto con el artículo 46 que se refiere a otros derechos como el de la preservación de la propiedad, constituyen la columna vertebral que permitió la condena de los casos de trabajo esclavo en los juicios de Nuremberg.²⁷⁸

4.4 Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1929.²⁷⁹

²⁷⁴ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 57. Sobre esto, ver el capítulo del contexto histórico-filosófico legal de la esclavitud, *infra*.

²⁷⁵ Ver Cockayne, J./Grono, N./Panaccione, K., “Introduction”, p. 258-259.

²⁷⁶ *Treaty Series* No. 403, 29 de julio de 1899. Sobre esto: Higgins, A. P., *The Hague Peace Conferences and Other International Conferences concerning the Laws and Usages of War. Texts of Conventions with Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 1909.

²⁷⁷ *Treaty Series* No. 403, 18 de octubre 1907.

²⁷⁸ Bassiouni, C., “Enslavement as an international crime”, p. 495.

²⁷⁹ Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, Vol. 119, p. 343, de 27 de julio de 1929. Esta Convención se complementa con el Convenio de la Haya de 1907.

Este Convenio fue firmado en Ginebra durante la Conferencia Diplomática de 1929. El artículo 30 limita las horas de trabajo de los prisioneros de guerra y el artículo 31 establece que no deberán tener relación directa con las operaciones de guerra.²⁸⁰

4.5 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945.²⁸¹

El Estatuto establecía la jurisdicción *ratione materiae* sobre los delitos de deportación para realizar trabajos forzosos y de sometimiento a esclavitud en el artículo 6, como “crímenes de guerra” o “crímenes contra la humanidad” respectivamente. El tribunal de Nuremberg consideró que la prohibición de tales crímenes de guerra estaba establecida en el Derecho internacional como parte del derecho consuetudinario.²⁸²

4.6 La Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, de 1946.²⁸³

Esta Ley pertenece al conjunto de medidas concernientes a la gobernanza de Alemania durante la Ocupación Aliada. Establecía disposiciones para la persecución de personas acusadas de diversos crímenes, incluidos el delito de sometimiento a esclavitud y la deportación para la realización de trabajos forzosos.²⁸⁴

4.7 Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 1945.²⁸⁵

El artículo 5 del Estatuto, que fija la jurisdicción material del tribunal, establece el “sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil” como parte de los “crímenes contra la humanidad”.

²⁸⁰ Bassiouni indica que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg también se basó en esta Convención para sus pronunciamientos. Ver: Bassiouni, C., “Enslavement as an international crime”, p. 498. Ver también: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*, Vol. 5, 1950, p. 492 y ss.: http://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-V.pdf [último acceso: 18/01/2020].

²⁸¹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 82, p. 279.

²⁸² Los considera dentro de los Convenios de la Haya de 1907 y del Convenio de Ginebra sobre el trato de prisioneros de guerra de 1929, incluso aunque la noción de “sometimiento a esclavitud” no se mencione expresamente en ninguno de estos instrumentos. *Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals. Volume I*, 1947. p. 253. Ver también: Allain, J., *Slavery in International Law*, pp. 260 y ss.

²⁸³ Ley No. 10 fue promulgada por el Consejo Aliado en Berlín, el 20 de diciembre de 1945, y designó un Tribunal que estaba compuesto por cuatro miembros que representaban a cada uno de los Estados signatarios del Acuerdo de Londres (Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la URSS), y tenía competencia para “enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo”, hubieran cometido alguno de los crímenes enunciados en su art. 6. En dicho artículo se prevenían tres categorías diferentes de delitos: el crimen de agresión (crímenes contra la paz), los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Ver: *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, 1946. n

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 489.

²⁸⁵ Este Tribunal internacional fue creado por una orden del Comandante Supremo de las potencias aliadas para la “condena y castigo de los principales crímenes en el Lejano Oeste”, TIAS No. 1589, el 19 de enero de 1946.

4.8 I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 1949.²⁸⁶

Este Convenio se adoptó durante la Conferencia Diplomática para el establecimiento de convenios internacionales para la protección de las víctimas de guerra, donde se adoptaron cuatro convenios que abordaban distintos aspectos de la misma. Los trabajos forzados y otros delitos relacionados se abordan en los artículos 3 y 50. El artículo 50 caracteriza la práctica de “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” como una “infracción grave”. El hecho de que sea calificado como tal implica que las “[p]artes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves” (artículo 49).

4.9 II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 1949.²⁸⁷

Las prácticas relacionadas con los trabajos forzados se abordan en los artículos 3 y 51, considerándose el “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” como una “infracción grave.

4.10 III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949.²⁸⁸

Este Convenio se refiere de forma general al trabajo forzoso y prácticas similares en el artículo 3 y, más expresamente, al trabajo de los prisioneros de guerra en los artículos 49 a 57. El artículo 52 indica que a “ningún prisionero podrá empleársele en faenas de carácter malsano o peligroso. A ningún prisionero de guerra se le impondrán trabajos que puedan ser considerados como humillantes para un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia en cuyo poder se encuentre”. Según el artículo 130, se trata de “infracciones graves”.

4.11 IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949.²⁸⁹

Los trabajos forzados y otros delitos relacionados se abordan en los artículos 3, 49 y 51. El artículo 3 se refiere de forma general a los tratos crueles y a otro tipo de tratos inhumanos y degradantes, el 49 a las deportaciones y el artículo 51 a las condiciones para

²⁸⁶ ONU, *Treaty Series*, Vol. 75, p. 85, de 12 de agosto de 1949. Esta Convención fue suplementada por los Protocolos Adicionales I y II a las Convenciones de Ginebra de 1949 y de 1977.

²⁸⁷ ONU, *Treaty Series*, Vol. 75, No. 85, de 12 de agosto de 1949. Esta Convención se complementa con los Convenios de Ginebra de 1977.

²⁸⁸ ONU, *Treaty Series*, Vol. 75, p. 135, de 12 de agosto de 1949. También se complementa con los Protocolos de 1977.

²⁸⁹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 75, p. 287, de 12 de agosto de 1949, complementada por los Protocolos de 1977.

imponer trabajos forzados a la población civil. Según el artículo 147, el quebrantamiento de dichas disposiciones se considera “infracción grave”.

4.12 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977.²⁹⁰

Este Protocolo, adoptado durante la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho internacional humanitario aplicable a conflictos armados, prohíbe en su artículo 85 la deportación de civiles.

4.13 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977.²⁹¹

El artículo 4 prohíbe expresamente “la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”, y el artículo 5 aborda la regulación de la situación en la que se encuentran personas cuya libertad se ha restringido.

4.14 Tribunales Penales *Ad Hoc*.²⁹²

4.14.1 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, de 1993.²⁹³

El Estatuto del Tribunal creado con el objetivo de “juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir del 1 de enero de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia”, establece su jurisdicción material sobre el delito de sometimiento a esclavitud como crimen de lesa humanidad en el artículo 5 c).

4.14.2 Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, de 1994.²⁹⁴

Este Tribunal fue creado en 1994 para “juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda” (artículo 1), establece en su artículo 3 c) la competencia material para juzgar el crimen de lesa humanidad de sometimiento a esclavitud. También prevé la jurisdicción sobre la prostitución forzada en artículo 4 e).

²⁹⁰ ONU, *Treaty Series*, Vol. 1125, p. 3, de 12 de diciembre de 1977.

²⁹¹ ONU, *Treaty Series*, Vol. 1125, p. 609, de 12 de diciembre de 1977.

²⁹² Sobre las diferencias entre los distintos tribunales, ver: Geiss, R./Bulinckx, N., “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”, *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 4 y ss.: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_861_geiss.pdf [último acceso: 18/01/2020].

²⁹³ El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, actuando sobre la base del capítulo VII de la Carta de la ONU en 1993: ONU, Consejo de Seguridad, *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, UN Doc. S/RES/827, 1993.

²⁹⁴ ONU, Consejo de Seguridad, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994*, UN Doc. S/RES/955, 1994.

4.14.3 Ley para el establecimiento de los Tribunal de Timor Oriental, de 2000.²⁹⁵

Contempla el delito de sometimiento a esclavitud, esclavitud sexual y prostitución forzada como crímenes contra la humanidad en el artículo 5. c) y g).

4.14.4 Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, de 2002.²⁹⁶

En este estatuto se contempla el delito de sometimiento a esclavitud, esclavitud sexual y prostitución forzada como delitos de lesa humanidad en los artículos 2. c) y g), y prostitución forzada como parte de la violación a las disposiciones comunes de los Convenios de Ginebra, en el artículo 3. e).

4.14.5 Ley para el establecimiento de las Salas Especiales para Camboya, de 2003.²⁹⁷

Establece, como parte de los crímenes contra la humanidad, el delito de sometimiento a esclavitud en el artículo 5.

4.14.6 Tribunal Especial Iraquí, de 2003.²⁹⁸

Establece el delito de sometimiento a esclavitud en el artículo 12. a). 3, y el de esclavitud sexual y prostitución forzada en el apartado 7 de ese mismo artículo, como delitos de lesa humanidad.²⁹⁹ También contempla la esclavitud sexual y la prostitución forzosa como crímenes de guerra (artículo 13. b). 22 y 13. d). 6).

4.15 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998.³⁰⁰

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) también se recogen los delitos de sometimiento a esclavitud, esclavitud sexual y prostitución forzada en el artículo 7.1.c) y),³⁰¹ y el delito de esclavitud sexual y prostitución forzada como crímenes de guerra [artículo 8. 2. b). xxii) y artículo 8. 2. e). vi)].

²⁹⁵ Inicialmente, el Consejo de Seguridad adoptó la S/RES/1272 (1999) estableciendo una Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET). En base a este mandato se crea el Tribunal híbrido internacional-timorense de Timor Oriental para juzgar los delitos graves que tuvieron lugar en Timor Oriental en 1999. Ver: Reglamento 2000/15 de la UNTAET, 6 de junio de 2002; Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 6 de marzo de 2000.

²⁹⁶ En 2002 se firmó en Freetown (Sierra Leona) el “Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona”, en cuyo anexo figura el Estatuto del Tribunal. El Acuerdo bilateral entró en vigor el 12 de abril de 2002.

²⁹⁷ En 2003 se firma el “Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al enjuiciamiento, con arreglo al derecho camboyano, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática”, que dio lugar a la modificación en 2004 de la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya (NS/RKM/080/12), de 2002.

²⁹⁸ Adoptado el 10 de diciembre de 2003, sancionado por el Consejo de Gobierno iraquí. Ver: Bantekas, I., “The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1, 2005, pp. 237-253.

²⁹⁹ La definición contemplada de esclavitud es la del Convenio de 1926 en el artículo 12 b) 3).

³⁰⁰ ONU, *Treaty Series*, Vol. 2187, p. 3, 17 de julio de 1998.

³⁰¹ También contiene la definición de esclavitud de la Convención de 1926 en los Elementos de los Crímenes (UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000): “por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del

derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Antecedentes

Los conceptos incluidos en las “formas contemporáneas de esclavitud” nacieron en el marco del Derecho internacional, por lo que tanto los Tribunales internacionales de derechos humanos como los Tribunales penales internacionales han realizado importantes aportaciones para mejorar su prevención, investigación y persecución. En general, la jurisprudencia internacional ha arrojado luz al contenido normativo de los conceptos. No obstante, con no poca frecuencia también ha contribuido a todo lo contrario, generando mayor oscuridad y confusión terminológica en esta compleja materia.

A) Tribunales mixtos

El vínculo entre la justicia penal internacional y la esclavitud debe remontarse a los tratados bilaterales entre Reino Unido y los países que participaban en el comercio de esclavos transatlántico, donde se instauraban tribunales mixtos para juzgar casos de tráfico de esclavos.³⁰² La eficacia de estos tribunales se limitaba a la confiscación de embarcaciones, maquinaria y mercancía, y a la liberación de esclavos,³⁰³ porque no tenían competencia para imponer penas contra la tripulación o los propietarios. No obstante, constituyen los precursores del sistema moderno de Derecho penal internacional basado en la complementariedad con la jurisdicción nacional.³⁰⁴

B) Tribunales penales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial

Más adelante, el sistema de justicia penal internacional comenzaría a desarrollarse con los tribunales creados a raíz de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, fuertemente influidos por los principios de las Convenciones de la Haya de Derecho internacional humanitario.³⁰⁵ La Carta de Nuremberg instituye en 1946 el Tribunal militar internacional para juzgar los crímenes de los dirigentes del partido nacionalsocialista en Alemania. Este órgano era competente para juzgar, entre otros delitos, “la deportación para realizar trabajo esclavo” como crimen de guerra, y “el sometimiento a esclavitud”, como

³⁰² Martínez, J. S., *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, especialmente pp. 171 y ss.

³⁰³ Ver, ampliamente: Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 46-100.

³⁰⁴ Estos tribunales se establecieron en lugares como Sierra Leona, Angola, Cabo Verde, Río de Janeiro, Surinam, Jamaica e incluso Nueva York. Ver: Bethell, L., “The Mixed Commissions for the Suppression of the Transatlantic Slave Trade in the Nineteenth Century”, *The Journal of African History*, Vol. 7, No. 1, 1966, pp. 79 y ss.; Martínez, J. S., “Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 117, 2008, p. 500-593.

³⁰⁵ Bantekas, I., *International Human Rights. Law and Practice*, p. 34. El antecedente del régimen penal internacional es el Código Lieber, que condenaba el sometimiento a esclavitud de los soldados capturados como un crimen contra la civilización. Este Código no solo prohibía el sometimiento a esclavitud, sino que declaraba la esclavitud ilegal y establecía que toda persona en esclavitud con los confederados que pasara a la protección de los unionistas, debía ser liberada inmediatamente. Ver: Cockayne, J./Grono, N./Panacione, K., “Introduction”, pp. 258-259.

delito de lesa humanidad.³⁰⁶

En general, las condenas por delitos de sometimiento a esclavitud como crimen de lesa humanidad dictadas por el Tribunal se basaban en gran medida en el papel de los acusados en la planificación, orden, ejecución, control o participación de otro tipo en el traslado, empleo y abuso sistemáticos de trabajadores involuntarios en virtud de la política de trabajo esclavo del régimen nazi, con conocimiento del mismo.³⁰⁷ A pesar de ello, estos conceptos no fueron clarificados ni definidos por el Tribunal, y ni siquiera hubo un intento de establecer la distinción entre ambos,³⁰⁸ como tampoco lo hizo el Tribunal penal internacional para el lejano oriente.³⁰⁹

Por último, el CCA no realizó contribuciones sustanciales sobre los conceptos y le prestó poca atención a las distinciones y a los criterios normativos de las definiciones.³¹⁰ No obstante, aportó ciertos matices sobre los factores que se deben tener en cuenta para determinar si se cometió esclavitud, como el carácter matizado y multifacético de la misma. Así, en el caso *Milch*, el tribunal señaló:

¿Alguien piensa que las grandes hordas de judíos esclavos que trabajaron en la guerra de Alemania disponían de los derechos de las partes contratantes? Eran esclavos, nada menos – secuestrados, acorralados por guardias armados, trabajando hasta que murieron de enfermedad, hambre, agotamiento. [...]. En cuanto a la mano de obra extranjera no judía, con pocas excepciones, se les privó de los derechos civiles básicos de los hombres libres; se les privó

³⁰⁶ “*Deportation to slave labour*”, en la versión inglesa. para los crímenes de guerra, “*Enslavement*” en la versión inglesa, para los crímenes de lesa humanidad, en el artículo 6.

³⁰⁷ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. I, pp. 133-138, 173, 227, 243, 281, 290 y ss., y *passim*. Presentaban cargos por “deportación para realizar trabajo esclavo” y por “esclavización”: Goering (*ibid*, pp 526-527); Keitel (*ibid*, p 536); Kaltenbrunner (*ibid*, pp 537-538); Rosenberg (*ibid*, pp 540-541); Frank (*ibid*, pp 542-544); Frick (*ibid*, p 546); Funk (*ibid*, p 552); Von Schirach (*ibid*, pp 565-566); Sauckel (*ibid*, 566-568); Jodl (*ibid*, pp 570-571); Seyss-Inquart (*ibid*, pp 575-576); Speer (*ibid*, pp 577-579); Bormann (*ibid*, pp. 586-587). Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. 22, 1945-1946. El Tribunal de Nuremberg no indicaba qué sentencias condenatorias lo eran por crímenes de guerra o por crímenes de lesa humanidad, excepto en el caso de Von Schirach, que fue condenado únicamente por un delito de lesa humanidad por su participación en la imposición de trabajo forzoso. El Tribunal realiza una consideración interesante en relación con el reclutamiento “voluntario” de trabajadores del acusado Sauckel, donde indicó que se debía condenar por su participación en el programa de trabajo esclavo, incluso aunque se demostrara que las condiciones impuestas eran “adecuadas” o que habían alimentado a los trabajadores para que pudieran trabajar de forma eficiente (p. 579).

³⁰⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Kunarac, Kovac y Vukovic* (IT-96-23-T&IT-96-23/1-T), Sala de primera instancia, Sentencia de 22 de febrero 2001, párr. 523. En adelante: *Kunarac* (SPI).

³⁰⁹ Se realizan algunas consideraciones del trabajo realizado por civiles en: The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), Vol I, 1977, pp 416-417. No obstante, las atrocidades cometidas contra las “mujeres de confort”, que fueron sometidas a esclavitud sexual, permanecen sin respuesta legal o compensación. Aunque el Gobierno japonés ha dado algunos pasos en la disculpa por el sistema de “mujeres de confort” durante la Segunda Guerra Mundial, no se ha admitido oficialmente la responsabilidad legal ni se ha pagado una compensación o indemnización legal a las víctimas. Ver: OIT, Comité de Expertos para la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones, *Observaciones y casos individuales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 102^o sesión, 2013; Soh, C. S., *The comfort women: Sexual violence and postcolonial memory in Korea and Japan*. University of Chicago Press, Chicago, 2008, pp. 145 y ss.; Tsutsui, K., “Redressing past human rights violations: Global dimensions of contemporary social movements”, *Social Forces*, Vol. 85, No 1, 2006, p. 331-354.

³¹⁰ *Kunarac* (SPI) párr. 524.

del derecho a de libre circulación o de elegir su lugar de residencia; de vivir en un hogar con su familias; de criar y educar a sus hijos; de casarse; de visitar lugares públicos propios de su elección; negociar, ya sea individualmente o a través de representantes de su propia elección, las condiciones de su propio empleo; organizarse en sindicatos; ejercer libremente su derecho a la educación; y la libertad de expresión u otra libertad de expresión; para reunirse en asamblea pacífica; y eran a menudo privados de su derecho al culto según su propia conciencia. Todos estas son las señales de la esclavitud, no de la libertad de empleo bajo contrato.³¹¹

Por otro lado, indicó en el caso *Pohl*:

La esclavitud puede existir incluso sin tortura. El esclavo puede estar bien alimentado, bien vestido, e incluso acomodado, pero son aun así esclavos, que sin un proceso legal son privados de su libertad mediante la fuerza. Quizás podamos eliminar toda prueba de maltrato, las torturas, los golpes y otros actos bárbaros, pero debe admitirse que el hecho de la esclavitud (trabajo obligatorio sin compensar), aún permanece. No existe la esclavitud benevolente. La servidumbre involuntaria, incluso aunque esté atemperada por tratamientos humanizados, es esclavitud.³¹²

A primera vista puede parecer un razonamiento contrario a las exigencias de claridad conceptual que defiende este trabajo, puesto que equipara la esclavitud con la servidumbre involuntaria y el trabajo obligatorio. No obstante, se trata de una afirmación que intuye lo que más tarde se vería reflejado en otras sentencias de Tribunales internacionales,³¹³ y que se corresponde con una comprensión más matizada (y realista) del fenómeno de la esclavitud: que estos elementos, como la servidumbre y el trabajo forzoso, pueden ser indicios de un contexto más amplio de control equivalente a propiedad. Más adelante desarrollaremos esta idea.

C) Prohibición de esclavitud: norma *erga omnes e ius cogens*

Fuera del contexto de la justicia criminal, la primera referencia a la esclavitud en un Tribunal se produce por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1970, en el histórico caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*.³¹⁴ La CIJ, al decidir sobre un caso de requerimiento de protección diplomática de accionistas extranjeros, señaló lo siguiente:

Cuando un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o de nacionales extranjeros, ya sean personas físicas o jurídicas, está obligado a extenderles la protección ofrecida por la

³¹¹ Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol II, *US v Milch*, 31 de julio de 1948, 1997, p 789. Erhard Milch, controlaba la industria alemana de aviación.

³¹² Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol II, *US v Oswald Pohl and Others*, 3 de noviembre de 1947, 1977, p. 958.

³¹³ Concretamente, en los indicadores de la sentencia *Kunarac* del TPIY, párr. 542. Ver *infra*.

³¹⁴ Corte Internacional de Justicia, *Asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Bélgica v. España), 5 de febrero de 1970, *Recueil* 1970, párr. 33-34.

ley y asumir obligaciones relativas al trato que se les ha de dar. Sin embargo, estas obligaciones no son absolutas ni incondicionales.³¹⁵

La CIJ continuó diciendo:

En particular, debe hacerse una distinción entre las obligaciones de un Estado respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que se derivan de la protección diplomática para con otro Estado. Por su propia naturaleza, las primeras son competencia de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos en cuestión, se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*.

Esas obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, *incluida la protección contra la esclavitud* y la discriminación racial.³¹⁶

La esclavitud y la discriminación racial son los dos ejemplos con los que la CIJ ilustra las prácticas que se benefician de una protección *erga omnes*,³¹⁷ lo que quiere decir que cualquier Estado puede alegar la responsabilidad de otro Estado, haya sido o no específicamente lesionado por tal violación, e incluso aunque no haya ratificado los tratados internacionales que prohíben dicha conducta.³¹⁸

Junto a las obligaciones *erga omnes*, el Derecho internacional prevé la existencia de normas de *ius cogens*. Éstas normas se caracterizan por ser “normas imperativas de derecho internacional general”, reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, inderogables y que únicamente pueden modificarse por una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.³¹⁹ No existe una lista definitiva de dichas normas imperativas, pero generalmente se considera que la prohibición de la esclavitud y el comercio de esclavos son normas de *ius cogens*.³²⁰ Esto quiere decir que

³¹⁵ Ibid., párr. 33.

³¹⁶ Ibid., párr. 34.

³¹⁷ Ver Allain, J., “Decolonisation as the Source of the Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, en *Ethiopian Yearbook of International Law*, Springer, Cham, 2017, pp. 35-59. Al retomar este pronunciamiento en el borrador de 2001 sobre la Responsabilidad del Estado, la Comisión de Derecho Internacional observa que “la declaración de la Corte indica claramente que a los efectos de la responsabilidad del Estado existen ciertas obligaciones que se deben a la comunidad internacional en su conjunto”, y que, en razón de “la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección: ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session, 23 April-1 June and 2 July -10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, A/56/10, 2001*, p. 22.

³¹⁸ Esto es pertinente respecto a los Estados que no han ratificado los tratados de 1926, 1956 o el PIDCP, y que se encuentren vinculados únicamente al Derecho internacional general.

³¹⁹ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. ONU, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331.

³²⁰ Allain, J., “Slavery and Its Obligations Erga Omnes”, *The Australian Yearbook of International Law* Vol. 36, No. 1, 2019, pp. 83-124; Quispe Remón, F., “Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, 2012, pp. 143-183; Canessa Montejó, M. F., “El ius cogens laboral en el ordenamiento internacional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No 14, 2007.

ni los Estados ni sus agentes (incluido el Gobierno y el Ejército) pueden consentir el sometimiento a esclavitud de cualquier persona bajo ninguna circunstancia.³²¹

Tras realizar estas precisiones, vamos a centrar el análisis en las aportaciones jurisprudenciales sobre los conceptos.³²²

2. Tribunales Penales Internacionales

2.1 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY).

2.1.1 Caso *Kunarac, Kovac y Vukovic* (caso *Kunarac*).

En 2001, la sala de primera instancia del TPIY sentenció a Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic por los crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado entre las fuerzas serbias y musulmanas en la región de Foca.³²³ Concretamente, condenó a Kunarac y a Kovac por el crimen de sometimiento a esclavitud, contemplado como crimen contra la humanidad en el artículo 5. c) del Estatuto del TPIY.

Según los hechos probados, Kunarac había mantenido detenidas a dos jóvenes en una casa durante 6 meses aproximadamente. Durante ese periodo de tiempo, habían sido violadas constantemente, obligadas a realizar las tareas domésticas y a obedecer cualquier requerimiento de Kunarac, que las trataba como si fueran “objetos de su propiedad personal”.³²⁴ En ocasiones, Kunarac también invitaba a otros soldados para que las violaran, y debían hacer todo lo que les ordenaran los soldados.³²⁵ Aunque en algún momento tuvieran en su poder las llaves de la vivienda, ellas no tenían otra opción realista más que permanecer en la casa debido al contexto del conflicto y de ataques a civiles, hecho del que Kunarac y los soldados eran plenamente conscientes.³²⁶

Por su parte, Kovac fue acusado de mantener detenidas a otras cuatro jóvenes por un

³²¹ Ver: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Violaciones sistemáticas, esclavitud sexual y prácticas similares a la esclavitud durante un conflicto armado, Informe de Gay J. McDougall, Relatora Especial*, Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2000/21, 2000, párr. 51.

³²² Las características del Derecho penal internacional –como su limitado ámbito de aplicación y la dependencia de determinadas contingencias políticas– lastran la consecución de sus objetivos. No obstante, tampoco debe ignorarse su importancia en ciertos casos, como para extender la jurisdicción universal: Cockayne, J./Grono, N./Panaccione, K., “Introduction”, p. 257.

³²³ La ciudad y el municipio de Foca están situados en Bosnia-Herzegovina, cerca de la frontera con Serbia y Montenegro. En 1992, las fuerzas militares serbias, que incluían serbios de Bosnia y ciudadanos de ascendencia serbia de cualquier otro país. de la antigua Yugoslavia, comenzaron la ocupación de la ciudad de Foca. Tan pronto como las fuerzas serbias controlaron partes de la ciudad de Foca, la policía militar, acompañada de las fuerzas de seguridad locales y soldados no locales, comenzaron a arrestar a los musulmanes y a otros habitantes no serbios. Hasta mediados de julio 1992, las autoridades serbias continuaron redondeando y arrestando a los aldeanos musulmanes, separaron a los hombres de las mujeres y confinaron ilegalmente a miles de musulmanes y otros no serbios, incluidos intelectuales, médicos y periodistas. Las mujeres fueron sistemáticamente sometidas a abusos y a agresión sexual por los soldados que las habían capturados. Para una visión más detallada del contexto general del contexto, ver: *Kunarac* (SPI), pp. 16-31.

³²⁴ *Kunarac* (SPI), párr. 728.

³²⁵ *Ibid.*, párr. 739 y 742.

³²⁶ *Ibid.*, párr. 740 y 742.

periodo de tres a cuatro meses. Durante ese tiempo las obligó a realizar las tareas domésticas, y fueron sometidas a amenazas y violencia.³²⁷ Las jóvenes no podían abandonar el apartamento sin alguien que las acompañara. Incluso aunque aparentemente tuvieran posibilidad de huir, eran psicológicamente incapaces de escapar y conocían el riesgo de ser recapturadas.³²⁸ Además del cautiverio, Kovac las agredió sexualmente con frecuencia,³²⁹ e incluso vendió a una de ellas, lo que según el Tribunal constituye “un ataque particularmente degradante a su dignidad”.³³⁰

A) Delito de sometimiento a esclavitud

Esta sentencia marcó un antes y un después en el tratamiento jurisprudencial de la esclavitud. En su argumentación, se desarrollan fundamentalmente cuatro ideas: la primera, que la definición en vigor era la de la Convención de 1926 sobre esclavitud; la segunda, que la definición se extiende tanto a situaciones tanto *de iure* como *de facto*; la tercera, que la ausencia de resistencia por parte de las víctimas es irrelevante; y, la cuarta, que la duración de la situación de esclavitud no tenía por qué ser indefinida o prolongada.

Estatuto del TPIY no define el delito de “sometimiento a esclavitud”, por lo que la Sala de primera instancia acude al Derecho consuetudinario.³³¹ El Tribunal considera que el estatus de derecho consuetudinario de la definición de la Convención de 1926 queda demostrado:

por la aceptación casi universal de dicha Convención y el papel central que desempeña en la definición de la esclavitud. En particular, ha llegado a desempeñar un papel fundamental en los desarrollos subsiguientes del derecho internacional en esta materia. Así, la Convención suplementaria sobre la esclavitud de 1956 [...], define la esclavitud y la trata de esclavos en términos esencialmente idénticos a los que se utilizan en la Convención sobre la esclavitud.³³²

De este modo, para la Sala de primera instancia el *actus reus* en el delito de esclavitud consiste en el ejercicio sobre un individuo de los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, y el *mens rea* en el ejercicio intencionado de dichos poderes.³³³

Así, el Tribunal señala que la definición de esclavitud ha evolucionado hasta abarcar

³²⁷ Ibid., párr. 747, 749, 751, 752.

³²⁸ Ibid., párr. 750.

³²⁹ Ibid., párr. 747, 757, 758.

³³⁰ Ibid., párr. 756.

³³¹ El Tribunal acude a algunas disposiciones de Derecho internacional humanitario, como el Protocolo Adicional II de 1907 (artículo 4) y la IV Convención de Ginebra de 1949 (párr. 528-523); y al Derecho internacional de los derechos humanos, y concretamente a la DUDH, al PIDCP, el CEDH, la CADH, la Carta Africana de 1981, la CEDAW, el CDN y la Convención de 1949 (párr. 515, 518, 533-538). Ver: Van der Wilt, H., “Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol., 14, 2016, 269-283; Sellers, P.V./Kestenbaum, J. G., “Sexual Slavery and Customary International Law” en *Prosecuting the President: the Trial of Hissène Habré*, Weill, S. et al. (eds.), 2020, en prensa.

³³² Párr. 520. Confirmado en la Sala de Apelaciones, párr. 116 y 22 (en relación con dolo, que abarca el conocimiento de que se están ejerciendo los atributos del derecho de propiedad).

³³³ *Kunarac* (SPI), párr. 539-540.

no solo la esclavitud legal, sino todas aquellas situaciones en las que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad y que provocan un cierto grado de destrucción o anulación de la personalidad jurídica como consecuencia de dicho ejercicio.³³⁴ Para afirmarlo, recuerda que la norma no habla de un “derecho de propiedad sobre la persona”, sino de los “atributos del derecho de propiedad”.³³⁵ El TPIY establece unos indicadores objetivos de esclavitud (indicios de control y posesión) que se aplican al caso concreto,³³⁶ y que incluyen:

- Restricción o control de la autonomía de un individuo, de su libertad de elección o de movimiento;
- Ausencia de consentimiento o libre voluntad de la víctima, o su irrelevancia por existir, por ejemplo, amenaza, uso de fuerza u otras formas de coerción, miedo a la violencia, engaño o falsas promesas, abuso de poder, posición de vulnerabilidad de la víctima, detención o cautividad, opresión psicológica o determinadas condiciones socioeconómicas;
- Existencia de explotación, exacción de trabajos o servicios forzosos u obligatorios, a menudo sin remuneración y que suelen implicar -aunque no necesariamente- privaciones físicas, sexo, prostitución y trata de personas;
- La “adquisición” o “disposición” de alguien a cambio de una compensación monetaria o de otro tipo;
- La duración del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, aunque su importancia en un caso determinado dependerá de la existencia de otras indicaciones de esclavitud. El Tribunal aclara que detener a alguien o mantenerlo en cautiverio, sin más, por lo general no constituye esclavitud.³³⁷

Esto quiere decir que el trabajo forzoso, la servidumbre, u otras formas de explotación pueden constituir *indicios* de una situación de sometimiento a esclavitud, pero no serán suficientes por sí mismos si no se demuestra que se producen en el contexto del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. La Sala de primera instancia valoró los hechos –incluida la prestación involuntaria de servicios domésticos y los actos sexuales– de acuerdo con estos indicadores, y concluyó que reflejaban el tratamiento de las jóvenes

³³⁴ *Kunarac* (Apelación) párr. 117. Stoyanova critica la mención a la “destrucción de la personalidad jurídica” porque no lo explica y porque parece referirse a la esclavitud *de iure*. Ver: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 233 y ss.

³³⁵ *Kunarac* (Apelación), párr. 118. Implícitamente, el tribunal está rechazando una de las tesis de la Sala de primera instancia. La Sala de primera instancia había señalado que la definición de esclavitud era más amplia que las definiciones tradicionales e incluía la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata. Para afirmarlo, se basa en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (párr. 541). Al desechar esta interpretación, el TPIY está delimitando el concepto de esclavitud al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, sin incluir otras instituciones. En este mismo sentido, Van der Wilt, H., “Trafficking in human beings, enslavement, crimes against humanity: unravelling the concepts”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13, No., 2, 2014, pp. 297-334.

³³⁶ *Kunarac* (SPI), párr. 543.

³³⁷ *Ibid.*, párr. 542. El enfoque analítico y los indicadores fueron confirmados por la Sala de apelaciones, al considerar que “el hecho que un fenómeno en particular sea una forma de sometimiento a esclavitud dependerá de la existencia y ponderación de los factores o indicadores de esclavitud identificados por la sala de primera instancia” (párr. 119).

como bienes de su propiedad,³³⁸ pronunciamiento confirmado posteriormente por la Sala de apelaciones.³³⁹

Por otro lado, el Tribunal no aceptó la alegación de los apelantes de que la ausencia de resistencia o de una falta de consentimiento clara y constante durante todo el tiempo de detención se podía interpretar como una señal de consentimiento. El Tribunal aclara que el sometimiento a esclavitud se deriva únicamente del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, por lo que la falta de consentimiento no es un elemento del delito. Además, aunque el consentimiento pueda tenerse en cuenta en algunos casos, la existencia de circunstancias que impiden otorgarlo libremente es suficientes para presumir su ausencia.³⁴⁰

Por último, ante la alegación de que el crimen de esclavitud requería que las víctimas fueran esclavizadas por un tiempo indefinido o al menos prolongado, el tribunal indicó que aunque “la duración de la detención es otro factor que puede considerarse, su importancia dependerá de la existencia de otros indicios de esclavitud”.³⁴¹ Es decir, que no depende tanto de la “cantidad” sino de la “calidad” de la relación entre el agresor y la víctima, caracterizada por la presencia de todos o algunos de los indicadores mencionados.³⁴²

B) Trabajo o servicios forzosos u obligatorios y servidumbre.

Aunque en un primer momento la Sala de primera instancia parece indicar que la servidumbre y los trabajos forzosos están incluidos dentro del concepto de esclavitud,³⁴³ la Sala de apelaciones excluye esta interpretación. De este modo, es necesario ponderar si la situación servil o de trabajos forzosos³⁴⁴ constituye por sí misma un indicio suficiente para afirmar que se están ejerciendo los atributos del derecho de propiedad, o si es necesario que concurren otros indicadores (control y restricción del movimiento, etc.).³⁴⁵

De esto podemos extraer que para el TPIY existe una gradación entre los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, donde la esclavitud es la conducta más grave,

³³⁸ Ibid., parr. 742, 883, 886.

³³⁹ *Kunarac* (Apelación), párr. 119.

³⁴⁰ Ibid., párr. 120. Oosterveld apunta este elemento como un gran avance en el Derecho internacional: Oosterveld, V., “Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, 2004, pp. 605-652, especialmente 647. También: Wolfgang, S./Paterson, I., “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 1, 2007, pp. 121-140.

³⁴¹ *Kunarac* (Apelación), párr. 121.

³⁴² Ibid., párr. 119.

³⁴³ *Kunarac* (SPI), párr. 541, especialmente con la mención al Proyecto de Código de la Comisión de Derecho internacional

³⁴⁴ Para el concepto de trabajos forzosos, el Tribunal señala que la definición de trabajo forzoso en vigor es la del Convenio No. 29 de la OIT, complementado por la jurisprudencia del TEDH en el caso *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, y *Van der Mussele c. Bélgica*. Ibid., párr. 535.

³⁴⁵ *Kunarac* (SPI), párr. 542 y (Apelación), párr. 117 y 119. Esto es congruente con la Convención suplementaria de 1956, que indica que las prácticas serviles enumeradas pueden constituir servidumbre o esclavitud si se dan los elementos necesarios.

y que ésta puede englobar a las dos últimas.

2.1.2 Caso *Milorad Krnojelac*

En 2002 el TPIY juzgó al comandante Milorad Krnojelac, que se encontraba al frente del centro de detención KP Dom de la región de Foca, donde se retenían personas musulmanas y de etnia no serbia y se las sometía a múltiples abusos. Entre los crímenes que se le imputaban, estaba el de sometimiento a esclavitud en el marco de un conflicto armado (artículo 3 del Estatuto) y como crimen de lesa humanidad (artículo 5).³⁴⁶ Los hechos se pueden resumir de la siguiente forma: en el KP Dom se seguía una política deliberada de alimentar a los presos no serbios únicamente con lo necesario para sobrevivir, y permanecían encerrados en sus habitaciones la mayor parte del día. Durante este tiempo, los detenidos fueron objeto de graves abusos psicológicos durante su período de detención, y estuvieron expuestos a los sonidos de personas que eran golpeadas y torturadas.³⁴⁷

El TPIY realiza unas consideraciones sobre el concepto de esclavitud y trabajos forzados que merece la pena examinar: en primer lugar, extiende la aplicación de la jurisprudencia del artículo 5 (delito de esclavitud como delito de lesa humanidad), y la considera aplicable al contexto de la violación de las leyes o usos de la guerra,³⁴⁸ y, por otro lado, aunque se adhiere completamente a la jurisprudencia vertida *Kunarac*, en la práctica le da un peso desproporcionado a la existencia de consentimiento para determinar si hubo o no esclavitud, confundiéndola con los trabajos forzados.

Así, la Sala de primera instancia detecta correctamente el error del enfoque de la Fiscalía, que había fundamentado la acusación basándose únicamente en la prueba del trabajo forzoso,³⁴⁹ y recuerda que este es sólo un *indicador* de esclavitud,³⁵⁰ por lo que “[p]ara aceptar la alegación de que los detenidos fueron obligados a trabajar y que el trabajo realizado por los detenidos constituía una forma de esclavitud, la Fiscalía debe demostrar [...] el ejercicio de cualquiera o todos los poderes relacionados con el derecho de propiedad sobre ellos, y que él (o ellos) ejercieron esos poderes dolosamente”.³⁵¹

A pesar de esta correcta exposición de lo esencial sentencia *Kunarac*, exige que se demuestre que los detenidos se hubieran opuesto a trabajar o se les hubiera obligado a

³⁴⁶ En un principio, la Sala de primera instancia absuelve al acusado por falta de pruebas, TPIY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, (IT-97-25-T), Sala de primera instancia, Sentencia de 5 de marzo 2002, p. 229. [En adelante, *Krnojelac* (SPI)]. Las razones de la absolución se debieron a que no había quedado lo suficientemente probado que fuese trabajo forzoso o las condiciones a las que habían sido sometidos los presos (párr. 395, 386, 376, 413); o bien porque no había quedado demostrado que el acusado conociera los hechos (párr. 370, 411). No obstante, la Sala de apelaciones rechaza estos argumentos y lo condena como coautor de un delito de sometimiento a esclavitud porque era consciente de la decisión inicial de utilizar a los detenidos de KP Dom para realizar trabajos forzados.

³⁴⁷ *Krnojelac* (SPI), pp. 361 y ss.; y (Apelación), párr. 194.

³⁴⁸ *Krnojelac* (SPI), párr. 356.

³⁴⁹ *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25-T), Prosecutor’s Final Trial Brief, 13 de julio de 2001, párr. 562; *Krnojelac* (SPI), párr. 357.

³⁵⁰ Enfatizando el carácter del trabajo forzoso como indicador. *Ibid.*, párr. 359.

³⁵¹ *Ibid.*, párr. 358, citando a *Kunarac* (SPI), párr. 542.

ello.³⁵² La Sala de apelaciones critica este razonamiento por entender que las circunstancias específicas de los detenidos en la prisión KP Dom –como el clima de miedo y violencia– impedían que se pudiese consentir libremente.³⁵³ Para el Tribunal, no era suficiente con probar la convicción personal o subjetiva de los detenidos de que eran forzados a trabajar, si no que debía completarse con pruebas objetivas.³⁵⁴

De esta forma, aunque el Tribunal afirme que el trabajo forzoso es únicamente un indicador y que debe demostrarse que se han ejercido los atributos del derecho de propiedad, en la práctica no los tiene en cuenta ni los menciona en los fundamentos jurídicos. Al contrario, toda la argumentación y la carga de la prueba gira en torno al consentimiento: bien para justificar la absolucón (porque no se había demostrado adecuadamente la falta de consentimiento de los detenidos) o para justificar la condena (porque las abusivas circunstancias objetivas impedían ofrecerlo libremente).

Así, si bien la ausencia de consentimiento es un elemento fundamental del trabajo forzoso, no lo es en la esclavitud (aunque se pueda tener en cuenta).³⁵⁵ El TIPY, al centrar todo el peso decisorio en el consentimiento, oscurece lo que había aclarado en *Kunarac*: que lo relevante no es determinar si las circunstancias objetivas permiten o no otorgar válidamente el consentimiento, sino si de esas circunstancias objetivas puede afirmarse el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad.

2.2 Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, el TESL).³⁵⁶

2.2.1 Caso AFRC: Fiscal contra Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santiago Borbor Kanu (caso *Brima*)

En 2007 el TESCL fue el primer Tribunal que consideró que la práctica de los matrimonios forzosos constituía un crimen contra la humanidad. El Tribunal condenó como autores a los líderes del antiguo Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC),³⁵⁷ *Brima, Kamara y Kanu*, por delitos contra la humanidad y crímenes de guerra

³⁵² Es decir, tenía que demostrar o “se había opuesto a trabajar o [...] que una persona con autoridad le había dicho que sería castigado si no lo hacía”. Ibid., párr. 380, 385-386; *Krnjelac* (Apelación), párr. 191.

³⁵³ Ibid., párr. 193-195.

³⁵⁴ Ibid., párr. 195

³⁵⁵ *Kunarac* (Apelación), párr. 120

³⁵⁶ Este tribunal se creó como consecuencia de los abusos producidos durante la guerra civil de Sierra Leona a partir de 1996, que estalló a partir de las operaciones armadas del grupo rebelde (RUF, o “frente revolucionario unido”) en 1991, que se hizo con el control de una parte del país. Tras ello, el enfrentamiento entre los grupos rebeldes (principalmente RUF) y las fuerzas del gobierno (SLA “ejército de Sierra Leona” y CDF, “fuerzas de defensa civil) provocaron un conflicto que se extendió hasta 2002 y que provocó violaciones masivas de los derechos humanos. Para profundizar en el contexto histórico, ver: TESL, *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santiago Borbor Kanu* (SCSL-04-16-T), Sentencia de la Sala de primera instancia, 20 de junio de 2007, pp. 65-79. [En adelante, *Brima* (SPI)]. Los casos que se están resolviendo actualmente están agrupados de la siguiente manera: 1) Caso RUF: Sesay, Kallon y Gbao; 2) caso AFRC: Brima, Kamara y Kanu; 3) Caso CDF: Norman, Fofana y Kondewa y 4) Charles Taylor. Vid.: <http://www.rscsl.org/>

³⁵⁷ Este Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas había sido formado por un grupo de oficiales descontentos del Ejército de Sierra Leona (SLA), que aliados con las RUF, protagonizaron en 1997 un

por actos de terrorismo, castigos colectivos, exterminación, asesinato, violaciones, ultrajes contra la dignidad, violencia física, reclutamiento de niños menores de 15 años para pertenecer a grupos armados o para participar activamente en las hostilidades, sometimiento a esclavitud y pillaje.³⁵⁸

A) Sometimiento a esclavitud y trabajos forzosos.

Los tres acusados habían ordenado a las tropas que secuestraran a civiles para llamar la atención internacional. Inmediatamente después, los militares comenzaron a entrar en las casas y a llevarse especialmente a mujeres jóvenes, asegurándose de que no pudieran escapar. Las mujeres y las chicas jóvenes eran tratadas como botín de guerra y violadas repetidamente,³⁵⁹ los niños eran forzados a seguir un entrenamiento militar,³⁶⁰ y los civiles eran obligados a realizar trabajos forzosos.³⁶¹ Estas prácticas se realizaron de forma generalizada y sistemática en los diferentes distritos y pueblos,³⁶² como un patrón que se seguía en todas las operaciones.³⁶³

El TESL determina que estos hechos constituyen un delito de sometimiento a esclavitud siguiendo la jurisprudencia del TPIY en *Kunarac*, aplicando la definición de la Convención de 1926,³⁶⁴ y ponderando la existencia de indicadores de control y propiedad en los hechos que apunten a la existencia de una situación de esclavitud.³⁶⁵

B) Matrimonios forzosos y esclavitud sexual.

La cuestión de los matrimonios forzosos durante el conflicto de Sierra Leona requiere un examen detallado, porque es un ejemplo muy claro de cómo ciertos prejuicios o ideas preconcebidas pueden enturbiar la comprensión de la verdadera naturaleza de una institución, aunque se le llame “matrimonio”. En general, en el marco del conflicto de Sierra Leona, las mujeres jóvenes fueron el blanco de todos los grupos armados y sufrieron una multitud de vulneraciones de derechos como torturas, violaciones, embarazos y matrimonios forzosos.³⁶⁶ La violencia y el secuestro situaba a las víctimas raptadas bajo el control

golpe de estado y se autoproclamó como el nuevo gobierno de Sierra Leona. Ver: *Brima* (SPI), especialmente pp. 67 y ss.

³⁵⁸ Ibid., p. 23.

³⁵⁹ Ibid., párr. 1820-1834.

³⁶⁰ Ibid., párr. 2090-2095.

³⁶¹ Ibid., párr. 1973.

³⁶² Ibid., párr. 1973-1976.

³⁶³ Ibid., párr. 1832. En palabras del tribunal: “los miembros del grupo AFRC exhibieron una depravada indiferencia hacia la vida humana cuando secuestraban y esclavizaban a civiles”

³⁶⁴ Ibid., párr. 742-746.

³⁶⁵ Ibid., párr. 745. En este sentido, indica que el trabajo forzoso se define como “cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar”, y constituye uno de estos indicadores (párr. 742).

³⁶⁶ Se estima que el 72% de las mujeres y chicas de Sierra Leona experimentaron abusos de derechos humanos durante el conflicto, y que el 50% de ellos implicaron violencia sexual. Ver: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, Mission to Sierra Leone*, UN Doc E/CN.4/2002/83/Add.2, 11 de febrero de 2002, p. 15. Ver: Mibenge, C. S., *Sex and International Tribunals: The Erasure of Gender from the War Narrative*, University of Pennsylvania Press, 2013, pp. 88 y ss.

absoluto de los agresores, y eran utilizadas como espías o portadoras de bienes saqueados o de contrabando. La utilización del término “*bush wife*” (“esposa de la selva” o “*rebel wife*”) por el agresor era deliberada y estratégica, puesto que demostraba el control del rebelde sobre la mujer, que le pertenecía y que no podía ser tocada por otro. En caso de que transgrediera esta exclusividad era severamente castigada. De las “esposas” se esperaba que realizaran los trabajos domésticos y que acompañasen y atendiesen las demandas sexuales de sus “maridos” cuando éstos lo requirieran, bajo la amenaza de una pena que podía llegar a la muerte. Esta situación duraba hasta que el “marido” decidiera terminarla.³⁶⁷

Aunque el TESL no dudó en condenar a los acusados por este delito, ni la Fiscalía ni la Sala de primera instancia o la Sala de apelaciones fueron unánimes a la hora de ubicarlo en el Estatuto. La principal duda era si los matrimonios forzosos tenían la entidad suficiente como para constituir un delito *independiente* que encajase en la categoría de “otros actos inhumanos”, o si debían *subsumirse* en otro delito, como el de esclavitud sexual.³⁶⁸ La Sala de primera instancia los subsumió inicialmente dentro del crimen de esclavitud sexual,³⁶⁹ porque consideró que no tenían la suficiente gravedad como para constituir un crimen aparte señalando, acertadamente, que “las pruebas demuestran que la relación de los agresores con sus “esposas” era una relación de propiedad e implicaba el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, incluido el control de la sexualidad de la víctima, sus movimientos y su trabajo”.³⁷⁰

No obstante, la Sala de apelaciones rechazó esta interpretación y encuadró los matrimonios forzosos dentro del delito de “otros actos inhumanos”.³⁷¹ La principal razón era que esclavitud sexual y el matrimonio forzoso no eran figuras equiparables porque este último no es un delito predominantemente sexual, sino que tiene otras características: (i) la asociación conyugal generaba un gran sufrimiento y serios daños físicos y mentales para la víctima; y (ii) conllevaba una relación de exclusividad cuya ruptura podía acarrear

³⁶⁷ Sobre una caracterización general, ver: *Brima* (SPI), párr. 1122, 1138, 1139, 1141, 1161; Human Rights Watch, “Will Kill You if You Cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict”, Vol. 5, No. 1, 2003, <http://www.hrw.org/en/reports/2003/01/16/well-kill-you-if-you-cry> [último acceso: 18/01/2020]; Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, *Witness to Truth*, pp. 85-139, 163; Marks, Z., “Sexual violence in Sierra Leone’s civil war: ‘Virgination’, rape, and marriage”, *African Affairs*, Vol. 113 No. 450, 2014, pp 67 y ss; Slater, R., “Gender Violence or Violence against Women - The Treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2, 2012, pp. 732-773, especialmente 737 y ss.

³⁶⁸ Ver discusión en Guilbert, N./Blummenstock, T., “The First Judgement of the Special Court of Sierra Leone: A Missed Opportunity?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007, pp. 376-380.

³⁶⁹ Inicialmente, el Fiscal los subsumió en el delito de “esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual” (artículo 2. g) del Estatuto), que fue rechazado por la Sala de Primera Instancia por considerar que había un “vicio de duplicidad”, que dificultaba que las personas acusadas supieran de cuál de los dos crímenes (si esclavitud sexual o violencia sexual) debían defenderse”. *Brima* (SPI), párr. 696. Posteriormente, la Fiscalía lo incluyó dentro de “otros actos inhumanos” (párr. 697-707), pero también fue rechazado por el tribunal porque tendría que demostrarse el elemento no sexual del crimen para distinguirlo del delito de “esclavitud sexual”, y que ambos no tuvieran el mismo contenido (párr. 704). Finalmente propuso las figuras esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual.

³⁷⁰ *Ibid.*, párr. 711.

³⁷¹ *Ibid.*, párr. 198.

consecuencias disciplinarias.³⁷² Por la naturaleza inclusiva del delito de “otros actos inhumanos”, que abarcan un amplio abanico de actos violentos,³⁷³ concluyó que los actos descritos como matrimonio forzoso encajaban ahí.³⁷⁴

Esta farragosa argumentación ha sido criticada por la doctrina por el peligro de que la indeterminación del concepto de “otros actos inhumanos” no se adecúe al principio *nullum crime sine lege*,³⁷⁵ y porque obvia un aspecto muy importante: que se están ejerciendo los atributos del derecho de propiedad,³⁷⁶ con independencia de cómo se le llame a esa relación. Vamos a ilustrarlo con un ejemplo: imaginemos que, en lugar de una mujer o una niña, el oficial rebelde heterosexual secuestra un niño de 12 años y lo obliga a “llevar las posesiones del rebelde de cuando se mudaban de un sitio a otro, cocinar para él y lavar su ropa”.³⁷⁷

¿Cuál es la diferencia con los matrimonios forzosos descritos? ¿La exigencia de relaciones sexuales no consentidas? ¿El etiquetamiento de esa relación como “matrimonio”? Si afirmásemos que las relaciones sexuales no consentidas son el elemento definitorio del matrimonio forzoso, entonces éste sería equivalente a la violación. Tampoco puede ser la intención de asumir un estatus marital o cuasi marital, puesto que en los matrimonios forzosos tampoco existía ni el objetivo era el de “establecimiento de las obligaciones mutuas inherentes en una relación mujer-esposo”.³⁷⁸

Con esto se pretende resaltar la forma en que ciertos prejuicios o ideas preconcebidas pueden afectar negativamente al análisis de la naturaleza de una relación. En este caso, aunque los oficiales rebeldes los denominaran “matrimonios”, eso no borraba la esencia de la relación, que consistía en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad.³⁷⁹

³⁷² *Brima* (Apelación), párr. 190-195, 198.

³⁷³ *Ibid.* párr. 183, 197-202.

³⁷⁴ *Ibid.*, párr. 201.

³⁷⁵ Goodfellow, A., “The Miscategorization of ‘Forced Marriage’ as a Crime against Humanity by the Special Court for Sierra Leone”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 838 y ss. Wharton también expresa ese temor, aunque considera necesaria la apertura del concepto: Wharton, S., “The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting ‘New’ Crimes before the Special Court of Sierra Leone”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, 230-233; Scharf, M.P./Mattler, S., “Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity”, *Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper*, 05-35, 2005, p. 6.

³⁷⁶ Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 472-474.

³⁷⁷ *Brima* (SPI), párr. 711.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina con cierta frecuencia: Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, p. 473; Sellers, P. V., “Wartime Female Slavery: Enslavement”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 2011, pp. 128 y ss., 143; Oosterveld, V., “The Special Court for Sierra Leone, Child Soldiers, and Forced Marriage: Providing Clarity or Confusion?”, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 45, 2007, pp. 155 y ss.; Goodfellow, A., “The Miscategorization of ‘Forced Marriage’ as a Crime against Humanity by the Special Court for Sierra Leone”, p. 866-867; Oosterveld, V., “Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 157-158; Toy-Cronin, B. A., “What is Forced Marriage? Towards a Definition of Forced Marriage as a Crime against Humanity”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 19, No. 2, 2010, p. 581; Sellers, P. V., “Wartime Female Slavery: Enslavement?”, p. 138; Belair, K., “Unearthing the Customary Law Foundations of

2.2.2 Caso RUF: Fiscal contra Issa Hasan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (caso *Sesay*).

En este caso, la Sala de Primera Instancia procesó y condenó a los miembros ex dirigentes del Frente Unido Revolucionario (RUF), *Sesay*, *Kallon* y *Gbao*, como autores de distintos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Entre otros crímenes, fueron condenados delitos de esclavitud sexual, matrimonios forzados y sometimiento a esclavitud.³⁸⁰

A) Sometimiento a esclavitud y esclavitud sexual

Según los hechos probados, cientos de civiles fueron esclavizados y forzados a la extracción de diamantes, cultivo, traslado de cargas, entrenamiento para la guerra y, en general, servir para apoyar los esfuerzos del RUF en la guerra.³⁸¹ Los civiles eran capturados en las aldeas de los alrededores, y eran llevados a las minas atados con cuerdas o cadenas. Aquellos que trataban de escapar eran desnudados y permanecían así para que no pudieran quedarse con ningún diamante, o bien eran apaleados y asesinados.³⁸²

La Sala de primera instancia y, más adelante, la Sala de apelaciones³⁸³ reproducen la jurisprudencia del TPIY en *Kunarac*, ponderando en qué medida están presentes los indicios de una situación de sometimiento a esclavitud y si de éstos puede deducirse que se estén ejerciendo los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.³⁸⁴

Cuando la esclavitud tenía carácter sexual, la Sala de primera instancia prefirió castigarlo de forma separada al delito genérico de esclavitud (aunque aplicaba los indicadores de *Kunarac*,³⁸⁵ porque consideró que “los delitos específicos están concebidos para llamar la atención sobre los delitos graves que se han cometido, a menudo con impunidad, como táctica de guerra para humillar, dominar e infundir miedo a las víctimas, sus familias y sus comunidades durante los conflictos armados”.³⁸⁶

'Forced Marriages' During Sierra Leone's Civil War: The Possible Impact of International Criminal Law on Customary Marriage and Women's Rights in Post-Conflict Sierra Leone”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 15, pp. 573-576; Gong-Gershowitz, J., “Forced Marriage: A ‘New’ Crime Against Humanity?”, *Northwestern journal of International Human Rights*, Vol. 8, No. 1, 2009, p. 73.

³⁸⁰ Los miembros del grupo rebelde “Frente Revolucionario Unido” (RUF, por sus siglas en inglés), grupo creado en 1980 con el objetivo de derrocar al gobierno sierraleonés, inició las operaciones armadas en marzo de 1991. A partir de entonces, tomaron distintos distritos hasta que en 1995 estaba al frente de la mayor parte de Sierra Leona. Tras unas elecciones democráticas y los acuerdos de paz con el RUF, cesaron las hostilidades. No obstante, poco después volvió a abrirse el fuego y a partir de 1997 se reanudó el conflicto. Durante todo este periodo de tiempo hasta el cese del conflicto en 2002 tras el Acuerdo de Paz de Lomé, se cometieron graves violaciones de derechos humanos. Brima (SPI), pp. 65-79.

³⁸¹ TESL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao* (SCSL-04-15-T), Sentencia de primera instancia de 8 de abril de 2009, párr. 159 [en adelante, *Sesay* (SPI)].

³⁸² *Ibid.*, párr. 160.

³⁸³ *Sesay* (Apelaciones), párr. 94.

³⁸⁴ Ver especialmente *Sesay* (SPI), párr. 1120-1121, confirmado en el párr. 94 de las apelaciones.

³⁸⁵ *Sesay* (SPI), párr. 155, 160-163; párr. 733-734 de apelaciones.

³⁸⁶ *Sesay* (SPI), párr. 156.

B) Matrimonios forzosos

Al igual que en el caso *Brima*, calificó los matrimonios forzosos como un crimen autónomo de “otros actos inhumanos”. Esto hizo que se centrara en comprobar si los elementos de los matrimonios forzosos encajaban en la definición de “otros actos inhumanos”, aunque reconoció que en algunos casos podía tratarse de esclavitud sexual.³⁸⁷ El Tribunal se centró en las relaciones conyugales forzadas de las víctimas con los soldados del RUF.³⁸⁸

2.2.3 Caso Taylor: Fiscal contra Charles Taylor.³⁸⁹

En 2012, el antiguo presidente de Liberia *Charles Taylor* fue condenado por el TESL como autor de delitos contra la humanidad y crímenes de guerra: entre otros, por esclavitud sexual y sometimiento a esclavitud.

A) Sometimiento a esclavitud y esclavitud sexual

El TESL reitera la jurisprudencia consolidada del TPIY que había enunciado en las sentencias del caso *Brima* (AFRC) y *Sesay* (RUF), por lo que a ellas nos remitimos.³⁹⁰

B) Matrimonios forzosos

La cuestión de dónde encuadrar los matrimonios forzosos volvió a ser objeto de examen en esta sentencia.³⁹¹ El TESL modifica la interpretación que venía manteniendo en los casos *Brima* y *Sesay*, se opone a la consideración de los matrimonios forzosos como “otros actos inhumanos” y sustituye el término “matrimonio forzoso” por “esclavitud conyugal”, por entender que en la práctica el estatus de “esposa rebelde” no generaba ninguna obligación propia del matrimonio, sino únicamente esclavitud sexual, embarazos forzosos y trabajos forzados domésticos.³⁹²

Lo que ocurrió con las niñas y mujeres secuestradas en Sierra Leona no era un matrimonio en el sentido de relación consensuada [...], sino que debería ser considerada una forma conyugal de esclavitud. [...] Constituye una forma de esclavitud en la medida en que el autor ejerció las facultades del derecho de propiedad sobre sus "esposas rebeldes" y les impuso una privación de libertad, haciendo que estuvieran obligadas a involucrarse en actos sexuales y

³⁸⁷ Ibid., párr. 1464 y ss. Sobre las críticas a esta jurisprudencia, nos remitimos a lo expresado en relación con el caso *Brima*.

³⁸⁸ Ibid., párr. 1293, 1295.

³⁸⁹ En el marco del conflicto, el RUF se formó y entrenó en Liberia a partir de 1990, de forma que el presidente Taylor era considerado el “padre” o “padrino de las RUF, en el sentido de que creó las RUF como unas fuerzas armadas viables, mantenidas en un ambiente seguro de entrenamiento, instrucción y nuevos reclutamientos. Taylor participó activamente en el conflicto de Sierra Leona, desde una posición de control. TESL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor* (SCSL-03-01-T), Sala de primera instancia, 18 de mayo de 2012, párr. 24 y ss. [en adelante: *Taylor* (SPI)]

³⁹⁰ Sobre esclavitud, ver: *Taylor* (SPI), párr. 445-450; sobre esclavitud sexual, párr. 418-421

³⁹¹ Ibid., párr. 422-430

³⁹² Ibid., párr. 418 y ss.

de otro tipo.³⁹³

Según el Tribunal, estas relaciones “conyugales” que implicaban actos sexuales y de naturaleza no sexual, encajan dentro de la definición de “sometimiento a esclavitud” como crimen de lesa humanidad (artículo 2. c) del Estatuto),³⁹⁴ incluso aunque en la práctica tuvieran algunas características propias, como la relación entre la víctima y el agresor.

De esta manera, finalmente se arroja luz sobre la verdadera naturaleza de la relación de los matrimonios forzados en el conflicto de Sierra Leona, subrayando que la denominación de “matrimonio” y “esposa” por parte de una de las partes no transforma la naturaleza de la relación, que es de control absoluto, donde se dispone de su trabajo y de su cuerpo sin ninguna restricción y sin que la víctima pueda romper unilateralmente esa relación de sometimiento.³⁹⁵

2.3 Tribunal Penal Internacional para Camboya: caso *Kaing Guek Eav alias ‘Duch’* (caso *Duch*)³⁹⁶

El Tribunal Penal para Camboya se ocupa actualmente de juzgar los crímenes cometidos durante el periodo de Kampuchea Democrática durante el régimen de los Jemeres Rojos en Camboya. En la primera sentencia de 2012, Kaing Guek Eav, alias ‘Duch’ fue condenado, entre otros delitos, por el de sometimiento a esclavitud. Duch había sido el máximo comandante de la unidad militar conocida como S21 o San-tebal, que era la unidad de servicios de seguridad de los Jemeres Rojos. En los hechos probados se refleja que los detenidos del centro S21 eran sometidos a trabajos forzados y que “se ejerció un control estricto sobre todos los aspectos de sus vidas: limitando sus movimientos y su ámbito físico; tomando medidas para prevenir e impedir su huida; y sometiéndolos a tratamientos denigrantes y abusos. Como resultado de dichos actos, los detenidos se vieron privados de su voluntad”.³⁹⁷

El Tribunal reitera la consolidada jurisprudencia sobre la esclavitud,³⁹⁸ recurriendo a

³⁹³ Ibid., párr. 427

³⁹⁴ Ibid., párr. 158- 159.

³⁹⁵ Ver: Slater, R., “Gender Violence or Violence against Women - The Treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone”, pp. 741 y ss.; Oosterveld, V., “Gender and the Charles Taylor Case at the Special Court for Sierra Leone”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 19, No. 7, 2012, pp. 32-33; O'Brien, M., “Don't kill them, let's choose them as wives': the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law” *The International Journal of Human Rights*, 2015, pp. 9-11.

³⁹⁶ En el contexto del conflicto entre Vietnam y Camboya, el partido político de los Jemeres Rojos se hizo con el poder y en 1975 comenzaron a gobernar la llamada Kampuchea Democrática hasta 1979. Bajo la dirección de Pol Pot, el régimen se propuso la creación de un modelo socialista agrario sobre los ideales del maoísmo y el estalinismo. Su política se caracterizó por la ruralización forzada de los habitantes de los núcleos urbanos, torturas, ejecuciones masivas, trabajos forzados generalizados y malnutrición, costando la vida de aproximadamente un cuarto de la población del país. Kaing Guek Eav (alias ‘Duch’) fue el máximo comandante de la unidad militar conocida como S-21 o Santebal, que era la unidad de servicios de seguridad de los jemeres rojos. Salas Extraordinarias de la Corte de Camboya, Prosecutor v. Duch (No. 001/18-07-2007/ECCC/SC), Sala de primera instancia, sentencia de 3 de febrero de 2012, pp. 20 y ss. [en adelante, *Duch* (SPI)].

³⁹⁷ Ibid., párr. 225-233.

³⁹⁸ Ibid., párr. 342-346.

la definición de la Convención de 1926³⁹⁹ y a los indicadores del TPIY establecidos en *Kunarac*, entre los que se incluyen los actos de trabajo forzoso.⁴⁰⁰ No obstante, y al igual que el TPIY en *Krnjelac*, la Sala de primera instancia –tal y como indica la Sala de apelaciones– confunde el trabajo forzoso con la esclavitud porque, en la práctica, lo requería como elemento esencial del delito de sometimiento a esclavitud.⁴⁰¹ Esta es la razón por la que sólo considera culpable al acusado respecto de los que eran obligados a trabajar y no de todos los detenidos de la S21. De esta forma, expone la sala de apelaciones, o la definición que está exponiendo la Sala de primera instancia es errónea, o está cometiendo un error al declarar al acusado culpable de esclavitud sólo respecto de algunos de los detenidos y no de todos.⁴⁰²

Este razonamiento es bienvenido, pero a continuación la Sala de apelaciones aporta un nuevo matiz que vuelve a enturbiar las aguas: la idea de que el sometimiento a esclavitud requiere que se busque alguna *ganancia* mediante el ejercicio de los poderes de propiedad y control, ganancia que no tiene que ser económica, pero que está implícita en la definición.⁴⁰³ Para el Tribunal, el significado del “ejercicio de los atributos del derecho de propiedad” debe evaluarse teniendo en cuenta el Derecho civil y la Economía, y que “no hay esclavitud cuando el control tiene un objetivo que no sea permitir el ejercicio de las competencias inherentes a la propiedad”, puesto que debe de probarse la intención de reducir a la víctima a la condición de mercancía.⁴⁰⁴

Por esta razón, concluye que los detenidos de la S21 no fueron sometidos a trabajos forzosos porque “incluso aunque hubieran sido encerrados, encadenados durante la noche, degradados y tratados de forma cruel”,⁴⁰⁵ porque el objetivo la “reforma y reeducación a los combatientes”.⁴⁰⁶

La argumentación de la Sala de apelaciones plantea dos problemas: por un lado, el hecho de añadir un elemento subjetivo a la definición de esclavitud de la Convención de 1926 (la búsqueda de una ganancia), que podría ser contrario a las exigencias del principio de legalidad. Y, por otro, con este planteamiento parece que se están delimitando excepciones o casos en los que estaría *justificado* el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. En otras palabras, que cuando existan por parte de los agresores objetivos distintos a la obtención de una ganancia, como “la reforma o reeducación de combatientes” (con independencia de la idoneidad de las condiciones para alcanzar esos objetivos), aunque se den las circunstancias objetivas enunciadas por el TPIY en *Kunarac*, no podríamos hablar de un delito de sometimiento a esclavitud.

³⁹⁹ Ibid., párr. 342.

⁴⁰⁰ Ibid., párr. 344.

⁴⁰¹ Duch (Apelación), párr. 117, 202-209, 122.

⁴⁰² Ibid., párr. 123.

⁴⁰³ Para ello, la Sala analiza el concepto de esclavitud, en concreto qué significa el “ejercicio de los atributos del derecho de propiedad”. Ver: *ibid.*, párr. 124-162, especialmente 155.

⁴⁰⁴ Ibid., párr. 155.

⁴⁰⁵ Duch (SPI), párr. 227, 229-230.

⁴⁰⁶ Ibid., párr. 226

Esto es contrario a la naturaleza de la prohibición de la esclavitud, que no está sujeta a derogación y que no depende del objetivo perseguido. Al igual que ocurría con los matrimonios forzados, el etiquetamiento o la calificación de la conducta por parte de los agresores no altera la naturaleza de la relación: una relación de control absoluto y dominación.

3. Tribunales Internacionales de Derechos Humanos

3.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

A continuación, se analizan las 41 sentencias enumeradas en la *Guía sobre el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* del Consejo de Europa,⁴⁰⁷ de las cuales se describen en profundidad y en orden cronológico las más relevantes (10): bien porque establecen un nuevo criterio o porque modifican sustancialmente un criterio anteriormente fijado. Cuando una sentencia establezca una argumentación que se reproduce casi en su totalidad en otras (sentencia matriz), esas sentencias se agrupan en el mismo apartado y no se describen por orden cronológico.⁴⁰⁸

3.1.1 Caso *W., X., Y. y Z. c. Reino Unido* (1968).⁴⁰⁹

Este caso versa sobre tres menores que entraron a formar parte de las fuerzas armadas de Reino Unido, con la autorización de sus padres, por un periodo de nueve años a contar desde que alcanzaran la mayoría de edad. Antes de que transcurriera dicho periodo, solicitaron la baja del servicio que no fue concedida por las autoridades gubernamentales británicas por no encajar en alguna de las circunstancias tasadas en las que se permitía la baja.⁴¹⁰ Ante esto, alegaron que Reino Unido conculcaba su obligación de no someter a trabajos forzados (artículo 4.2 CEDH).

En esta sentencia, la Comisión examina el alcance de la prohibición de trabajos forzados y, especialmente, las excepciones del apartado 3 del artículo 4 entre las que se encuentra el servicio militar obligatorio en el apartado b).⁴¹¹

A) Trabajos forzados

Del razonamiento de la Comisión pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes: en primer lugar, ante la alegación de que las excepciones del artículo 4.3 CEDH excluyen, *ratione materiae*, la competencia de la Comisión sobre cualquier aspecto que

⁴⁰⁷ Consejo de Europa, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights*, 2018: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf [ultimo acceso: 18/01/2020].

⁴⁰⁸ Esto ocurre en los grupos de casos encabezados por *W, X, Y y Z c. Reino Unido*, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, *Van der Musselle c. Bélgica*, *Sokur c. Ucrania* y *Rantsev c. Rusia y Chipre*.

⁴⁰⁹ Decisión de la Comisión, *W, X, Y y Z c. Reino Unido*, No. 3435-38/67, 19 de junio de 1968.

⁴¹⁰ Según la exposición de hechos, esto se debe a que una persona que se ha alistado a las fuerzas armadas no tiene derecho a obtener su baja antes de la expiración del plazo de tiempo especificado en el contrato, salvo ciertas circunstancias tasadas.

⁴¹¹ “todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio”.

tenga que ver con las mismas, la Comisión determina que su competencia no se excluye *a priori*, sino que puede pronunciarse sobre el *alcance* de estas cláusulas de excepción. Es decir, aunque se trate de un caso que pueda enmarcarse en las excepciones a) a d) del artículo 4.3, puede constituir trabajos forzosos si se rebasan ciertos límites –que no determina cuáles son–. En segundo lugar, establece que el trabajo militar realizado de manera voluntaria también está incluido en el ámbito de la excepción b) del artículo 4.3, y no sólo el servicio militar obligatorio y los trabajos sustitutorios.⁴¹² La razón es que el tenor literal del artículo se refiere a “*todo* servicio de carácter militar”, a diferencia del Convenio No. 29 de la OIT que se refiere a “cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar *obligatorio*” [artículo 2. 2. a)].⁴¹³ Los distintos planteamientos del Convenio No. 29 y el CEDH le permiten afirmar que “al omitir la palabra ‘obligatorio’, se pretendía cubrir también la obligación de continuar un servicio contratado de forma voluntaria”.⁴¹⁴

Recientemente, en *Chitos c. Grecia* (2015)⁴¹⁵ y en *Lazaridis c. Grecia* (2016)⁴¹⁶ el TEDH ha modificado esta jurisprudencia y ha establecido que la limitación del apartado b) no incluye el alistamiento voluntario.

B) Servidumbre

Los demandantes también habían alegado que su servicio constituía una forma de servidumbre del apartado 1 del artículo 4. Ante esto, Reino Unido sostuvo que las excepciones al trabajo forzoso también eran aplicables a la servidumbre y a la esclavitud. La Comisión rechaza esta interpretación e indica que las excepciones se aplican exclusivamente a los trabajos forzosos, y que aunque a veces se solapan con la servidumbre, se trata de figuras distintas que no deben tratarse como equivalentes.⁴¹⁷ La Comisión determina que no existía una situación de servidumbre porque “el deber de un soldado [...] de observar los términos de su compromiso y la consiguiente restricción de su libertad y de sus derechos personales no equivale a un menoscabo de derechos que alcance el grado de esclavitud o servidumbre”, y porque “la edad a la que los demandantes accedieron al servicio no puede atribuir por sí misma el carácter ‘servil’ a las condiciones normales de

⁴¹² *Ibid.*, p. 235.

⁴¹³ También a la prestación civil sustitutoria, ver: Decisión de la Comisión, Asunto *Johansen c. Noruega*, No. 10600/83, 14 de octubre 1985.

⁴¹⁴ *W, X, Y y Z*, pp. 234-235.

⁴¹⁵ STEDH (Sección 1ª), Asunto *Chitos v. Grecia*, No. 51637/12, 4 de junio de 2015, párr. 83-89. Chitos era un médico formado por haber firmado un contrato con las Fuerzas Armadas que le obligaba a permanecer vinculado un tiempo. Cuando quiso rescindir el contrato antes de que transcurriera, el Estado griego le informó que el periodo de permanencia era de 9 años más. En caso contrario, tendría que pagar una suma de dinero de más de 100.000 euros. El demandante alega que esta obligación equivale a trabajo forzoso.

⁴¹⁶ Decisión del TEDH (Sección 1ª), *Lazaridis c. Grecia*, No. 61838/14, 12 de enero de 2016, párr. 20-23.

⁴¹⁷ *W, X, Y y Z*, p. 236. Esto lo indica para excluir la alegación de Reino Unido de que las excepciones al trabajo forzoso se aplicaban también a la esclavitud y a la servidumbre. La Comisión indica expresamente “la cláusula que excluye expresamente el servicio militar del ámbito de aplicación del término ‘trabajo forzoso u obligatorio’ no excluye necesariamente dicho servicio de un examen a la luz de la prohibición de la esclavitud o la servidumbre”.

un soldado”.⁴¹⁸

3.1.2 Caso *Van Droogenbroeck c. Bélgica* (1982).⁴¹⁹

El ciudadano belga Van Droogenbroeck fue condenado a dos años de prisión y puesto a disposición del Gobierno durante diez más por reincidencia, en aplicación de una Ley de Protección Social de 1964. Tras cumplir la condena principal, continuó en régimen de semi-custodia, asistiendo a cursos intensivos de formación profesional. Con motivo del abandono de estas actividades y su reincidencia, la Junta de Reincidencia tomó la decisión de que Van Droogenbroeck debía completar un periodo de trabajos hasta ahorrar 12.000 francos belgas.⁴²⁰

Van Droogenbroeck alega que el Estado belga ha vulnerado el artículo 4 CEDH porque, al ser sometido a “los caprichos de la Administración”, se trataba de una servidumbre contraria al artículo 4.1 y porque había sido “forzado” a trabajar para ahorrar 12.000 francos belgas.⁴²¹

A) Servidumbre

El TEDH señala que la situación no es contraria al artículo 5.1 del CEDH (derecho no ser privado de libertad arbitrariamente), por lo que únicamente constituirá servidumbre si se trata de una “forma particularmente grave de negación de la libertad”,⁴²² situación que no considera que se dé en el presente caso. De esta forma, el Tribunal está avanzando el primer elemento normativo de la prohibición de sometimiento a servidumbre que desarrollará posteriormente en *Siliadin*.⁴²³

B) Trabajos forzados

En cuanto a la alegación sobre el trabajo forzoso, el TEDH determina que los hechos encajan en el apartado a) del artículo 4.3 (trabajo exigido a una persona privada de libertad). Esto no le impide examinar el alcance de la “autorización”, para lo que utiliza el criterio del “límite ordinario”, y determina que el trabajo exigido a Van Droogenbroeck “no fue más allá de lo que es ‘ordinario’ en este contexto, ya que se calculó para ayudarle a reintegrarse en la sociedad y tenía como base disposiciones que encuentran un equivalente en otros Estados miembros del Consejo de Europa”.⁴²⁴

Esta sentencia sienta las claves de la interpretación del TEDH sobre al trabajo forzoso

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ STEDH (Plenario), Asunto *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, Series A No. 50, 24 de junio de 1982.

⁴²⁰ Ibid., párr. 9-18

⁴²¹ Ibid., párr.58.59. De acuerdo con el gobierno, él fue simplemente invitado a trabajar.

⁴²² Ibid., párr. 58.

⁴²³ Ver: STEDH (Segunda Sección), Asunto *Siliadin c. Francia*, No. 73316/01, 26 de octubre 2005, párr. 123. Ver también: Mantouvalu, V., “Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers”, *Industrial Law Journal*, Vol. 35, No. 4, 2006, pp. 408 y ss.

⁴²⁴ *Van Droogenbroeck*, párr. 59.

específicamente exigido a los prisioneros durante la detención,⁴²⁵ que profundiza posteriormente en sentencias como *Floroiu c. Rumanía*,⁴²⁶ *Zhelyakov c. Bugaria*⁴²⁷ o *Meier c. Suiza*⁴²⁸: es necesario realizar un juicio de proporcionalidad donde se evalúe que el trabajo impuesto “no sea demasiado oneroso”,⁴²⁹ atendiendo a la finalidad de la labor impuesta, su naturaleza, su alcance y la forma en que ha de llevarse a cabo.⁴³⁰

Por tanto, en la balanza deberán situarse todas las condiciones concurrentes que sean beneficiosas para el reo, como si se realiza para ayudarlo a reintegrarse en la sociedad⁴³¹ o si recibe otro tipo de remuneración como la reducción de la pena,⁴³² teniendo en cuenta que las condiciones no sean desproporcionadas ni se ejecuten de forma degradante.⁴³³ Por otro lado, atendiendo a la falta de consenso entre los Estados del Consejo de Europa,⁴³⁴ ha matizado que los trabajos realizados después de la edad de jubilación, la no afiliación a la seguridad social o la no remuneración de los presos⁴³⁵ no convierten el trabajo exigido en trabajos forzados.⁴³⁶

3.1.3 Caso *Van der Mussele c. Bélgica* (1983).⁴³⁷

Van der Mussele alegó ante el Tribunal de Estrasburgo que la legislación que le obligaba a actuar como abogado de oficio sin remuneración o reembolso –como parte de un programa obligatorio de pasantías– era contraria al derecho a no ser sometido a trabajo forzoso y obligatorio.⁴³⁸ El TEDH abordó el argumento del Estado demandado de que el

⁴²⁵ Anteriormente, en el Asunto *De Wilde, Ooms y Versyp* también se había pronunciado sobre los trabajos forzados en este contexto, de manera más superficial. De Wilde es un ciudadano belga que, en aplicación de una norma de 1891 dirigida a “vagos y mendigos”, fue condenado penalmente y enviado a un centro de rehabilitación fue obligado a realizar trabajos en prisión: STEDH (Plenario), *Asunto De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, Series A No. 12, 18 de junio de 1971, párr. 15-22). Ver también: Moerman, J., “A Critical Analysis of the Prohibition of Slavery and Forced Labour under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3, No. 1-2, 2010, pp. 86-114.

⁴²⁶ Decisión de la Comisión (3ª Sección), *Floroiu c. Rumanía*, No. 15303/10, 12 de marzo de 2013.

⁴²⁷ STEDH (4ª Sección), Asunto *Zhelyakov c. Bulgaria*, No. 11332/04, 9 de octubre de 2012.

⁴²⁸ STEDH (3ª Sección), Asunto *Meier c. Suiza*, No. 10109/14, 9 de mayo de 2016. Meier había sido obligado a realizar trabajos tras haber alcanzado la edad de jubilación en el contexto ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, con el objetivo de lograr la reinserción y para reducir el impacto negativo de la detención y el deterioro mental y físico, párr. 5-14.

⁴²⁹ *Zhelyakov*, párr. 36.

⁴³⁰ *Meier*, párr. 72.

⁴³¹ *De Wilde, Ooms y Versyp*, párr. 90.

⁴³² *Floroiu*, párr. 36; *Meier*, párr. 73-74. Los detenidos pueden realizar un trabajo remunerado o, en el caso de las tareas de asistencia al funcionamiento cotidiano de la prisión, un trabajo que tenga otro tipo de compensación como, una reducción de la pena.

⁴³³ *Meier*, párr. 75-76. El TEDH valora que los trabajos se adapten a las circunstancias y a la situación individual del demandante.

⁴³⁴ *Floroiu*, párr. 33-34; *Zhelyakov*, párr. 122; *De Wilde, Ooms y Versyp*, párr. 90; Decisión de la Comisión, *Asunto Veintiún Detenidos c. Alemania*, No. 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67, 6 de abril de 1968, pp. 97-116; STEDH (Gran Sala), Asunto *Stummer c. Austria*, No. 37452/02, 7 de julio de 2011, párr. 105.

⁴³⁵ *Stummer*, párr. 122; *Floroiu*, párr. 33; *Zhelyakov*, párr. 36; *Veintiún Detenidos*, pp. 97 y ss.

⁴³⁶ En el caso *Stummer* concluye que, aunque el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de los estándares actuales, los estándares no han cambiado tanto como para afirmar que el trabajo en prisión sin afiliación a la seguridad social constituye trabajo forzoso, párr. 122, 129.

⁴³⁷ STEDH (Plenario), Asunto *Van der Mussele v. Bélgica*, Series A, No. 70, 23 de noviembre de 1983.

⁴³⁸ En general, era un requisito obligatorio la realización de un programa de pasantías durante tres años para ejercer la abogacía. *Ibid.*, párr. 15.

solicitante había consentido previamente a dicha situación al saber que, al embarcarse en su carrera como abogado, tendría que asumir las obligaciones de defender a los clientes sin cobrarles una cuota.⁴³⁹

Como el artículo 4 CEDH no define el concepto de trabajos forzados,⁴⁴⁰ el TEDH lo analiza minuciosamente partiendo de la definición del Convenio No. 29 de la OIT. Esta sentencia es muy importante porque el Tribunal fija el contenido normativo de cada uno de los elementos del trabajo forzoso, e indica que las excepciones del párrafo 3 no “limitan”, sino que “delimitan” el concepto de trabajo forzoso⁴⁴¹ a la luz de las ideas subyacentes de “interés general, solidaridad social y lo que es normal en el transcurso ordinario de las cosas”.⁴⁴² De esto se extraen dos consecuencias: en primer lugar, que las situaciones a las que se refieren los apartados a) a d) del párrafo 3 no son situaciones en las que esté *justificado* el recurso al trabajo forzoso, sino que simplemente *no existe*; y, en segundo lugar, que será necesario realizar un juicio de proporcionalidad para determinar que las excepciones se han interpretado adecuadamente conforme a los principios de interés general y solidaridad social, poniendo en la balanza todas las condiciones que beneficien a la persona a la que se le ha impuesto el trabajo.

Así, el TEDH expone qué significan los elementos de la definición: “trabajo o servicio forzoso u obligatorio”, realizado mediante la “amenaza de una pena cualquiera” y “sin consentimiento”. Respecto a lo primero, señala que el adjetivo “forzoso” se refiere a “la idea de restricción física o mental”, y “obligatorio” a la “coacción u obligación legal”⁴⁴³ para la realización de cualquier tipo de trabajo en sentido amplio.⁴⁴⁴ Esto significa que

⁴³⁹ Sobre una descripción más detallada de los hechos: párr. 9-13.

⁴⁴⁰ Además, se indica que “en los distintos documentos del Consejo de Europa sobre *los travaux préparatoires* del CEDH no se ofrece ninguna orientación al respecto”, y que “es evidente que los autores del Convenio Europeo [...] se basaron en gran parte en un tratado anterior de la Organización Internacional del Trabajo, concretamente el Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso” aunque, advierte, “no deben perderse de vista las características especiales de la Convención o el hecho de que es un instrumento vivo que debe leerse a la luz de las nociones actualmente imperantes en los Estados democráticos”, párr. 32.

⁴⁴¹ *Ibid.*, párr. 38

⁴⁴² *Ibid.* En palabras de Stoyanova, el artículo 4.3 contiene un “elemento subjetivo del injusto”, que no convierte el derecho a no ser sometido a trabajos forzados en un derecho cualificado. Más bien, este artículo sirve para asistir en la determinación de las fronteras de la definición del derecho, y tiene que ver con el ámbito de la definición y no con la extensión en la que se protege el derecho a no ser sometido a trabajos forzados: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 263. Este término de “elemento subjetivo del injusto” (*internal modifying element*) es utilizado por Barak para hacer una distinción entre las limitaciones a los derechos humanos y las disposiciones que determinan las fronteras de las definiciones de derechos humanos: Barak, A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 32.

⁴⁴³ *Van der Musselle*, párr. 34.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, párr. 33: se refiere a que la palabra inglesa “labour” se refiere al trabajo manual en sentido estricto, pero en otras lenguas como el francés, “travail” se refiere a un contenido más amplio, y es éste el que debe adoptarse. En este mismo sentido, los términos literales del Convenio No. 29 se refieren a “todo trabajo o servicio”, y en el propio nombre de la OIT, cuyas actividades no están limitadas a la esfera del trabajo manual. Ver: OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales*, párr. 262.

únicamente el trabajo autorizado por el Estado puede definirse como “trabajo obligatorio”.⁴⁴⁵

En segundo lugar, debe ser un mal lo “suficientemente intimidante”, sin que tenga que tratarse de una amenaza de carácter penal. Por ejemplo, el hecho de que el Colegio de Abogados pueda impedir el ejercicio de la profesión a Van der Mussele es lo “suficientemente intimidante” como para constituir una amenaza en este sentido.⁴⁴⁶ Esto no es óbice para considerar que cualquier forma de obligación legal va a constituir trabajo forzoso. Por ejemplo, si alguien se compromete a realizar un trabajo y acepta ser objeto de sanciones si no cumple su promesa, no puede considerarse trabajo forzoso (en principio) si se ha ofrecido voluntariamente.⁴⁴⁷

En tercer lugar, el TEDH realiza una importante consideración sobre el alcance del consentimiento. Si bien admite que Van der Mussele había consentido previamente a las ventajas y desventajas que conlleva la carrera de abogado –entre ellas el periodo no remunerado de pasantías– porque eran perfectamente previsibles, el TEDH indica que el consentimiento previo, sin más, no excluye la aplicación del artículo 4.2 CEDH⁴⁴⁸ porque debe ponderarse con el criterio de la “carga desproporcionada”.⁴⁴⁹

Esto significa que deben tenerse en cuenta las ideas subyacentes de “interés general, solidaridad social y lo que es normal en el transcurso ordinario de las cosas”, valorando la naturaleza de las actividades que se les obliga a realizar (si tiene relación o no con el fin por el que se impone la obligación de trabajar), o la existencia de compensaciones u otros beneficios.⁴⁵⁰ Como en este caso se trataba de actividades relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado, y obtenía otro tipo de beneficios (aprendizaje, prestigio, posibilidad de futuros clientes, etc.), no podía considerarse que hubiese un “desequilibrio

⁴⁴⁵ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 260. Eso significa que cuando nos encontremos en un contexto de abusos entre particulares, el concepto pertinente será el de “trabajo forzoso”.

⁴⁴⁶ *Van der Mussele*, párr. 35.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, párr. 34.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, párr. 36.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, párr. 37. Anteriormente, en la admisibilidad de la decisión *Iversen c. Noruega*, la Comisión había decidido que para que existiera trabajo forzoso u obligatorios, “o bien la obligación de llevarlo a cabo debía ser ‘injusta’ u ‘opresiva’, o la actuación debía constituir un ‘sufrimiento evitable’, es decir, debía ser ‘innecesariamente angustioso’ o ‘abusivo’”: Decisión de la Comisión, *Iversen c. Noruega*, No. 1468/62, de 17 de diciembre de 1963. En *Van der Mussele* el TEDH se aleja de este criterio y, en su lugar, se centra en el elemento coacción y en su justificación. De esta forma, también se distancia de los planteamientos del Comité de Derechos Humanos del PIDCP en *Bernadette Faure c. Australia*, donde toma en consideración si el trabajo tiene un aspecto “degradante o deshumanizador”, para determinar si se trata de trabajo forzoso y obligatorio: Comité de Derechos Humanos, *Bernadette Faure c. Australia*, Comunicación No. 1036/2001, UN Doc. CCPR/C/85/D/1036/2001, 2005.

⁴⁵⁰ *Van der Mussele*, párr. 39. Por ejemplo, para determinar si había cierto beneficio personal, el Tribunal valoró que los servicios contribuyeron a la formación profesional del demandante, que le dieron la oportunidad de ampliar su experiencia y de incrementar su reputación

considerable e irrazonable”,⁴⁵¹ por lo que determina que no existe trabajo forzoso u obligatorio.⁴⁵²

El TEDH ha aplicado este criterio para valorar el alcance del consentimiento previo en el ámbito de las “obligaciones cívicas normales”, por la obligación de participar en un servicio obligatorio de bomberos (*Karlheinz Schmidt c. Alemania*⁴⁵³), de llevar a cabo exámenes médicos gratuitos (*Reitmayr v. Austria*,⁴⁵⁴ *Adigüzel c. Turquía*,⁴⁵⁵ *Steindel c. Alemania*⁴⁵⁶), participar como jurado (*Zarb Adami c. Malta*⁴⁵⁷), la realización de ciertas tareas sin remunerar como funcionario judicial (*Mihal c. Eslovaquia*⁴⁵⁸), la asistencia jurídica en determinados casos (*X. c. Alemania*,⁴⁵⁹ *Bucha c. Eslovaquia*,⁴⁶⁰ o *Graziani-Weiss c. Suiza*⁴⁶¹), o la obligación de aceptar cualquier trabajo para recibir la prestación de desempleo (*Schuitemaker c. Holanda*⁴⁶²).

En general, no se excluye automáticamente la aplicación del artículo 4 CEDH cuando se encuadren en la excepción del apartado d) (obligaciones cívicas normales), sino que se aplica el test de proporcionalidad valorando la naturaleza de las actividades que se les

⁴⁵¹ Ibid., párr. 40.

⁴⁵² Sobre esto, ver también: Moerman, J., “A Critical Analysis of the Prohibition of Slavery and Forced Labour under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, pp. 92 y ss.; Milano, V., “Uncovering Labour Exploitation: Lights and Shadows of the Latest European Court of Human Rights' Case Law on Human Trafficking”, Spanish Yearbook of International Law, Vol. 21, 2017, pp. 88 y ss.; Lawson, R. A./ Schermers, H. G. (eds.), *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997, p. 143.

⁴⁵³ STEDH, Asunto *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, Series A No. 291-B, 18 de julio de 1994. Karlheinz Schmidt alegó que la obligación de servir como bombero o pagar una contribución financiera en su lugar era un quebrantamiento de la obligación de Alemania de no someterlo a trabajos forzosos.

⁴⁵⁴ Decisión TEDH, Asunto *Reitmayr c. Austria*, No. 23866/94, 28 de junio de 1995. Reitmayr demandó al Estado austriaco por obligarle a realizar exámenes médicos sin compensación.

⁴⁵⁵ Decisión TEDH (10ª Sección), Asunto *Adigüzel c. Turquía*, No. 7442/08, 6 de febrero de 2018, en las que un médico forense tuvo que realizar las actividades propias de su profesión sin remunerar, en el marco de servicios de emergencia.

⁴⁵⁶ Steindel demandó al Estado alemán por estar obligado a participar en el servicio médico de emergencias cuando él había renunciado a la práctica en el sistema público de seguridad social (ejercía por lo privado) precisamente para evitar las restricciones inherentes al mismo: Decisión TEDH, Asunto *Steindel c. Alemania*, No. 29878/07, 14 de septiembre de 2010, pp. 2 y 3.

⁴⁵⁷ STEDH (4ª Sección), Asunto *Zarb Adami c. Malta*, No. 17209/02, 20 de septiembre de 2006. Zarb Adami demandó a Malta porque había sido condenado penalmente por incumplir su obligación de prestar servicios como jurado; párr. 9-30.

⁴⁵⁸ Decisión TEDH, Asunto *Mihal c. Eslovaquia*, No. 31303/08, 28 de junio de 2011. Es el caso de un funcionario judicial obligado a realizar ciertas ejecuciones judiciales de acreedores sin recibir prestación. No obstante, recibe compensaciones de otro tipo, como la competencia exclusiva para ejecutar créditos del Estado de Eslovaquia.

⁴⁵⁹ Decisión de la Comisión, Asunto *X. c. Alemania*, No. 8410/78, 13 de diciembre de 1979. X es un notario obligado a la reducción de las tasas cuando actuaba en nombre de organizaciones no lucrativas.

⁴⁶⁰ Decisión TEDH (3ª Sección), Asunto *Bucha c. Eslovaquia*, No. 43259/07, 20 de septiembre de 2011. El demandante es un abogado en ejercicio que alegó que la no indemnización por los gastos relativos a su participación en una vista oral constituía trabajo forzoso.

⁴⁶¹ STEDH (2ª Sección), Asunto *Graziani-Weiss c. Austria*, No. 31950/06, 18 de octubre de 2011, donde un abogado suizo era obligado a actuar como guarda legal de una persona con discapacidad.

⁴⁶² Decisión TEDH (3ª Sección), *Schuitemaker c. Holanda*, No. 15906/98, 4 de mayo de 2010, donde el gobierno requería que el demandante aceptara cualquier tipo de trabajo, para no reducir las prestaciones sociales a las que tenía derecho por el desempleo, con independencia de si se trata de un trabajo adecuado o no.

obliga a realizar (por ejemplo, en *Steindel*,⁴⁶³ *Reitmayr*,⁴⁶⁴ *Van der Mussele*,⁴⁶⁵ *Graziani-Weiss*,⁴⁶⁶ *Bucha*⁴⁶⁷); la existencia o no de compensación (*Steindel*,⁴⁶⁸, *Van der Mussele*,⁴⁶⁹ o *Mihal*⁴⁷⁰, *Adigüzel*⁴⁷¹); y teniendo en cuenta las nociones de interés general o solidaridad profesional o civil (*Steindel*,⁴⁷² *Reitmayr*⁴⁷³ y *X*,⁴⁷⁴). También se valora que se trate de normas generales, puesto que en los casos de discriminación no justificada (*Karlheinz*,⁴⁷⁵ *Zarb Adami*⁴⁷⁶ y *Cuatro Compañías*⁴⁷⁷), el TEDH ha considerado que se ha producido una violación del artículo 4 CEDH en conjunción con el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación.

3.1.4 Caso *Siliadin c. Francia* (2005).

Siliadin, una joven togolesa de 15 años, fue enviada por sus padres a Francia para que se formara en el colegio y trabajara con una familia francesa (señor A y señora B) hasta pagar su billete. A pesar de que se acordara que Siliadin iría al colegio y se regularizaría su estatus administrativo, durante cuatro años fue obligada a realizar tareas domésticas siete días a la semana sin remuneración, completamente aislada, sin conocer el idioma, con su pasaporte retenido por el matrimonio, sometida a malos tratos y amenazada con ser deportada del país. Siliadin logró alertar a la policía a través del *Comité contre l'esclavage moderne*, y el matrimonio fue acusado por un delito de imposición de condiciones laborales incompatibles con la dignidad, delitos que no se consideraron probados por el Tribunal de primera instancia o el de apelación, que finalmente les condenó al pago de una multa tras dudar sobre la situación de vulnerabilidad o dependencia de Siliadin.⁴⁷⁸

Esta sentencia es muy relevante porque es la primera vez que el TEDH se pronuncia sobre la esclavitud en profundidad y porque se comienza a consolidar su jurisprudencia

⁴⁶³ *Steindel*, pp. 5-6

⁴⁶⁴ *Reitmayr*, p. 3

⁴⁶⁵ *Van der Mussele*, párr. 40.

⁴⁶⁶ *Graziani-Weiss*, párr. 38-41.

⁴⁶⁷ *Bucha*, párr. 33-45.

⁴⁶⁸ *Steindel*, pp. 5-6

⁴⁶⁹ *Van der Mussele*, párr. 39.

⁴⁷⁰ *Mihal*, párr. 64, 79-81.

⁴⁷¹ *Adigüzel*, párr. 34.

⁴⁷² *Steindel*, p. 6 “La obligación a la que se opone el demandante forma parte de un plan concebido para eximir a todos los médicos en ejercicio de la obligación de estar disponibles durante la noche y los fines de semana, y para garantizar la disponibilidad de servicios médicos durante esas horas. En este sentido, se fundamenta en un concepto de solidaridad profesional y civil, y tiene como objetivo evitar las emergencias. Por esta razón, la carga impuesta a la demandante no es desproporcionada”.

⁴⁷³ *Reitmayr*, p. 3

⁴⁷⁴ *X*, p. 219

⁴⁷⁵ Para 28:

⁴⁷⁶ Para 82

⁴⁷⁷ Decisión de la Comisión, Asunto *Cuatro Compañías c. Austria*, No. 7427/76, 27 de septiembre de 1976, p. 150.

⁴⁷⁸ *Siliadin*, párr. 9-45

sobre los conceptos de servidumbre y trabajos forzados,⁴⁷⁹ que considera conductas graduadas dentro de una misma escala. El TEDH parte de que “el artículo 4 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”⁴⁸⁰ por lo que, al contrario de otras disposiciones sustantivas del Convenio y los Protocolos No. 1 y 4, es un artículo que no admite derogación, ni siquiera en caso de emergencia pública que amenace la integridad de la nación.⁴⁸¹

Para analizar si los hechos entran en el ámbito de aplicación del artículo 4, el TEDH sigue una operación de menor a mayor: comienza determinando si los hechos constituyen trabajos forzados para acabar analizando si, además, alcanzan el umbral esclavitud o de servidumbre.

A) Concepto de trabajos forzados

El TEDH estudia si concurren los elementos de la definición del Convenio No. 29 de la OIT: si se ha exigido un trabajo o servicio bajo la amenaza de una pena y si hay o no consentimiento. En este sentido, aunque la demandante no se viera directamente amenazada por una pena, el TEDH considera que, por sus características personales, se encontraba en una situación *equivalente* en cuanto a la gravedad *percibida*.⁴⁸² Esto quiere decir que la percepción subjetiva de Siliadin, influida por circunstancias como el hecho de ser adolescente, extranjera y en situación administrativa irregular, es importante para evaluar cómo de grave pudo percibir la amenaza, y determinar si es equivalente al criterio de “suficientemente intimidante” que debe concurrir para que se trate de trabajos forzados.

En relación con el criterio de la “ausencia de consentimiento”, el Tribunal señala que de los hechos se deduce que no pudo existir porque era evidente que no tenía otra opción.⁴⁸³ Por estas razones, el TEDH concluye que Siliadin había sido sometida, *como mínimo*, a los trabajos forzados prohibidos por el artículo 4 del CEDH.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Especialmente en el ámbito entre particulares. Al respecto, ver: García Schwarz, R., “Trabajo forzoso”, *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Baylos Grau, A./Florencio Thomé, C./García Schwarz, T., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 2070-2071.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párr. 112, donde cita a *Stummer*, párr. 116.

⁴⁸¹ *Ibid.* Ha sido objeto de una gran atención en la doctrina: Mantouvalou, V., “Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers”, pp. 401 y ss.; Moerman, J., “A Critical Analysis of the Prohibition of Slavery and Forced Labour under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, pp. 88 y ss.; Van Voorhout, J. E. B., “Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime”, *Utrecht Law Review*, Vol. 3, No. 2, 2007, pp. 66 y ss. Olarte Encabo, S., “La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Esclavitud, Servidumbre y Trabajo Forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral”, *Temas Laborales*, No. 145/2018. Pp. 65 y ss. Específicamente con relación a las obligaciones positivas: Cullen, H., “Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, No. 3, 2006, pp. 585-592.

⁴⁸² *Ibid.*, párr. 118. El Tribunal toma en consideración que era una adolescente en tierra extranjera, presente ilegalmente en territorio francés y con temor a ser detenida por la policía. De hecho, el Sr. y la Sra. B. alimentaron ese miedo y la llevaron a creer que su estatus se regularizaría.

⁴⁸³ *Ibid.*, párr. 119.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, párr. 120

B) Concepto de servidumbre

El TEDH analiza si fue sometida a servidumbre partiendo de que “se trata de una forma particularmente seria de denegación de la libertad”,⁴⁸⁵ y aplica los criterios normativos que había empezado a esbozar en *Seguin*⁴⁸⁶: a) obligación de realizar ciertos servicios para otros; b) obligación de vivir en la propiedad de la otra persona; y c) imposibilidad de alterar la condición. Todo ello “impuesto mediante coacción y vinculado al concepto de esclavitud”.⁴⁸⁷ Para determinar la concurrencia de estos criterios, el Tribunal tiene en cuenta la obligación de realizar trabajos (como tareas domésticas o de cuidado), la ausencia de recursos, la vulnerabilidad, el aislamiento, la no regularización de su situación administrativa y la limitación de movimientos. Estas circunstancias le llevan a la conclusión de que Siliadin había sido sometida a servidumbre.⁴⁸⁸

De esta forma, mientras que de la imposición de trabajos bajo la amenaza de una pena (o en este caso, percepción subjetiva de la amenaza) se extrae que han existido trabajos forzosos, la concurrencia de las circunstancias de aislamiento y limitación de movimientos, determinan que *además* considere que se trata de una situación de sometimiento a servidumbre.

C) Concepto de esclavitud

Por último, el TEDH no entra a valorar si además existe esclavitud porque sitúa esta conducta en el espectro de lo legal, es decir, que únicamente la admite si se ha ejercido un derecho de propiedad *legal* sobre un individuo:

[e]sta definición corresponde al significado “clásico” de la esclavitud tal como se practicó durante siglos. Aunque la demandante en este caso había sido claramente privada de su autonomía personal, las pruebas no evidencian que fuese sometida a esclavitud en el sentido correcto, en otras palabras, que el Sr. y la Sra. B. ejercieran un verdadero derecho de propiedad legal sobre ella, reduciéndola así a la condición de “objeto”.⁴⁸⁹

En consecuencia, el Tribunal sostiene un concepto de esclavitud asimilado a la esclavitud legal, en el que se ejerce un “derecho de propiedad legal” sobre la persona.⁴⁹⁰ Esta

⁴⁸⁵ Ibid., párr. 123.

⁴⁸⁶ Decisión TEDH (3ª Sección), Asunto *Seguin c. Francia*, No. 42400/98, 7 de marzo de 2000.

⁴⁸⁷ *Siliadin*, párr. 123-124. En *Seguin*, la demandante alegó que la obligación de secreto profesional que se mantenía tras un despido declarado ilegal constituía una forma de servidumbre, porque limitaba su libertad de volver a trabajar.

⁴⁸⁸ Ibid., párr. 126-129.

⁴⁸⁹ Ibid., párr. 122

⁴⁹⁰ Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, p. 343. A pesar de hayan existido interpretaciones del término alternativas, como que la expresión “reducir al estatus de objeto” se refiere a la interpretación de esclavitud como una forma fáctica de grave objetivización de la persona. Esta interpretación se ha sostenido por algunos tribunales nacionales, como el tribunal de apelación de Reino Unido que señaló que: “la esencia del concepto de esclavitud consiste en tratar a alguien como la pertenencia de uno, ejerciendo poderes sobre la persona como uno podía ejercer sobre un animal o un objeto”. Ver: Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *Regina v. SK*, EWCA Crim 1691, 8 de julio de 2011, para. 39: <https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/traffickingpersonscrime-type/gbr/2011/r.v.s.k.2011.ewca.crim.1691.html> [último acceso: 19/01/2020].

interpretación se aleja de la jurisprudencia consolidada de otros Tribunales internacionales que amplían la definición de esclavitud a situaciones de facto.

3.1.5 Caso *Rantsev c. Chipre y Rusia* (2010).⁴⁹¹

Este caso sienta un precedente en la jurisprudencia del TEDH porque, por primera vez, incluye la trata de seres humanos en el ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH a pesar de que no aparezca en el tenor literal del artículo.⁴⁹² En este caso se examinan los hechos en el contexto de un sistema de visas que permitía la explotación sexual sistémica de mujeres jóvenes extranjeras por los dueños de cabarets, con el conocimiento de las autoridades chipriotas.⁴⁹³ Rantseva había obtenido una “visa de artista” y había comenzado a trabajar en un establecimiento antes de abandonarlo poco después. Una semana más tarde, fue localizada y llevada a la comisaría de policía, donde contactaron con su antiguo empleador Athanasiou para decirle que, si no recogía a Rantseva, sería liberada porque su estatus administrativo era legal. Él acudió, se llevó su pasaporte y otros documentos, y la condujo al apartamento de un empleado. Por la mañana, Rantseva fue encontrada muerta en la calle de abajo tras haber intentado escapar. Más adelante, la autopsia chipriota indicó que las heridas que presentaba se debían a su caída, aunque una autopsia posterior reveló que las heridas se habían producido mientras aún estaba viva.⁴⁹⁴ Rantsev, el padre de nacionalidad rusa, solicitó que se declarara la violación del artículo 4 CEDH.

En esta sentencia el TEDH incluye la trata de seres humanos en el ámbito material del artículo 4, a pesar de que no se encuentra recogido expresamente,⁴⁹⁵ empleando dos argumentos: uno teleológico, y en menor medida, otro de efectividad, puesto que el CEDH, como tratado internacional que es, debe interpretarse conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y el fin (art. 31.1).⁴⁹⁶

⁴⁹¹ STEDH (1ª Sección), Asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, No. 25965/04, 10 de mayo de 2010.

⁴⁹² Ha sido objeto de una abundante bibliografía. Por todos: Allain, J., “Rantsev v Cyprus and Russia: the European Convention of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, No. 3, 2010, pp. 546 y ss., recopilado en Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, p. 217; Fariior, S., “Introductory Note to European Court of Human Rights: Rantsev v. Cyprus & Russia”, *International Legal Materials*, Vol. 49, 2010, pp. 415 y ss.; Vijayarasa, R./Bello y Villarino, J. M., “Modern-Day Slavery - a Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev”, *International Law and International Relations*, Vol. 9, 2013, pp. 38 y ss.

⁴⁹³ De hecho, tras la presentación de la demanda ante el TEDH, Chipre había realizado una declaración unilateral reconociendo las violaciones de las obligaciones positivas en relación a los artículos 2, 3, 4 y 5, ofreciendo una compensación de 37.000 euros. No obstante, unánimemente, la Primera Sección del TEDH rechazó esta declaración unilateral sobre la base de que el caso presentaba serias alegaciones que constituirían “obligación del tribunal de dilucidar, salvaguardar y desarrollar las reglas instituidas por la Convención”, puesto que el caso presentaba “asuntos relacionados con la trata de seres humanos” sobre los que la Corte tenía aún que pronunciarse”. *Rantsev*, párr. 200.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, párr. 41 y ss.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, párr. 27, porque “el Convenio estuvo inspirado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, que no hace mención a la trata”

⁴⁹⁶ *Ibid.*, párr. 275.

Así, el TEDH establece que el Convenio requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de forma que sus garantías sean prácticas y efectivas,⁴⁹⁷ y valora si la trata de seres humanos es contraria “espíritu y propósito del artículo 4”.⁴⁹⁸ Para ello atiende a la existencia de factores como “el control del movimiento de la persona o el entorno físico, [...] control psicológico, si se han adoptado medidas para evitar o disuadir de la huida o si existe control de la sexualidad y trabajo forzoso”,⁴⁹⁹ citando la jurisprudencia del TPIY en *Kunarac*, e indicando que “el tradicional concepto de ‘esclavitud’ ha evolucionado hasta abarcar diversas formas contemporáneas de esclavitud, basadas en el ejercicio de una o de alguna de las potestades vinculadas al derecho de propiedad”.⁵⁰⁰

Por su naturaleza y afán de explotación, señala el Tribunal, la trata de personas “se basa en el ejercicio de potestades vinculadas al derecho de propiedad”, y se dan todos los indicadores (control de la víctima, amenaza, fuerza, etc.),⁵⁰¹ razones por las que concluye que la trata de personas, “con el significado del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y el artículo 4 (a) del Convenio de Varsovia”,⁵⁰² entra [*ratione materiae*] en el ámbito de aplicación el artículo 4 del Convenio.

Es indudable la importancia de esta sentencia, tanto por la ampliación de la protección como por la incorporación de los planteamientos del TPIY a la argumentación del TEDH. No obstante, la argumentación del TEDH también incurre en importantes incoherencias. En primer lugar, utiliza dos planteamientos opuestos: por un lado, reitera la jurisprudencia de la sentencia *Siliadin* sobre la esclavitud, “que requiere el ejercicio de un genuino derecho de propiedad” (esclavitud *de iure*)⁵⁰³ y, por otro, también se refiere a la del TPIY en *Kunarac*, que abarca situaciones de esclavitud *de iure* y de facto, donde se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.⁵⁰⁴ Esto nos lleva a plantearnos que, o bien el tribunal está adoptando (sin decirlo) el concepto amplio de esclavitud del TPIY, o bien lo hace únicamente respecto a la trata.⁵⁰⁵

Por otro lado, si analizamos el argumento principal para incluir la trata en el ámbito material del artículo 4, se observa otra contradicción. El tribunal señala que “la trata de seres humanos, en su verdadera naturaleza y objetivo de explotación, está basada en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad”,⁵⁰⁶ lo que justifica su inclusión en el

⁴⁹⁷ Ibid., donde cita citando a *Soering c. Reino Unido*, párr. 87: STEDH (Plenario), Asunto *Soering c. Reino Unido*, Series A No. 161, 7 de julio de 1989.

⁴⁹⁸ Ibid., párr. 279.

⁴⁹⁹ Ibid., párr. 280.

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ Ibid., párr. 281.

⁵⁰² Ibid., párr. 280-281.

⁵⁰³ Ibid., párr. 276.

⁵⁰⁴ Ibid., párr. 280.

⁵⁰⁵ En el mismo sentido: López Rodríguez, J., “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 48, 2018, p. 401; McGeehan, L. N., “Misunderstood and neglected: the marginalisation of slavery in international law”, *The International Journal of Human Rights*, Vol.16, No. 3, pp. 441 y ss.

⁵⁰⁶ Ibid., párr. 281.

CEDH. La esclavitud se define en la Convención de 1926 como el “ejercicio de los atributos del derecho de propiedad”. Por tanto, si sustituyéramos la afirmación anterior por su equivalente, quedaría de la siguiente forma: “la trata de seres humanos, en su verdadera naturaleza y objetivo de explotación, está basada en [la esclavitud]”.

El Tribunal define la trata refiriéndose al Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia, donde se establece que la trata consiste en la captación, traslado, recepción, etc., con el propósito de explotación, no solo laboral sino también sexual y de extracción de órganos. No obstante, se refiere únicamente a la trata donde se ejerciten los atributos del derecho de propiedad (esclavitud). Esto nos plantea algunas cuestiones: ¿entrará entonces dentro del ámbito del artículo 4 del CEDH un caso de trata con fines de extracción de órganos? O ¿es necesario que la trata tenga la finalidad de sometimiento a esclavitud? En *MC y Otros c. Italia* da a entender que sí, pero en ese caso el razonamiento no está bien construido.⁵⁰⁷

En definitiva, aunque debe valorarse positivamente la voluntad del tribunal de incrementar la protección de las víctimas de trata de seres humanos, los defectos en la argumentación del tribunal (tanto en lo que dice como en lo que no dice) constituyen una oportunidad perdida para otorgar mayor claridad conceptual a las figuras contenidas en el artículo 4 del CEDH.⁵⁰⁸

En *VF c. Francia*,⁵⁰⁹ *JA. c. Francia*,⁵¹⁰ *LE c. Grecia*,⁵¹¹ o en *J y Otros c. Austria*,⁵¹² también se ha pronunciado la actuación de los Estados en casos de trata. No obstante, al igual que en *Rantsev*, el TEDH evita entrar a valorar por qué, en el caso concreto, ha existido trata de personas (y así justificar que tenga competencia para examinar el caso

⁵⁰⁷ STEDH (Segunda Sección), Asunto *M.C. y Otros c. Italia*, No. 40020/03, 31 de julio de 2012, párr. 154.

⁵⁰⁸ Por ejemplo, el Tribunal no considera necesario determinar si el tratamiento de la víctima constituye “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzoso u obligatorio”, sin perjuicio de determinar que el supuesto planteado. También, Olarte Encabo, S., “La doctrina del tribunal europeo de derechos humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral”, p. 68.

⁵⁰⁹ Decisión TEDH (5ª Sección), Asunto *V.F. v. Francia*, No. 7196/10, 29 de noviembre de 2011. Es el caso de una mujer nigeriana que fue transportada desde Togo a Francia para ejercer la prostitución, obligada a pagar una deuda fraudulenta y a mantener la lealtad mediante una ceremonia ritual.

⁵¹⁰ Decisión TEDH, Asunto *J.A. v. Francia*, No. 45310/11, 27 de mayo 2014. Según los hechos, la demandante nigeriana fue llevada desde Libia a París para ejercer la prostitución. Ella había sido objeto de una ceremonia religiosa llamada “juju”, dirigida por un hechicero o sacerdote, que tiene como objetivo garantizar el compromiso moral y religioso y el deber de obediencia de una mujer: párr. 5 y ss.

⁵¹¹ Decisión TEDH (1ª Sección), Asunto *L.E. c. Grecia*, No. 71545/12, 21 de enero de 2016. La demandante nigeriana fue engañada con una deuda fraudulenta y llevada a Grecia, amedrentada con un rito vudú para hacerla responsable del pago de la deuda. Una vez en Grecia, le confiscaron el pasaporte y fue obligada a prostituirse, situación de la que no pudo huir por temor, entre otras cosas, al mal destino lanzado por el sacerdote vudú: párr. 5 y ss.

⁵¹² Decisión TEDH (5ª Sección), Asunto *J. y Otros c. Austria*, No. 58216/12, 17 de enero de 2017. En este caso los demandantes alegaron que la decisión del fiscal de no continuar una investigación criminal sobre trata de seres humanos cometida en el extranjero por no nacionales, incumplía las obligaciones del artículo 4. En este caso, el TEDH consideró que el artículo 4 no obliga al establecimiento de jurisdicción universal sobre los delitos de trata cometidos en el extranjero. (para. 114). Sobre el ámbito de las obligaciones de los Estados de prevenir la trata, ver: Eriksson, M., “The Prevention of Human Trafficking – Regulating Domestic Criminal Legislation through the European Convention on Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 82, No. 2, 2013, pp. 339-368.

bajo el artículo 4 CEDH). El tribunal simplemente indica que entra en el ámbito de la prohibición del artículo 4, “sin que se requiera su clasificación como esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso”,⁵¹³ y sin entrar a valorar las circunstancias relevantes del caso.⁵¹⁴

3.1.6 Caso *M y Otros c. Italia y Bulgaria* (2012).

En este caso se aborda la cuestión de la naturaleza de los matrimonios forzados, desencadenado por la demanda de cuatro ciudadanos búlgaros de etnia gitana que habían llegado a Milán, según su versión, como víctimas de trata de seres humanos. Acabaron trabajando para X, que forzó a participar en actividades de delincuencia organizada. Tras un periodo de tiempo, el sobrino de X solicitó casarse con una de las demandantes, que había sido amenazada y golpeada. Aunque no aparece en la versión de los demandantes, más adelante quedó demostrado que se había pagado un precio por este matrimonio. Los demandantes sostuvieron que los hechos eran constitutivos de trabajos forzados y trata del artículo 4 CEDH.⁵¹⁵

Respecto a las alegaciones de trata de personas y trabajos forzados, el TEDH concluye que los demandantes no han probado los hechos,⁵¹⁶ por lo que no se pronuncia al respecto.⁵¹⁷ Lo más relevante son sus consideraciones sobre el matrimonio forzoso y su relación con la esclavitud:

[i]ncluso aunque asumamos que el padre de la demandante recibió una suma de dinero por el matrimonio, el Tribunal considera que, en las circunstancias del presente *caso no puede considerarse que una contribución monetaria de este tipo constituye un precio vinculado a la transferencia de la propiedad*, lo que haría que entrase en juego el concepto de esclavitud. El Tribunal reitera que el matrimonio tiene unas connotaciones culturales y sociales muy arraigadas que pueden diferir en gran medida de una sociedad a otra. [...] este pago puede aceptarse razonablemente como representación del regalo de una familia a otra, una tradición común en diferentes culturas.⁵¹⁸

En definitiva, está diciendo que lo relevante no es el pago de un precio –típico de algunas tradiciones culturales–, sino si esto significa o no la “transferencia de la propiedad”. *Sensu contrario*, si a través del pago se produce la transferencia de la propiedad de la persona (de facto) se considerará esclavitud, incluso aunque se etiquete esta situación como matrimonio. Con esto, aunque no lo indique directamente, el TEDH puede estar modificando la jurisprudencia establecida en *Siliadin*.

3.1.7 Caso *C.N. y V. c. Francia* (2013).⁵¹⁹

⁵¹³ *J y Otros c Austria*, párr. 104.

⁵¹⁴ *VF*, p. 12; *JA*, párr. 31 y ss.; *LE* párr. 58 y ss.

⁵¹⁵ *J y Otros*, párr. 7-35, 129.

⁵¹⁶ *Ibid.*, párr. 162.

⁵¹⁷ *Ibid.*, párr. 154.

⁵¹⁸ *Ibid.*, párr. 161.

⁵¹⁹ STEDH (5ª Sección), Asunto CN y V c. Francia, No. 67724/09, 11 de octubre 2012.

En ese caso, dos hermanas de 16 y 13 años procedentes de Burundi fueron trasladadas a Francia por sus tíos, que tenían condición de diplomáticos, para escapar del conflicto que tenía lugar en dicho país. CN, la mayor, fue obligada a realizar todas las tareas domésticas necesarias para el mantenimiento de la casa y de los nueve miembros de la familia del señor y la señora M, sin cobrar por su trabajo y sin tener días libres. Se encontraba aislada y sometida a amenazas, con el temor de ser deportada porque pensaba que su situación administrativa era irregular a pesar de que no lo era. V, la hermana menor, asistía al colegio y ayudaba a su hermana con las tareas domésticas cuando volvía a casa. Los informes psicológicos mostraron que el impacto psicológico se había caracterizado por sufrimiento mental combinado, en el caso de la primera demandante, por “sentimientos de miedo y de abandono, puesto que la amenaza de ser devueltas a Burundi era interpretado por ella como sinónimo de muerte y abandono de sus hermanas menores”.⁵²⁰ Finalmente la señora B fue la única condenada como autora de un delito de “*violence volontaire*”, por considerar que “aunque las condiciones fueran pobres, incómodas o reprochables, [...] no pretendían degradarlas como seres humanos o vulnerar sus derechos fundamentales, sino obedecían a una obligación de ayudarlas”.⁵²¹ CN y V presentaron una demanda ante el tribunal de Estrasburgo, alegando que habían sido sometidas a servidumbre y trabajos forzados por el señor y la señora M.⁵²²

Para determinar si los tratos infligidos a las demandantes alcanzan el umbral de trabajos forzados, servidumbre o esclavitud, el TEDH realiza la misma operación que en *Siliadin*: primero comprueba si a las demandantes se les impuso trabajos forzados y después examina si, además, habían sido sometidas a servidumbre o esclavitud.

A) Concepto de trabajos forzados

Esta sentencia es muy relevante porque se trata del segundo caso en el que el TEDH se pronuncia sobre los trabajos forzados en el contexto de abusos entre particulares (después de *Siliadin*).⁵²³ Hasta el momento, el Tribunal había desarrollado y consolidado cierta jurisprudencia sobre el trabajo impuesto por el Estado, especialmente en el marco de las “obligaciones cívicas normales”, y del resto de excepciones. Estas no se aplican a las relaciones entre particulares por lo que, en principio, cualquier “trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”, constituiría trabajos forzados.

Como el criterio de la “carga desproporcionada” diseñado en *Van der Musselle* era aplicable únicamente a efectos del trabajo exigido por el Estado, el TEDH elabora un test de proporcionalidad *equivalente* para los trabajos se imponen entre particulares: “el tipo y volumen de trabajo”. La aplicación de este criterio le permite distinguirlo de “echar una

⁵²⁰ Ibid., párr. 34.

⁵²¹ Ibid., párr. 5-49. Cita párr. 47.

⁵²² Ibid., párr. 57.

⁵²³ Que en la actualidad son los más frecuentes. Sobre su evolución: García Schwarz, R., “Trabajo forzoso”, *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Baylos Grau, A./Florencio Thomé, C./García Schwarz, T., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 2070-2071.

mano, algo que razonablemente puede esperarse de otros miembros de la familia o de una persona que comparte alojamiento”.⁵²⁴ Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que el tipo y volumen de trabajo es desproporcionado? El TEDH introduce el criterio del “trabajo realizado por un empleado profesional” de modo que, como CN “había sido obligada a trabajar tan duro que, sin su ayuda, el Sr. y la Sra. M hubieran tenido que contratar y pagar a una empleada doméstica”,⁵²⁵ el trabajo realizado por CN alcanza el umbral para constituir trabajo forzoso y el de V no.⁵²⁶

En relación con el elemento de “amenaza de una pena”, el Tribunal tiene en cuenta la percepción subjetiva de la amenaza atendiendo a las características personales de CN, entendiendo que “puede adoptar formas más sutiles, de carácter psicológico, como la amenaza de denunciar a las víctimas ante la policía o las autoridades de inmigración cuando su situación laboral es ilegal”.⁵²⁷ El Sr. y la Sr. M amenazaban regularmente a las demandantes con ser enviadas a Burundi, lo que para CN era sinónimo de muerte y abandono de sus hermanas menores. Esto, según el TEDH, convierte la percepción subjetiva de amenaza (aunque no sea real) en equivalente a la amenaza de pena como elemento constitutivo de trabajos forzados.⁵²⁸

B) Concepto de servidumbre

Para determinar que, además de trabajos forzados, la situación era constitutiva de servidumbre, el TEDH se centra en uno de los elementos definitorios de la servidumbre que lo diferencian de los trabajos forzados: “el sentimiento de la víctima de que su condición es permanente y que es poco probable que cambie”, sentimiento que puede basarse en criterios objetivos o ser “provocado o mantenido por aquellos responsables de la situación”.⁵²⁹

Para valorarlo, el Tribunal tiene en cuenta varias circunstancias: subjetivas, como la percepción de CN de que su situación administrativa era irregular y que no podía librarse del control sin pasar a una situación de peligro; y objetivas como el aislamiento y la duración del mismo (cuatro años), puesto que no había asistido al colegio, no había recibido ningún tipo de formación ni había podido crear ninguna clase de contactos.⁵³⁰ A continuación, también tiene en cuenta la situación de V a pesar de que, según su propio razonamiento, esto no sería necesario ya que la servidumbre es una forma agravada de trabajo forzoso y previamente había considerado que en el caso de V no había existido.⁵³¹ En cualquier caso, considera que no fue confinada a servidumbre porque se encontraba en

⁵²⁴ CN y V, párr. 74.

⁵²⁵ Ibid., párr. 75.

⁵²⁶ Ibid., párr. 75-76 Además, mientras que CN no asistía a la escuela, era responsable de todas las tareas domésticas y tenía que ocuparse de su hijo discapacitado durante siete días de la semana, sin días libres y sin sueldo, V había podido asistir a la escuela y ayudaba a CN cuando terminaba los deberes.

⁵²⁷ Ibid., párr. 77.

⁵²⁸ Ibid., párr. 77.

⁵²⁹ Ibid., párr. 91. Ver también: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 253 y ss.

⁵³⁰ Ibid., párr. 92.

⁵³¹ Ibid., párr. 79.

una situación de menor aislamiento porque, “a diferencia de su hermana mayor, pudo asistir al colegio y sus actividades no se habían confinado a casa del señor y la señora M”.⁵³² Por tanto, esta característica distintiva puede calificarse como un estado de aislamiento debido al control ejercido sobre diferentes aspectos de la vida de la víctima.⁵³³ Por último, descarta referirse a la esclavitud, por lo que “se abstiene de reflexionar seriamente sobre cómo interpretar el concepto de esclavitud en las sociedades democráticas actuales”.⁵³⁴

Siguiendo este razonamiento, pueden realizarse algunas consideraciones: en primer lugar, se confirma la idea de una progresiva gravedad de las conductas incluidas en el artículo 4 cuando indica que la servidumbre es un tipo *agravado* de trabajo forzoso; y en segundo lugar, se reafirman los elementos normativos de la servidumbre: la obligación de realizar ciertos servicios (elemento trabajo forzoso), la obligación de vivir en la propiedad de otra persona (elemento limitación de la libertad deambulatoria), y la imposibilidad de alterar la condición, que es indicativo de una situación de aislamiento.

3.1.8 Caso *C.N. c. Reino Unido* (2012).⁵³⁵

En este caso, la ugandesa CN había recibido ayuda de unos familiares (S y A) para entrar en Reino Unido con documentación falsa. Una vez en Reino Unido, se le había retirado su pasaporte y había empezado a trabajar para M, que tenía un negocio de asistencia y cuidados. A principios de 2003, CN comenzó a trabajar para una pareja mayor como cuidadora interna, lo que le supuso un gran esfuerzo físico y emocional porque tenía que estar disponible día y noche, y no tenía días libres. Únicamente libraba un par de horas de un domingo de cada mes, aunque en esas ocasiones la solía recoger M para llevarla a casa de S. La pareja le transfería dinero a M, y ella no recibía remuneración por su trabajo aparte de pequeños regalos que la pareja la entregaba directamente. Su libertad de movimiento estaba limitada y había sido advertida para que no hablase con nadie.

Finalmente pudo denunciar su situación a las autoridades, que consideraron que C.N. no había sido víctima de trata de seres humanos y no tuvieron en cuenta su alegación de sometimiento a trabajos forzosos, razón por la que CN presentó una demanda ante el tribunal de Estrasburgo en la que aducía que el gobierno británico había vulnerado sus obligaciones positivas del artículo 4 CEDH.⁵³⁶

En esta sentencia el TEDH dedica la mayor parte de su razonamiento a la determinación del alcance de las obligaciones positivas del artículo 4 CEDH.⁵³⁷ Así, aunque debería

⁵³² Ibid., párr. 93.

⁵³³ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 253. En el mismo sentido, los trabajos preparatorios del PIDCP, donde la servidumbre es entendida como el “estado de dominación de un individuo por otro”, como un estado de dependencia personal. Ver *infra*.

⁵³⁴ Bonet Pérez, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 200.

⁵³⁵ STEDH (4ª Sección), Asunto *CN c. Reino Unido*, No. 4239/08, 13 de noviembre de 2012.

⁵³⁶ Ibid., párr. 42.

⁵³⁷ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 255 y ss.

haber examinado preliminarmente si los hechos encajaban, *ratione materiae*, en el artículo 4 CEDH –que le otorgan competencia–, el TEDH no determina si estos se corresponden con la definición de esclavitud, servidumbre, trabajos forzados o trata. En su lugar, se ciñe a la “verosimilitud” de la denuncia por parte de CN o, en otras palabras, si las circunstancias debían haber dado lugar a una “sospecha creíble” de que la demandante había sido víctima de trata, servidumbre doméstica o trabajos forzados.⁵³⁸

La única pista que nos ofrece sobre el encaje de los hechos en el artículo 4 es que “son manifiestamente similares a los descritos en el caso *Silidin*”,⁵³⁹ y que concurren ciertas circunstancias que apuntan que la situación podía calificarse como servidumbre: “se le había retirado el pasaporte, S no le había entregado su salario tal y como acordaron, y habían amenazado explícita e implícitamente con denunciarla ante las autoridades de inmigración”.⁵⁴⁰ En esta sentencia se destaca el carácter complejo de la servidumbre, que es “diferente de la trata y la explotación, que [...] abarca formas de coacción tanto abiertas como más sutiles para forzar el cumplimiento”.⁵⁴¹ No obstante, no explica bien en qué basa la similitud con el caso *Silidin*, renunciando a determinar si las circunstancias descritas podían calificarse como servidumbre o trabajos forzados atendiendo a sus propios criterios.

3.1.9 Caso *Chowdury c. Grecia* (2017).⁵⁴²

Este caso se refiere a un grupo de migrantes bangladesíes que residían en Grecia sin permiso de trabajo, que habían sido captados para ser empleados en una finca de fresas en condiciones especialmente duras, trabajando en los invernaderos de 7 a 19 horas todos los días bajo la supervisión de guardias de seguridad armados. Sus empleadores no les pagaban y les advirtieron que sólo recibirían su salario si continuaban trabajando. Además, vivían en chozas improvisadas hechas de cartón, nylon y bambú, sin retretes ni agua corriente. Tal y como destaca el TEDH, cualquier intento de abandonar el trabajo habría supuesto que su expulsión de Grecia fuera “más que probable, y hubiera significado la pérdida de toda esperanza de recibir los salarios que se les adeudaban, incluso en parte”.⁵⁴³ En una ocasión en la que los guardias de seguridad habían abierto fuego contra los trabajadores, el caso comenzó a ser investigado y se inició un procedimiento contra los capataces y los guardias de seguridad por delitos de trata de seres humanos.⁵⁴⁴ Estos fueron finalmente condenados únicamente por lesiones agravadas y por la utilización ilí-

⁵³⁸ CN, párr. 71-72. Esto lo ha hecho también así en otras sentencias, como en *LE c. Grecia*, párr. 51 y ss.

⁵³⁹ CN, párr. 72.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, párr. 80.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² STEDH (1ª Sección), Asunto *Chowdury y Otros c. Grecia*, No. 21884/15, 30 de junio de 2017. Un comentario de esta sentencia lo podemos encontrar en: Stoyanova, V., “Sweet Taste with Bitter Roots: Forced Labour and *Chowdury and Others v Greece*”, *European Human Rights Law Review*, Vol. 1, 2018, pp. 67–75

⁵⁴³ *Ibid.*, párr. 94.

⁵⁴⁴ Hechos en párr. 5-23.

cita de armas de fuego, por considerar que las condiciones habían sido consentidas previamente por los trabajadores y que no había existido una situación de vulnerabilidad.⁵⁴⁵

A) Concepto de trabajos forzados

Desde la perspectiva de las definiciones, el desafío planteado por el caso es que los migrantes eran libres de abandonar la finca, lo que llevó al Estado griego a sostener que había habido un consentimiento que excluía la aplicación de los trabajos forzados. No obstante, el Tribunal recuerda que, para valorar los elementos del trabajo forzoso y, en particular, la validez del consentimiento, deben tomarse en consideración todas las circunstancias del caso,⁵⁴⁶ tanto las circunstancias *objetivas* –fundamentalmente el tipo y volumen de trabajo–, como la percepción subjetiva de la amenaza (el miedo a no cobrar los salarios, a ser detenidos o expulsados, etc.).⁵⁴⁷ El Tribunal considera que el empleador ha abusado de la situación de vulnerabilidad e los trabajadores, lo que impide considerar que se han presentado voluntariamente.⁵⁴⁸ Se trata de una presunción que limita profundamente el alcance del consentimiento previo, que no es suficiente en algunos casos para excluir la aplicación del trabajo forzoso.

Además, recuerda que “los acusados se impusieron mediante amenazas con las armas que portaban” y que “informaron a los trabajadores que no les pagarían y que les matarían si no continuaban trabajando para ellos”,⁵⁴⁹ lo que constituye una amenaza de pena. En definitiva, el examen de las circunstancias y, en particular, la situación de vulnerabilidad de los migrantes “sin recursos y en riesgo de ser arrestados, detenidos y deportados”,⁵⁵⁰ permitió al TEDH diluir la relevancia del consentimiento previo de las víctimas, y concluir que su situación entraba en el ámbito de aplicación del artículo 4, párrafo 2, del CEDH, como constitutiva de trata de seres humanos y trabajos forzados

B) Concepto de servidumbre

El TEDH realiza un esfuerzo para delimitar los conceptos incluidos en el artículo 4 del CEDH, y aplica por primera vez el criterio diferenciador entre la servidumbre y los trabajos forzados elaborado en *CN* y *V c. Francia* –el sentimiento de la víctima acerca de la permanencia de su situación– para sostener que en este caso no había una situación de servidumbre.⁵⁵¹ Lo vincula sobre todo a la temporalidad de la situación de los trabajadores

⁵⁴⁵ Ibid., párr. 24-27.

⁵⁴⁶ Ibid., párr. 90.

⁵⁴⁷ Ibid., párr. 94.

⁵⁴⁸ Ibid., párr. 95. Esto es coherente con la interpretación de la OIT, que reconoce que “el consentimiento inicial puede considerarse irrelevante cuando se ha utilizado el engaño o el fraude para obtenerlo”: ver: OIT, *A global Alliance Against Forced Labour. Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 2005, p. 6: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf> [último acceso: 19/01/2020]. Para Lucifora, esta afirmación expande el ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH: Lucifora, A., “From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labor after the Chowdury case”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, No. 3, 2019, pp. 261 y ss.

⁵⁴⁹ Ibid., párr. 97.

⁵⁵⁰ Ibid., párr. 96.

⁵⁵¹ *CN* y *V*, párr. 91

y a que no se encontraban en situación de aislamiento:

Mientras que esas circunstancias concurrían en la figura del primer demandante en C.N. c. Francia, en el caso que nos acontece no tuvieron los demandantes tal sentimiento en tanto que todos ellos eran trabajadores temporales reclutados para la recogida de la fresa. [...] las condiciones laborales y de vida de los demandantes no derivó en un estado de exclusión del mundo exterior, sin posibilidad de renunciar y buscar otro trabajo [...].⁵⁵²

Este razonamiento que vincula la servidumbre con la temporalidad plantea el siguiente interrogante: ¿Qué ocurre si una persona sabe la fecha de finalización de una situación de, por ejemplo, servidumbre por deudas? Digamos que un migrante ha aceptado unas condiciones extremadamente abusivas bajo la amenaza de una pena (como la deportación), y además se le somete a una “forma particularmente grave de denegación de libertad”.⁵⁵³ Bajo las premisas del TEDH, si la persona sabe que su situación es temporal, podría no considerarse servidumbre.

C) Concepto de trata de seres humanos

El TEDH considera aplicable el delito de trata porque, a la luz del artículo 3 del Protocolo de Palermo y el artículo 4 del Convenio de Varsovia, la explotación laboral también puede ser una de las finalidades de la trata de seres humanos.⁵⁵⁴ Para determinar que tuvo lugar, examina los elementos del delito de trata: indica que los demandantes fueron *reclutados* en distintas fechas (elemento ‘acción’), para realizar un trabajo en condiciones especialmente penosas (elemento ‘finalidad’).⁵⁵⁵ También examina los medios empleados (violencia, amenazas, abuso de situación de vulnerabilidad – elemento ‘medios’), pero en el contexto de los trabajos forzados.

A pesar de lo anterior, el Tribunal no examina claramente qué papel ha jugado la violencia, o el engaño, o el abuso de la situación de vulnerabilidad, etc., en el proceso de reclutamiento. Es decir, aunque se base en la definición del Protocolo de Palermo, que tiene una estructura de acción, medios y finalidad de explotación, no termina de analizar por qué se han dado dichos medios específicos en el proceso de reclutamiento, transporte o recepción. Pasa directamente a examinar su existencia (principalmente las amenazas y abuso de situación de vulnerabilidad) en el contexto del trabajo forzoso, que es la finalidad del delito de trata pero que no necesariamente tiene que concurrir para que exista. Podría argumentarse que la idea subyacente que tiene en cuenta es que ha existido un *engaño* respecto a las condiciones de trabajo *en el momento de la captación*, pero al no decirlo expresamente, parece confundir la trata con la finalidad de trabajos forzoso.⁵⁵⁶

⁵⁵² Chowdury, párr. 98.

⁵⁵³ Van Droogenbroeck, párr. 79.

⁵⁵⁴ Chowdury, párr. 93.

⁵⁵⁵ Ibid., párr. 94.

⁵⁵⁶ Esto también es señalado en Asta, G., “The Chowdury Case Before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking”, *Studi sull’integrazione europea*, Vol. 1, 2018, pp. 195–212; Lucifora, A., “From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labour after the Chowdury case”, p. 262.

3.1.10 Caso *Tibet Menteş y Otros c. Turquía* (2018).⁵⁵⁷

Los demandantes eran empleados de las tiendas *duty-free* en el aeropuerto de İzmir Adnan Menderes desde 1993. Tenían ciclos de “trabajo y descanso”, que significaba trabajo 24 horas y descanso las siguientes 24 durante el periodo estival. Su horario de trabajo no tenía en cuenta los fines de semana ni los días festivos, ya que las tiendas *duty-free* permanecen abiertas las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Los trabajadores demandaron a la empresa por incumplir la legislación laboral y el convenio colectivo que exigía el pago de las horas extra cuando las horas éstas excedían un determinado número, como era el caso. La justicia turca desestimó sus pretensiones y finalmente los trabajadores demandaron a Turquía por considerar que los hechos equivalían a trabajos forzoso u obligatorios.⁵⁵⁸

La cuestión clave que debe abordar para saber si se alcanza el umbral de trabajo forzoso es la siguiente: ¿es suficiente la imposición de unas condiciones contrarias a los estándares internacionales de Derecho del trabajo para que exista trabajo forzoso? O, en otras palabras, ¿el criterio “naturaleza y volumen de trabajo” afecta *siempre* al consentimiento previo?

En este caso, el TEDH no analiza las condiciones de los trabajadores, sino que se ciñe al argumento de que siendo conscientes de las mismas las habían aceptado voluntariamente, y que no podía considerarse que había existido “amenaza de pena” porque “no había indicios de ningún tipo de lesión física o coacción mental”.⁵⁵⁹ Por tanto:

Ante la ausencia de tales pruebas, la mera posibilidad de que los solicitantes pudieran haber sido sancionados con un despido si hubieran rechazado trabajar bajo el régimen del acuerdo impugnado no constituye una amenaza de sanción en el sentido del artículo 4 de la Convención.⁵⁶⁰

El TEDH se había pronunciado en sentido similar en otras ocasiones, donde excluye la aplicación del artículo 4 CEDH aunque las condiciones de trabajo impuestas sean de explotación o perjudiciales para el trabajador: así ocurrió *Sokur c. Ucrania*,⁵⁶¹ que trata del impago de salarios; *Antonov c. Rusia*,⁵⁶² donde se transfirió al demandante a un puesto menos lucrativo; o en *Radi y Gherghina c. Rumanía*,⁵⁶³ relativa a las condiciones excesivamente gravosas que se imponen a los familiares de personas con discapacidad que actúan como asistentes personales

⁵⁵⁷ STEDH (Segunda Sección), Asunto *Tibet Menteş y Otros c. Turquía*, No. 57818/10 y otros 4, de 24 de octubre de 2017.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, párr. 7 y ss.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, párr. 68.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ Decisión TEDH (Segunda Sección), *Sokur c. Ucrania*, No. 29439/02, 26 de noviembre de 2002. El TEDH concluye que no había existido esclavitud o trabajo forzoso porque “el demandante había realizado su trabajo voluntariamente y nunca se le ha negado el derecho a percibir una remuneración”, por lo que se trata, más bien, de una cuestión civil. Párr. 3.

⁵⁶² Decisión TEDH (3ª Sección), *Antonov c. Rusia*, No. 38020/03, 3 de noviembre de 2005.

⁵⁶³ Decisión TEDH (4ª Sección), *Radi y Gherghina c. Rumanía*, No. 34655/14, 5 de enero de 2016.

El hecho de que el TEDH utilice únicamente los elementos de la definición del Convenio No. 29 de la OIT para determinar si ha existido o no trabajo forzoso es ilustrativo. El razonamiento del tribunal en anteriores sentencias podía interpretarse en el sentido de que además de los criterios “ausencia del consentimiento” y “amenaza de pena”, es necesario que el trabajo sea de un determinado tipo y alcance un cierto volumen para que existan trabajos forzosos.⁵⁶⁴ No obstante, en esta sentencia el TEDH muestra que los elementos esenciales del trabajo forzoso son los del Convenio No. 29, lo que no quiere decir que el criterio de la “naturaleza y volumen de trabajo” sea inocuo o no deba tenerse en cuenta a la hora de evaluar la existencia de trabajos forzosos. Debe valorarse, pero en relación con el elemento del consentimiento de forma que, en determinadas circunstancias, no pueda considerarse que el consentimiento se ofreció válidamente.

	Trabajos forzosos: definición del Convenio No. 29 de la OIT. Las excepciones delimitan el concepto de trabajo forzoso (no lo limitan)	Servidumbre: definición propia – forma agravada de trabajo forzoso–	Esclavitud	Trata de seres humanos: definición del Protocolo de Palermo
Impuesto entre particulares	<p>Elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Amenaza de una pena “lo suficientemente intimidante” para lo que se valora la percepción subjetiva de la amenaza teniendo en cuenta sus características personales como edad, estatus irregular, etc. (<i>Siliadin</i>) — Involuntariedad o ausencia de consentimiento. En condiciones de extrema vulnerabilidad no pueden consentir válidamente (<i>Chowdury</i>) <p>En ocasiones se aplica el criterio de proporcionalidad del “tipo y volumen de trabajo” que haría un profesional remunerado (<i>CN y V c. Francia</i>), pero no en otras (<i>Sokur, Radi y Gherghina; Antonov; Tibet Mentés</i>)</p>	<p>Elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Coacción para prestar servicios; — La obligación de vivir en la propiedad ajena; — Imposibilidad de alterar esa condición (que lo diferencia del trabajo forzoso) <p>Se caracteriza principalmente por el <i>aislamiento</i>. Este puede manifestarse, por ejemplo, a través de la imposibilidad de crear lazos o redes de contacto; la duración de la situación o que el trabajo no sea temporal (<i>Siliadin; CN y V; CN; Chowdury</i>)</p> <p>Es diferente de la trata y la explotación, y requiere la comprensión de las diferentes formas de coacción –más y menos sutiles– que pueden emplearse y que determinan un control sobre otros aspectos de la vida aparte del trabajo.</p>	Lo asimila a la esclavitud legal (<i>Siliadin</i>), aunque en <i>MC y Otros</i> da a entender que, si el pago en el matrimonio equivale a transferencia de propiedad, puede ser esclavitud.	La trata se incluye dentro del ámbito del artículo 4 porque, interpretado conforme a su sentido y espíritu “se basa en el ejercicio de las potestades vinculadas al derecho de propiedad” (<i>Rantsev; VF; JA; LE; J y Otros; Chowdury; MC y Otros</i>)
Impuesto por el Estado	A) Trabajo exigido a una persona detenida → debe estar dentro de “lo ordinario”, donde se tiene en cuenta la finalidad, alcance, naturaleza, forma de llevarlo a cabo y si hay algún tipo de remuneración (<i>Van Droogenbroeck; Twenty-one detainees; Floroiu, Zhelyazkov; Stummer; Meier</i>)	Las excepciones del trabajo forzoso no se aplican a la servidumbre (<i>W. X, Y y Z c. Reino Unido</i>)		

⁵⁶⁴ *CN y V.*, párr. 74 y *Chowdury*, párr. 91.

	<p>B) Trabajo exigido como parte del servicio militar obligatorio, incluidas las prestaciones sustitutorias → no está incluido el servicio voluntario. El TEDH puede pronunciarse sobre el alcance (<i>W, X, Y y Z; Johansen; Chitos y Lazaridis</i>)</p>			
	<p>D) Trabajo exigido como parte de las obligaciones cívicas normales: no puede suponer una “carga desproporcionada”, para lo que se tiene en cuenta el tipo de actividad, la existencia de beneficios o compensación, que se trate de una ley general, y los principios de solidaridad social (<i>Van der Musele; Four Companies; Karlheinz Schidmt; Reitmayr; Zarb Adami; Mihal; X; Bucha; Schuitemaker; GrazzianiWeiss</i>)</p>			

Tabla 4: resumen de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 4: elaboración propia.

3.2 Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO): concepto de esclavitud en *Mani Hadijatou c. Níger*.

La CEDEAO se estableció en 1975 para “elear el nivel de vida de sus pueblos y contribuir al progreso y desarrollo del continente africano”.⁵⁶⁵ El Tribunal tiene competencia para instruir casos de violaciones de derechos humanos que ocurran en cualquier Estado miembro de la CEDEAO, siendo su marco de referencia la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos universales para la protección de los derechos humanos.⁵⁶⁶

En 2008 el Tribunal determinó que la República de Níger había violado la prohibición de esclavitud tal y como se recoge en la Carta Africana,⁵⁶⁷ al haber reconocido el estatus

⁵⁶⁵ Tratado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, ONU, *Treaty Series*, Vol. 1010, p. 17, 28 de mayo de 1975..

⁵⁶⁶ Según el Protocolo Suplementario A/SP.1/01/05 de 19 de enero de 2005, que modifica el Protocolo de 1991, en su artículo 3.4 indica que: “El tribunal tiene jurisdicción para determinar si se ha producido una violación de derechos humanos en cualquier Estado Miembro”. Además, el artículo 4 establece los principios a los que se deben adherir cuando persigan la integración regional económica. Entre dichos principios, el artículo 4 g) se refiere al “reconocimiento, promoción y protección de los Derechos humanos y de los pueblos de acuerdo con la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos”. Sobre esto, ver: Eboerah, S.T., “A Rights-Protection Goldmine or a Waiting Volcanic Eruption? Competence of, and Access to, the Human Rights Jurisdiction of the ECOWAS Community Court of Justice,” *African Human Rights Law Journal*, Vol. 7, 2007, pp. 312-313. También: Alter, K. J., “Lawrence R. Helfer; Jaqueline R. McAllister, A New International Human Rights Court for West Africa: The Ecowas Community Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, pp. 737 y ss.

⁵⁶⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad CEDEAO, *Hadijatou Mani Koraou v. República de Níger*, ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octubre 2008. Traducción no oficial al inglés en: [https://www.unodc.org/res/cld/case-law-doc/traffickingpersonscrimetype/ner/2008/h_m_v_republic_of_niger.html/Hadijatou Mani v. Republic of Niger Community Court of Justice Unofficial English translation.pdf](https://www.unodc.org/res/cld/case-law-doc/traffickingpersonscrimetype/ner/2008/h_m_v_republic_of_niger.html/Hadijatou%20Mani%20v.%20Republic%20of%20Niger%20Community%20Court%20of%20Justice%20Unofficial%20English%20translation.pdf) Como expone Adjolahoun, esta sentencia es muy relevante porque la presión mediática a Níger produjo cambios significativos, Adjolahoun, H. S., “The ECOWAS Court as a Human Rights Promoter: Assessing Five Years' Impact of the Koraou Slavery Judgment”, *Netherlands Quarterly of*

de esclava de Mani sin ponerle fin. Los hechos probados son los siguientes: en 1996, Hadijatou Mani había sido vendida con 12 años a El Hadi Souleymane Naroua, un jefe de tribu de 46, para que se ocupara del trabajo doméstico y actuara como concubina. Tras nueve años en esa situación, en 2005 fue liberada en contra de la voluntad de Naroua, que la consideraba su esposa. Para que se reconociese plenamente su situación de libertad y que su situación previa no había sido un matrimonio válido sino esclavitud, Mani acudió a un tribunal civil,⁵⁶⁸ que le dio la razón en primera instancia, pero no en la apelación. Mientras tanto, Mani había contraído matrimonio con otra persona y Naroua presentó una denuncia que terminó en una condena por un delito de bigamia. Tras eso, Mani denunció a Naroua como autor de un delito de esclavitud y, finalmente, agotados los recursos internos, acudió al Tribunal de Justicia de ECOWAS, alegando la vulneración de varios artículos de la Carta Africana (entre ellos, la prohibición de esclavitud y comercio de esclavos del artículo 5).

La sentencia confirma la naturaleza de prohibición *absoluta* e inderogable de la esclavitud establecida en el Derecho internacional,⁵⁶⁹ y aplica la definición de la Convención de 1926 teniendo en cuenta la interpretación de la jurisprudencia penal internacional.⁵⁷⁰ Concluye que en el caso se habían ejercitado conscientemente⁵⁷¹ los atributos del derecho de la propiedad puesto que:

había indicios de esclavitud, tales como el control de los movimientos, del entorno físico, control psicológico, medidas para prevenir o evitar la escapada, fuerza, amenaza de fuerza o coerción, duración, afirmación de exclusividad, sujeción a tratos crueles y abusos, control de la sexualidad y trabajos forzados”.⁵⁷²

3.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

3.3.1 Caso de las masacres de Ituango c. Colombia.⁵⁷³

Human Rights, Vol. 31, No. 2, 2013, p. 345 y ss. También: Duffy, H., “Implementation of an ECOWAS Court Judgment: Hadijatou Mani Koraou v The Republic of Niger” *Interights Bulletin*, Vol. 6, 2010, pp. 66y ss.; de la misma autora: “Hadijatou Mani Korua v Niger: Slavery Unveiled by the ECOWAS Court”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, 2009, p. 151. En sentido más crítico, ver: Kelley, T., “Apples to Oranges: Epistemological Dissonance in the Human Rights Case Hadijatou Mani v. Niger”, *Quinnipiac Law Review*, Vol. 32, 2014, pp. 350 y ss.; Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 206-216.

⁵⁶⁸ *Hadijatou Mani Koraou*, párr. 16.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, párr. 75, citando a la Corte Internacional de Justicia en *Barcelona Traction* en párr. 81. Sobre las implicaciones del estatus erga omnes para los estados, ver Duffy, H., “Hadijatou Mani Korua v Niger: Slavery Unveiled by the ECOWAS Court”, pp. 158-159.

⁵⁷⁰ *Hadijatou Mani Koraou*, párr. 77.

⁵⁷¹ *Ibid.*, párr. 80.

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ CIDH, *Masacres de Ituango v. Colombia*, Series C No. 148, de 1 julio de 2006. Entre junio de 1996 y octubre de 1997, en el Municipio de Ituango de Colombia grupos paramilitares pertenecientes a las Auto-defensas Unidas de Colombia (AUC) llevaron a cabo incursiones armadas en ese Municipio asesinando a su paso a civiles, despojando de los bienes y generando terror y desplazamiento. La Comisión señaló que “transcurridos más de ocho años desde la incursión en el corregimiento de La Granja y más de seis años desde la incursión armada en el corregimiento de El Aro, el Estado colombiano no había cumplido aún en

La Corte interamericana de derechos humanos es (CIDH) el órgano judicial que supervisa la correcta aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (la Carta de San José). Una de las tres ocasiones⁵⁷⁴ en las que se ha pronunciado sobre la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados (artículo 6) fue en el caso *Ituango c. Colombia*, en el marco del conflicto interno armado de Colombia. En este caso quedó probado que durante una incursión en un municipio de Ituango “el Aro”, grupos paramilitares privaron de su libertad y obligaron a 17 campesinos a arrear los animales durante varios días,⁵⁷⁵ bajo la amenaza de que sus vidas corrían peligro.⁵⁷⁶

La Corte interpretó el alcance de la prohibición de trabajos forzados a la luz de la Convención No. 29 de la OIT⁵⁷⁷ puesto que, conforme al artículo 31.2 y 3 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la Carta de San José,⁵⁷⁸ esta última debe interpretarse conforme a los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados y el sistema en el que se inscribe. De este modo, la Corte desglosa los elementos de la definición y los aplica al caso concreto: debe existir la “amenaza de una pena”, que consiste en la presencia real y actual de una intimidación que puede asumir formas y gradaciones heterogéneas, y la “falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio”, es decir, la ausencia de consentimiento en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Partiendo de estos elementos, la Corte consideró que las amenazas directas, la privación de libertad y la existencia de un contexto de extrema violencia agravado por la connivencia de los agentes estatales,⁵⁷⁹ determinaba la calificación de los hechos como trabajos forzados.

3.3.2 Caso de *las masacres de Río Negro c. Guatemala*.⁵⁸⁰

En este caso, niños pertenecientes a la comunidad de Río Negro que sobrevivieron a las masacres fueron entregados y obligados, bajo amenazas, a la realización de trabajos forzados. Según la Comisión, eran maltratados, golpeados, teniendo prohibido hablar con sus familiares, y fueron sometidos a servidumbre doméstica y trabajos forzados. En la

forma sustancial con su obligación de esclarecer los hechos, juzgar a todos los responsables en forma efectiva y reparar adecuadamente a las presuntas víctimas y sus familiares”: párr. 2.

⁵⁷⁴ Además de esos tres pronunciamientos, la Comisión interamericana había presentado una denuncia ante la Corte por el caso José Pereira en 1994, pero no llegó a pronunciarse porque el Estado brasileño llegó a una solución amistosa y aceptó su responsabilidad. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 95/03 - Petición 11289; Solución Amistosa José Pereira - Brasil, de 24 de octubre de 2003.

⁵⁷⁵ *Ituango*, párr. 150

⁵⁷⁶ *Ibid.*, párr. 141.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, párr. 154-165.

⁵⁷⁸ El artículo 29 establece las siguientes reglas de interpretación: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, párr. 162 y 163, y párr. 164 y 165.

⁵⁸⁰ CIDH, *Masacres de Río Negro v. Guatemala*, Series C, No. 250, 4 septiembre 2012.

sentencia se condena al Estado guatemalteco por no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar el bienestar de los menores, ya que el propio Estado había aceptado su responsabilidad “parcial” *ex* artículo 6 de la Carta. Por esta razón, la CIDH no se pronuncia sobre los conceptos, más allá del recordatorio de que la prohibición de la esclavitud es una norma de *ius cogens* y, por tanto, inderogable.⁵⁸¹

3.3.3 Caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*.⁵⁸²

El último pronunciamiento de la Corte sobre esta cuestión ha tenido lugar en un caso presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra Brasil, por un caso de trabajos forzados y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde.

Los hechos se enmarcan en un contexto en el que un nutrido grupo de trabajadores, en su mayoría hombres afroamericanos de entre 15 y 40 años, eran anualmente sometidos a trabajo esclavo. El grupo afectado procedía de las regiones más pobres del país y con menos perspectivas de trabajo, y su situación de extrema vulnerabilidad se debía, entre otros motivos, a la falta de recursos adecuados y efectivos que protegieran sus derechos no sólo de manera formal, a la pobreza extrema, a la insuficiente presencia de instituciones estatales y a la inequitativa distribución de la tierra.⁵⁸³

La sentencia de la Corte Interamericana de 20 de octubre de 2016 es muy relevante por los siguientes motivos: en primer lugar, porque realiza un recorrido por la evolución de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso en el Derecho internacional,⁵⁸⁴ y en la jurisprudencia internacional, utilizándola para complementar sus propios criterios;⁵⁸⁵ y, en segundo lugar, porque cuando examina los elementos del concepto de esclavitud, utiliza los parámetros doctrinales *Bellagio-Harvard*,⁵⁸⁶ siendo un claro ejemplo de aplicación de avances científicos y doctrinales a la práctica jurídica.

A) Sometimiento a esclavitud

La CIDH parte de la Convención de 1926 y señala que los elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo, que se refiere tanto a situaciones *de iure* como *de facto*; y ii) el ejercicio de alguno de los

⁵⁸¹ Ibid., párr. 141.

⁵⁸² CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*, Series C, No. 318, 20 de octubre 2016

⁵⁸³ Ibid., párr. 129-152. Sobre esto, ver también: De Oliveira, R. C., “Seeking Victims' Perspective on Remedy: The Case of Brasil Verde Farm's Workers”, *Revista Direito GV Law Review*, Vol. 14, No. 2, 2018, pp. 334-366, especialmente pp. 348 y ss.; Scott, R. J./de Andrade Barbosa, L. A./Haddad, C. E., “How Does the Law Put a Historical Analogy to Work: Defining the Imposition of a Condition Analogous to That of a Slave in Modern Brazil”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Vol. 13, No. 1, 2017, pp. 41 y ss.; Haddad, C. H., “The Definition of Slave Labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38, 2017, pp. 497 y ss.; Breyer, S. J., “Using the Organization of American States to End the Abuse of Restaveks”, *Columbia Human Rights Review*, Vol. 48, 2016, pp. 182 y ss.

⁵⁸⁴ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 248 y ss.

⁵⁸⁵ Ibid., párr. 259 y ss.

⁵⁸⁶ Ibid., párr. 269 y ss. Las Directrices son un conjunto de Parámetros elaborados por el Grupo de Investigación de Parámetros Jurídicos de Esclavitud. Ver Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 371-378. Ver también *infra*.

atributos del derecho de propiedad, es decir: que la persona que somete a esclavitud ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima.⁵⁸⁷ Partiendo de esto, la Corte señala que deben tenerse en cuenta los indicadores de la sentencia *Kunarac*,⁵⁸⁸ y describe los hechos relevantes a efectos de estos indicadores, constatando que:

i) los trabajadores se encontraban sometidos al efectivo control de los gatos, gerentes, guardias armados de la hacienda, y en definitiva también de su propietario; ii) de forma tal que se restringía su autonomía y libertad individuales; iii) sin su libre consentimiento; iv) a través de amenazas, violencia física y psicológica, v) para explotar su trabajo forzoso en condiciones inhumanas. Asimismo, las circunstancias de la fuga emprendida por los señores Antônio Francisco da Silva y Gonçalo Luiz Furtado y los riesgos enfrentados hasta denunciar lo ocurrido a la Policía Federal demuestran: vi) la vulnerabilidad de los trabajadores y vii) el ambiente de coacción existente en dicha hacienda, los cuales viii) no les permitían cambiar su situación y recuperar su libertad.⁵⁸⁹

Por estas razones, la Corte concluye que la situación en la Hacienda Brasil Verde representaba una situación de esclavitud.

B) Servidumbre

Para el concepto de servidumbre, la CIDH parte de la Convención Suplementaria de 1956 e incorpora la jurisprudencia del TEDH sobre el concepto de servidumbre. En ciertos momentos parece que considera a la esclavitud y la servidumbre figuras equivalentes, especialmente cuando precisa que esta última “conlleva las mismas obligaciones que la esclavitud tradicional”,⁵⁹⁰ pero esto debe entenderse únicamente en términos de equivalencia de obligaciones y protección puesto que, más adelante, la Corte da a entender que existe una cierta gradación entre los fenómenos cuando afirma que los hechos “sobrepasaban los extremos de servidumbre por deuda y trabajo forzoso, para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud”.⁵⁹¹

Además, en esta sentencia la Corte aplica la jurisprudencia del TEDH sobre el concepto de servidumbre:⁵⁹² a) la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción [elemento trabajo forzoso, cuando valora por qué no existe consentimiento y hay amenaza de una pena]; y b) la obligación de vivir en la propiedad de otra

⁵⁸⁷ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 269.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, párr. 272.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, párr. 304. Ver también Scott, R. J./de Andrade Barbosa, L. A./Haddad, C. E., “How Does the Law Put a Historical Analogy to Work: Defining the Imposition of a Condition Analogous to That of a Slave in Modern Brazil”, pp. 42 y ss. Este estándar de “sujeción absoluta” ha sido criticado por algunos autores como Haddad, en “The Definition of Slave Labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil”, pp. 522 y 523.

⁵⁹⁰ Cuando indica que “la prohibición absoluta de la esclavitud tradicional y su interpretación han evolucionado de modo que también comprende determinadas formas análogas a este fenómeno [...] La Corte considera que la servidumbre es una forma análoga de esclavitud y debe recibir la misma protección y conlleva las mismas obligaciones que la esclavitud tradicional”, párr. 276.

⁵⁹¹ *Ibid.*, párr. 304.

⁵⁹² *Ibid.*, párr. 280.

persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición [elemento de privación de libertad].⁵⁹³ La Corte aplica estos criterios a los hechos concretos:

los hechos del caso indican la existencia de una situación de servidumbre por deuda, visto que a partir del momento en que los trabajadores recibían el adelanto de dinero por parte del gato, hasta los salarios irrisorios y descuentos por comida, medicamentos y otros productos, se generaba una deuda impagable para ellos. Como agravante a ese sistema conocido como *truck system*, peonaje o sistema de *barracão* en algunos países, los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes. Asimismo, los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación en razón de i) la presencia de guardias armados; ii) la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida; iii) la coacción física y psicológica de parte de gatos y guardias de seguridad, y iv) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga. Las condiciones anteriores se potenciaban por la condición de vulnerabilidad de los trabajadores, los cuales eran en su mayoría analfabetos, de una región muy distante del país, que no conocían los alrededores de la Hacienda Brasil Verde y estaban sometidos a condiciones inhumanas de vida.⁵⁹⁴

C) Trabajos forzosos

La CIDH parte de la definición del artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT y sus dos elementos: a) amenaza de una pena, “que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas”; y b) falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio, que “consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso”,⁵⁹⁵ lo que le lleva a afirmar que había existido una situación de trabajo forzoso⁵⁹⁶ que podía convertirse en servidumbre o en esclavitud si se daban los requisitos.

⁵⁹³ STEDH, *Siliadin*, párr. 123, *CN y V c. Francia*, párr. 91; *CN c. Reino Unido*, párr. 80, donde se determina que se trata de una forma agravada de trabajo forzoso y que implica formas de coacción que pueden ser tanto explícitas como sutiles.

⁵⁹⁴ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 303

⁵⁹⁵ *Ibid.*, párr. 293. También en *Ituango*, párr. 160 y ss.

⁵⁹⁶ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 303

SEGUNDA PARTE: CONCEPTUACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

*“–No hay duda de que la Providencia dispone que los de la raza africana sean sirvientes, que se mantengan en baja condición – dijo un caballero de aspecto serio vestido de negro, un clérigo, sentado junto a la puerta del camarote— «¡Maldito sea Canaán! ¡Siervo de siervos sea para tus hermanos!», dicen las Sagradas Escrituras.
–Vaya, forastero, ¿es eso lo que significa ese texto? –preguntó un hombre alto, que se encontraba de pie cerca.
–Sin duda. La Providencia quiso, por algún motivo inescrutable, condenar a esa raza a la esclavitud hace muchísimo tiempo; nosotros no debemos oponernos”.*

La cabaña del Tío Tom

I. ESCLAVITUD

1. Contexto histórico-filosófico y legal.

1.1 ¿Por qué es importante el contexto histórico?

El análisis del contexto histórico amplio –con aspectos filosóficos y legales– de la esclavitud es importante por tres razones: porque nos ayuda a comprender los matices de una institución que ha adoptado distintas formas a lo largo del tiempo; permite rastrear la configuración jurídica de los sistemas esclavistas europeos, que bebían de las mismas fuentes y perduraron hasta el siglo XX; y, por último, porque aporta información de cómo influyen ciertos esquemas de pensamiento en la creación de un consenso a favor o en contra de la esclavitud.

La formulación de una definición de esclavitud lo suficientemente completa y precisa que capture su esencia y al mismo tiempo abarque las distintas formas y matices que ha adoptado en el tiempo, hace necesario el examen de las características que la han definido a lo largo de la historia. Joel Quirk resalta la historicidad de la Convención de 1926 sobre la Esclavitud en los siguientes términos:

En el caso específico de la definición de 1926, se trata principalmente de un ejercicio de especificación de una serie de atributos generales que alinean efectivamente la teoría jurídica abstracta con las experiencias históricas de los esclavistas.⁵⁹⁷

La comprensión de su componente histórico y naturaleza fundamental como constructo de comportamientos humanos que se manifiestan de todas las formas imaginables es una tarea esencial para que la definición legal de esclavitud sea realmente operativa en un contexto en el que ha sido legalmente abolida. Un análisis histórico permite establecer una serie de puntos de referencia o características esenciales con las que poder comparar las prácticas actuales. El empleo de violencia, control, intimidación, engaño, etc., no son

⁵⁹⁷ Quirk, J., “Defining Slavery in all its Forms: Historical Inquiry as Contemporary Instruction”, en Allain, J., *The Legal Understanding of Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 266. En este capítulo, Joel Quirk expone de una forma muy convincente la relevancia del estudio histórico de la esclavitud para entender sus caracteres esenciales, ver pp. 253-277.

únicamente categorías abstractas, sino técnicas que reflejan experiencias históricas de diferentes sistemas de sometimiento a esclavitud que, como indica el historiador Moses Finley, ha sido la regla y no la excepción en la historia de la humanidad,⁵⁹⁸ y un elemento importante en la economía de las distintas civilizaciones.⁵⁹⁹

A pesar de esta preeminencia, algunos autores han sostenido que no se trata de una institución social en el sentido sociológico del término porque no refleja un atributo universal de todas las sociedades ni una característica inherente al ser humano.⁶⁰⁰ La realidad es que la esclavitud ha demostrado ser extraordinariamente dúctil,⁶⁰¹ como demuestra la vasta bibliografía existente sobre el tema. Quizás la más reconocible sea la de los esclavos trabajando en las plantaciones de las Américas, pero lo cierto es que éstos han sido utilizados también como artesanos, administrativos, concubinas, sirvientes domésticos, soldados, etc.⁶⁰² Además, aunque la esclavitud haya tenido fundamentalmente un objetivo económico en la mayoría de las culturas,⁶⁰³ también ha perseguido otros objetivos como

⁵⁹⁸ Finley, M., “A peculiar institution?”, *Times Literary Supplement*, N° 387, 1976, pp. 819-821. La pregunta del título de la obra de Finley hace referencia a la extendida expresión “institución peculiar o *peculiar institution*” para referirse a la esclavitud entre los estados del Norte y del Sur de Estados Unidos antes de la Guerra Civil. Ver: Stamp, K.M., *The Peculiar Institution: Slavery in the Ante-Bellum South*, 1968, p. 3 (citado en Finkelman, P., Thomas R.R. Cobb and the Law of Negro Slavery, *Roger Williams University Law Review*, vol. 5, 1999, pp. 75-115, p. 75.). De hecho, la esclavitud es considerada por los historiadores como un avance en el desarrollo de las civilizaciones. Las poblaciones primitivas que vivían de la caza disponían de lo justo para sobrevivir, por lo que se mataba a todos los enemigos en las batallas tribales. El desarrollo de la agricultura y el pastoreo permitió acumular recursos suficientes para poder conservar a los derrotados, aunque fuese como esclavos. Meltzer, M., *Slavery. A World History*, Da Capo Press, 1993, pp. 1-3.

⁵⁹⁹ Bales, K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, 2000, p. 13. Orlando Patterson realiza un análisis muy completo de la esclavitud a nivel mundial a través del tiempo en: Patterson, O., *Slavery and Social Death: a comparative study*, Cambridge University Press, Massachusetts y Londres, 1982.

⁶⁰⁰ Bales, K., “Slavery in its Contemporary Manifestations”, p. 281. Bales señala que las instituciones sociales son actividades o convenciones sociales duraderas y organizadas que están presentes, de una forma u otra, en todas las sociedades humanas y culturas, como la organización familiar o el intercambio económico.

⁶⁰¹ Como pone de manifiesto Pérez Alonso en: Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, p. 333; Casadei, T., “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, pp. 35-61.

⁶⁰² Aunque excede de los límites de este trabajo hacer un análisis de toda la literatura histórica sobre la esclavitud, podemos encontrar ejemplos en: Patterson, O., *Slavery and Social Death: a comparative study*, pp. 172-208; Miller, J., “Women as Slaves and Owners as Slaves: Experiences from Africa, the Indian Ocean World, and the Early Atlantic”, en *Women and Slavery: Africa, the Indian Ocean World and the Medieval North Atlantic*, Campbell, G./Miers, S./Miller, J. (eds.), Ohio University Press, 2007, 1-43; Meltzer, M., *Slavery. A World History*, Da Capo Press, 1993; Bradley, K., *Esclavitud y sociedad en Roma*, Trad. De fina Marfá, Ediciones Península, Barcelona, 1998. Más recientemente, la obra colectiva editada por Allan Pargas y Felicia Rosu aglutina los trabajos de la doctrina más relevante en esta materia: Pargas, A./Rosu, F., (ed.), *Critical Reading on Global Slavery (IV Vol.)*, Brill, Leiden, 2017. La Comisión Temporal sobre esclavitud, en sus informes de 1924 y 1925 realiza una descripción de múltiples prácticas que sirvieron como base para redactar la Convención de 1926: A.18.1924.VI, de 16 de agosto de 1924 y A.19.1925.VI, de 25 de julio de 1925. Ambos consultados en los Archivos de Naciones Unidas en Ginebra.

⁶⁰³ Puesta de manifiesto por Bales en su definición básica de esclavitud: “el control total de una persona sobre otra con fines de explotación económica”, Bales, K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, p. 5. Bales ha modificado su aproximación en recientes publicaciones, pero conviene tener en cuenta esta temprana definición por su influencia en la doctrina posterior que se ha ocupado de la materia. Ver también, Bales, K., *Understanding Global Slavery: A Reader*, University of California Press, 2005, p. 91; y Bales, K./Trodd, Z./Williamson, A.K., *Modern Slavery: The Secret World of 27 Million People, One*

la mera ostentación, la reproducción o la guerra,⁶⁰⁴ sirviendo a otras razones sociales o psicológicas del propietario que se escapan de las meramente económicas.

El análisis histórico-jurídico también es necesario para demostrar la continuidad de los sistemas esclavistas, como muestra el hecho de que las características de la esclavitud de la época romana se reflejan en los sistemas esclavistas a gran escala que se desarrollarían en las Américas. También es posible rastrear las normas (y el pensamiento político-filosófico del que brotan) a través de los Códigos europeos de la Edad Media y la Edad Moderna y determinar que tienen su origen en la tradición jurídica romana.⁶⁰⁵ Estas normas fueron las que más adelante se trasladaron a las colonias a través de los Códigos coloniales, y las que finalmente influirían en la Convención de 1926 sobre la esclavitud.

Al mismo tiempo examinaremos la historia del pensamiento filosófico sobre la esclavitud, que influyó en el desarrollo del Derecho internacional y en la creación de las condiciones necesarias para el posterior movimiento abolicionista. Desde Aristóteles y Platón, distintos autores han tratado de justificar la institución desde el punto de vista del Derecho natural o del Derecho de guerra o *ius gentium*. Se tendrán especialmente en cuenta los autores que han estudiado esta cuestión y que aparecen en la colección de *Clásicos del Derecho Internacional* (1911-1950), editada por James Brown Scott,⁶⁰⁶ o aquellos que han influido notablemente en el pensamiento de estos autores, como los autores clásicos grecorromanos o los padres de la Iglesia, algunos recopilados por Stanley Engerman, Seymour Drescher y Robert Paquette en *Slavery*, obra de la serie *Oxford Readers* que agrupa extractos de textos de diversas fuentes, primarias y secundarias, que han sido relevantes en la definición de la esclavitud.⁶⁰⁷

No es posible dar una respuesta concluyente sobre el efecto que tuvieron estos teóricos en el desarrollo del movimiento anti-esclavista y en la definición de esclavitud. No obstante, es útil tener en cuenta el trabajo de Quentin Skinner sobre la historia de las ideas

World, 2010, p. 30: “La verdadera naturaleza de la esclavitud no reside en el ‘packaging’. La clave para definir la esclavitud es mirar de cerca las características esenciales de la vida de una persona esclava. A lo largo de la historia de la humanidad, son las mismas. Los esclavos han perdido la voluntad, se encuentran bajo el control violento y son económicamente explotadas, sin que se les pague nada”.

⁶⁰⁴ Quirk, J., “Defining Slavery in all its Forms: Historical Inquiry as Contemporary Instruction”, p. 255.

⁶⁰⁵ Así, la tradición del Derecho civil hizo posible que discusiones aparentemente irrelevantes de los juriscultos romanos reviviesen más adelante para gobernar nuevos asuntos prácticos. Ver: Watson, A., *Making of the civil law*, Harvard University Press, 1981, pp. 14-22, 82 y passim. Es decir, incluso trabajos básicos como el de Vinnius en las Instituciones sobre el tratamiento de los *ascripticii* y los prisioneros de guerra, tendrían influencia en el Derecho civil de las colonias. Ver: Bryson, W. H., *Census of law books in colonial Virginia*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1978, p. 30; Hoeflich, M.H., “Roman Law in American Legal Culture”, *Tulsa Law Review*, vol. 66, 1992, p. 1738; Bush, J. A., “Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 5, 1993, pp. 417-470, especialmente p. 450.

⁶⁰⁶ Criterio utilizado por Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 19-55

⁶⁰⁷ Engerman, S.L./Drescher, S./Paquette, R.L., *Slavery: Oxford Readers*, Oxford University Press, 2001.

y su método “contextualista” para comprender la manera en la que los cambios institucionales e ideológicos condicionan tanto la teoría como la práctica.⁶⁰⁸ Este método resalta la importancia de situar las ideas y los discursos en su contexto intelectual e histórico, en contraposición con la técnica analítica que conceptualiza los trabajos desde una óptica y categorías modernas.⁶⁰⁹ Uno de los argumentos centrales de Skinner es que “cualquier curso de acción será inhibido en la medida en que no pueda ser legitimado”.⁶¹⁰ Esto significa que, para que un conjunto de ideas sea aceptado como válido o razonable por sus contemporáneos, es necesario que exista un vínculo plausible entre este conjunto de ideas “nuevas” con al menos algunas ideologías o instituciones heredadas. Sin estos vínculos, es probable que las ideas o actividades en cuestión sean descartadas como absurdas, irracionales o, en el mejor de los casos, poco prácticas.

Esto influye en la manera en la que entendemos la historia de la esclavitud, porque pone de relieve los tipos de recursos conceptuales e institucionales a los que los actores de distintos contextos históricos podían recurrir para argumentar a favor de la abolición o su mantenimiento. Por ejemplo, es lógico pensar que las ideas del liberalismo político que cuestionaban los fundamentos del poder y la legitimidad de la relación soberano-súbdito, unidas a ciertas condiciones materiales, contribuyeran al fin de la legitimidad de la esclavitud como institución.⁶¹¹ A su vez, si indagamos en las condiciones en las que vivieron los esclavos a lo largo de los siglos veremos que todos sus elementos tienen su origen en los sistemas esclavistas desarrollados con anterioridad.⁶¹²

1.2 La esclavitud en la Antigüedad

Se pueden encontrar evidencias de la existencia de la esclavitud desde las primeras

⁶⁰⁸ Skinner, Q., “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, *History and Theory*, Vol. 8, No. 1, 1969, pp. 3-53. Estas ideas sobre su método contextualista están recogidas en Skinner, Q., *Visions of Politics. Volume I. Regarding Method*, Cambridge University Press, Nueva York, 2002, y las aplica en distintas obras.

⁶⁰⁹ Por ejemplo, el enfoque “textualista” de Strauss y Wolin, cfr. Vega Silva, R., “Entre el contextualismo de Skinner y los “perennial problems”: una propuesta para interpretar a los clásicos”, *Praxis Filosófica Nueva Serie*, No. 43, 2016, pp. 155-183.

⁶¹⁰ Skinner, *Visions of Politics*, p. 156.

⁶¹¹ A pesar de ello, como Davis pone de manifiesto, se produce una paradoja: al asociar la esclavitud con todas las formas de autoridad y subordinación, lo que hacía era reforzar los argumentos de los teóricos a favor de la esclavitud. Por ejemplo, para Rousseau la auténtica libertad se obtenía mediante la sujeción a la voluntad general que era una forma de servidumbre. De esta forma, el ciudadano de Rousseau encontraría su identidad en la voluntad general tanto como el esclavo de Aristóteles encontraba su identidad en la del máster. Davis, B. D., *The Problem of Slavery in Western Culture*, Oxford University Press, 1988, p. 415.

⁶¹² Phillips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1989, p. 325.

civilizaciones en Mesopotamia,⁶¹³ Egipto⁶¹⁴ y, en distintos grados de desarrollo, en sociedades más recientes.⁶¹⁵ Además, existen pruebas de la existencia de esclavitud en la Antigua China, Creta, la Antigua India, y en Meso-América.⁶¹⁶

No obstante, aunque la esclavitud existió de forma constante durante la Antigüedad,⁶¹⁷ la única sociedad esclavista que surgió antes que Roma fue la de Grecia con las ciudades-estado.⁶¹⁸ Lo que distingue a las sociedades “esclavistas” –donde existe *esclavismo*–, de las sociedades “con esclavos”, es que en las primeras la esclavitud es la relación de producción predominante, a diferencia de las segundas donde la relación de producción predominante es otra, como por ejemplo, la servidumbre feudal o el trabajo asalariado.⁶¹⁹ A pesar de este matiz, lo cierto es que la condición social y jurídica de un individuo privado de libertad es bastante similar en ambos tipos de sociedades.⁶²⁰ Esto es lo que Claude Meillassoux denomina como “estado de esclavo”, refiriéndose a la “condición social y jurídica de un individuo privado de estatus”, entendiendo estatus como un conjunto de

⁶¹³ La sociedad sumeria se dividía básicamente en dos clases: hombres libres y esclavos, y estos últimos se encontraban en lo más bajo de la escala social. Esta institución tiene su reflejo en el código de Hammurabi, que incluía disposiciones sobre la forma en la que tratar a los esclavos. Meltzer, M., *Slavery: A World History*, pp. 9-17; Thomas, H., *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870* (trad. Víctor Alba y C. Boune), Editorial Planeta, Barcelona, 1998, p. 24. Posteriormente, el número de esclavos fue incrementándose durante el periodo de los babilonios y los asirios, herederos de la cultura sumeria. Meltzer, M., *Slavery: A World History*, pp. 18-27.

⁶¹⁴ En la sociedad egipcia, además de los esclavos, existían de forma predominante otras figuras semejantes –campesinos nativos–, vinculados a la tierra, y que realizaba gran parte del trabajo productivo. A pesar de las condiciones en las que se encontraban, eran considerados hombres libres y podían tener posesiones, al contrario que los esclavos, que eran prisioneros de guerra o extranjeros. El hecho de que existiera previamente una gran cantidad de población nativa dedicada al trabajo a muy bajo coste hizo que la civilización egipcia floreciese sin que tuviese que depender de un sistema esclavista, como sí ocurrió con la sociedad griega y romana. Meltzer, M., *Slavery: A World History*, pp. 27-32; Thomas, H., *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, p. 24.

⁶¹⁵ Ver: Mendelsohn, I., “Slavery in the Ancient near East”, *The Biblical Archaeologist*, Vol. 9, No. 4, 1946, pp. 74-88.

⁶¹⁶ Klein, M.A., *Historical Dictionary of Slavery and Abolition*, Rowman & Littlefield Publishers, 2014, xv, xvi. El Arthashastra explica las normas sobre esclavitud en la antigua India.

⁶¹⁷ Ver especialmente: Meillassoux, C., “The Anthropology of Slavery: the Womb of Iron and Gold”, en *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Parge, A./Rosu, F., Brill, Leiden, 2017, pp. 147-183.

⁶¹⁸ La esclavitud formó parte de la civilización griega desde sus orígenes, y la aparición de los valores de la democracia y la libertad no desafiaron este estatus quo. De hecho, alcanzó tal importancia que se convirtió en una institución omnipresente dentro de la sociedad griega: no había actividad, ya fuera productiva o no productiva, pública o privada, que no hubiese sido realizada por esclavos en algún momento o en algún lugar en el mundo griego. La expansión de la civilización griega, así como las sucesivas guerras, incrementaron la necesidad de trabajo esclavo y la disponibilidad de cautivos de guerra. Ver Meltzer, *Slavery: A World History*, pp. 53-88. Para la esclavitud griega en general, véase la recopilación de Wiedemann, T., *Greek and Roman slavery*, Baltimore and London, 1981, Finley, M., *Slavery in classical Antiquity: views and controversies*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969; Cuffel, V., “The classical Greek concept of slavery”, *Journal of the History of Ideas*, Vol., 27, 1966, pp. 23-42; Finley, M., “The Emergence of a Slave Society”, en *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Parge, A./Rosu, F., Brill, Leiden, 2017, pp. 58-89; Oulhen, J./Brulé, P. (coord.), *Esclavage, guerre, économie en Grèce ancienne: Hommages à Yvon Garlan*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 1997; Vernant, J.P./Vidal-Naquet, P., *Travail & esclavage en Grèce ancienne*, Complexe, Bruselas, 1988; Domingo, P., *Lucha de clases y esclavitud en la Grecia Clásica*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984.

⁶¹⁹ “El esclavo debe ser trabajador productivo de la renta del amo”, Dockes, P., *La liberación medieval* (trad., María C. Díaz), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995, pp. 18-20.

⁶²⁰ Engerman, S./Drescher, S./Paquette, R., *Slavery*, p. 1, 5.

prerrogativas.⁶²¹

Desde Aristóteles,⁶²² la existencia misma de la esclavitud se ha justificado filosóficamente recurriendo fundamentalmente al Derecho natural o al Derecho de la guerra. En su obra de *La Política*, Aristóteles argumentó contra aquellos que sostenían que la esclavitud era contraria a la naturaleza porque, según él, formaba parte de la ley natural.⁶²³

[o]tros hay que tienen por opinión que el señorear es cosa fuera de la Naturaleza, porque la ley es la que ordena que éste sea siervo y el otro sea libre, [...] pero aquel que es hombre, y naturalmente no es suyo mismo, sino de otro, este tal es naturalmente siervo. [...] y ya desde el nacimiento de cada uno salen unos para ser mandados y otros para mandar.⁶²⁴

Evidentemente, esto debe entenderse en el contexto de su filosofía sobre el Estado ideal y su noción de *fisis* (naturaleza) y *telos* (finalidad) porque, para Aristóteles, la justicia reside en la concordancia.⁶²⁵ Para asignar los derechos, es necesario buscar el *telos* de las instituciones y hacer que las personas desempeñen los papeles sociales con los que concuerden mejor, es decir, los que posibiliten que lleguen a realizar su naturaleza. De este modo, para que la esclavitud sea justa deben cumplirse dos condiciones: que sea necesaria y que sea natural.⁶²⁶ Aristóteles concluye que es necesaria porque el mantenimiento de la *polis* requiere que alguien realice las tareas mientras los ciudadanos deliberan en la asamblea,⁶²⁷ y que es natural porque hay personas que han nacido para ser esclavas al carecer de la parte de alma que confiere la “virtud moral perfecta”.⁶²⁸ Esto se debe a una especialización jerárquica que la naturaleza impone al cuerpo y al espíritu de los hombres,⁶²⁹ por lo que es la unión con el virtuoso amo lo que completa el alma del esclavo,⁶³⁰ y lo que convierte la institución en justa y benéfica.⁶³¹

Como examinaremos más adelante, esta noción aristotélica de concordancia entre los dictados de la naturaleza y la condición de esclavo impregnaría futuras discusiones sobre la justificación de la esclavitud, especialmente en el periodo neoclásico o renacentista,

⁶²¹ Meillassoux, C., *L'Anthropologie de l'esclavage. Le ventre de fer et d'argent*, PUF, París, 1986, p. 327.

⁶²² Es una tesis bastante aceptada en la historiografía actual que Aristóteles fue el primer autor que efectuó un análisis sistemático de la esclavitud en la Antigüedad. A pesar de las referencias a la esclavitud en *Las Leyes* de Platón, éste no realizó un estudio sistemático ni condenó la esclavitud, aunque dudaba de sus ventajas al reflexionar sobre los esclavos ilotas de los lecedemonios, que proporcionaban a la Hélade más motivos de discordia que de utilidad; vid Platón, *Las Leyes*, T. I, libro VII, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1960, p. 232-234. Véase también Finley, M., *Ancient Slavery and Modern Ideology*, Chatto & Windus, Londres, 1980, p. 188; Meltzer, *Slavery: A World History*, p. 93.

⁶²³ Posturas reflejadas por otros pensadores griegos, incluidos los Epicúreos, los Cínicos y los Estoicos. Véase Meltzer, *Slavery: A World History*, p. 96. Los Estoicos, por ejemplo (escuela de filosofía fundada en torno al año 300 a.C., desarrollaron un pensamiento basado en la idea de fraternidad de la raza humana.

⁶²⁴ Aristóteles, *Política* [330 BC], Libro I, Capítulo V.

⁶²⁵ Sobre esto, ver: Sandel, M., *Justice: What Is The Right Thing To Do?*, Farrar, Strauss and Giroux, Nueva York, 2009, pp. 197-199.

⁶²⁶ Aristóteles, *Política*, 1254a.

⁶²⁷ Sandel, M., *Justice: What Is The Right Thing To Do?*, pp. 184-207.

⁶²⁸ Aristóteles, *Política*, 1254b.

⁶²⁹ Dockes, *La liberación medieval*, p. 18.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 46.

⁶³¹ Aristóteles, *Política*, 1255a.

debido al redescubrimiento (y ensalzamiento) de los textos de la Antigua Grecia.

1.3 La esclavitud en la época romana

Otra gran civilización esclavista fue la romana.⁶³² Durante esta época se desarrolló la doctrina jurídica del dominio y se teorizó sobre la diferencia de estatus entre hombres libres/esclavos como no se había desarrollado en la Antigua Grecia.⁶³³ Según Orlando Patterson, esto se debe a que en las ciudades-estado la esclavitud no adquirió la importancia económica que posteriormente tendría en la época romana, puesto que para los griegos existían dicotomías aún más importantes como la de ciudadano/no ciudadano, y no vieron tan perentorio desarrollar un sistema legal que regulase la esclavitud.⁶³⁴

En el periodo romano, la indiscutible relevancia económica de la institución,⁶³⁵ hacía imprescindible delimitar la cuestión del estatus de los esclavos de la manera más clara posible, y para ello se empleó la ficción jurídica del *dominium*.⁶³⁶ Así, se desarrolló un sofisticado sistema de normas que regulaban la mayoría de los aspectos de la esclavitud y se proporcionó un conjunto acabado de leyes que pudo ser aplicado con facilidad

⁶³² Sobre la esclavitud en Roma existe una abundante bibliografía, entre la que cabe destacar: Finley, M. (ed.), *Slavery in Classical Antiquity. Views and Controversies*, W. Heffer & Sons, Londres, 1960; Jones, A.H.M., “Slavery in the Ancient World”, *The Economic History Review*, Vol. 9, No. 2, 1956, p. 185-199; Hopkins, K., “Novel Evidence for Roman Slavery”, in *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Brill, Leiden, 2017, pp. 371-393; Bradley, K.R., *Slavery and Society at Rome*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; Barrow, R.H., *Slavery in the Roman Empire*, Barnes, Nueva York, 1996; Westermann, W.L., *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, American Philosophical Society, Filadelfia, 1955; Dumont, J. C., *Servus: Rome et l’esclavage sous la République*, École Française de Rome, Roma, 1987; Stewart, R.H., *Plautus and Roman slavery*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2012; Ciccotti, E., *La esclavitud en Grecia, Roma y el Mundo Cristiano. Apogeo y ocaso de un sistema atroz*, Distrifer, Barcelona, 2007; Montoya Rubio, B., *L’esclavitud en l’economía antiga: fonaments discursius de la historiografía moderna (segles XV-XVIII)*, Presses Universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2015; Yuge, T., “Le monde méditerranéen et l’esclavage”, *Annales littéraires de l’Université de Besançon*, Annequin, J./Lévêque, P. (eds.), Les belles lettres, París, 1990; Rubiera Cancelas, M., *La esclavitud femenina en la Roma Antigua*, Trabe, Oviedo, 2014, destaca el papel de la esclavitud femenina.

⁶³³ Las Instituciones de Justiniano nos indican que los hombres son o libres o esclavos (1.3).

⁶³⁴ Patterson, O., *Slavery and Social Death*, pp. 29. Este auge de la esclavitud se produce, según Moses Finley, por la confluencia de tres factores o condiciones: (i) se daba la propiedad privada de la tierra en una extensión que exigía mayor mano de obra que la unidad familiar; (ii) existía un desarrollo suficiente de la producción de mercancías y de los mercados; (iii) por último, la mano interna era insuficiente. Vid Finley, M., *Ancient Slavery and Modern Ideology*, p. 86; Philipps, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 20. Además, el gran número de esclavos adquiridos, especialmente tras las guerras contra Cartago (las llamadas Guerras Púnicas), permitió que alcanzase las cotas que alcanzó y que el sistema de esclavitud se convirtiera en un sistema a gran escala a partir siglo IV AC. Meltzer, *Slavery: A World History*, p. 101, 105-6; Dockès, P., *La liberación medieval*, pp. 66-68.

⁶³⁵ Tanto por el número de esclavos como por el impacto económico en los sectores rural y urbano. Estrabón, en su *Geografía*, asegura que los romanos tenían empleados gran cantidad de trabajadores en la explotación de las minas de plata de Cartago Nova, de los cuales una buena parte eran esclavos. García Mercajal, J.J., *Viajes de extranjeros por España y Portugal de los tiempos más remotos al siglo XVI*, Aguilar, Madrid, 1952, p. 110.

⁶³⁶ Patterson, O., *Slavery and Social Death*, pp. 29-30. Es preciso tener en cuenta que la institución de la esclavitud fue variando con el tiempo: no era lo mismo el esclavo de Roma del final de la República que el del Bajo Imperio, y el esclavo rural del siglo I d.C. no tiene nada que ver con el esclavo doméstico urbano, etc. Dockès, P., *La liberación medieval*, p. 63.

cuando la esclavitud recuperó su importancia económica en siglos posteriores.⁶³⁷ Por ejemplo, los españoles y portugueses hicieron uso de su herencia romana y cuando establecieron la esclavitud en las Américas, y los ingleses también utilizaron el Derecho Romano como paradigma principal de la definición de la esclavitud y sus caracteres.⁶³⁸

En el Derecho romano se parte de una importante premisa: los seres humanos se dividen entre libres y esclavos.⁶³⁹ Libertad y esclavitud se definen por Justiniano en los términos adoptados anteriormente por Florentinus: “*Libertas* [libertad] *est naturalis facultas eius quod cuique facere libet nisi si quid vi aut iure prohibetur* [es la facultad natural que tiene cada uno de hacer lo que le plazca a no ser que la fuerza o la ley se lo prohíban]”.⁶⁴⁰ Por otro lado, “*servitus* [esclavitud] *est constitutio iuris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* [es una institución de *iuris gentium* por la cual alguien se encuentra sujeto, contra la naturaleza, al dominio de otra persona]”.⁶⁴¹

De estas definiciones puede deducirse que el estado de libertad es “natural” o de *ius naturalis* y que la esclavitud no lo es, pero que se genera originariamente con la guerra y que se trata de una institución de *ius gentium*.⁶⁴² Alan Watson sugiere que esa definición, en la que se reconoce que se trata de una institución contra natura, delata la incomodidad ante la moralidad de la esclavitud.⁶⁴³ Según él, esto explica que se justifique moralmente como beneficiosa para el esclavo al ser sustituto de la muerte en el marco de un conflicto armado.⁶⁴⁴ Es representativo que la palabra *servus* (esclavo) signifique “aquel que debería estar muerto, pero cuya vida ha sido conservada por gracia” (*servatus*).⁶⁴⁵

⁶³⁷ Bodenheimer, E., “The influence of Roman Law on Early Medieval Culture”, *Hasting International and Comparative Law Review*, Vol. 2, No. 1, 1979, pp. 9-27.

⁶³⁸ Cairns, J. W., “Definition of slavery in Eighteenth-Century Thinking”, en *The legal understanding of slavery*, Allain, J. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 65, 83-84.

⁶³⁹ Gaius, *Instituciones*, libro 1.

⁶⁴⁰ Florentinus, *Instituciones*, libro 9.

⁶⁴¹ En el texto de Florentinus se indica que la palabra que designa la propiedad de esclavos (*mancipia*) deriva del hecho de que sean capturados al enemigo por la fuerza de las armas (*manu capiantur*). Florentinus, *Instituciones*, Libro 9, en: Wiedemann, T., T., *Greek and Roman slavery*, p. 15.

⁶⁴² Éste es el único caso en el que puede observarse un conflicto declarado entre el *ius gentium* y el *ius naturalis* en las extensas fuentes de Derecho romano: Buckland, W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 1.

⁶⁴³ Poco después de que Florentinus definiera la esclavitud en el siglo II a.C., Ulpiano había escrito: “*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quod, ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* [Por lo que respecta al Derecho civil, los esclavos son considerados como si no fueran nada; pero no para el Derecho natural, puesto que por lo que respecta al Derecho natural, todos los hombres son iguales]. Citado en: Buckland, W. W., *The Roman Law of Slavery*, pp. 37-38. A pesar de dicha conclusión, posiblemente procedente del pensamiento estoico, no se propuso la abolición de la esclavitud. Meltzer, *Slavery: A World History*, 178-181.

⁶⁴⁴ Watson, A., *Roman Slave Law*, p. 8

⁶⁴⁵ Florentinus, *Instituciones*, libro 9. Lèvy-Bruhl, H., “Théorie de l’esclavage”, en *Quelques problèmes du très ancien droit romain (Essai de Solutions Sociologiques)*, Loviton F. et al, Les éditions Domat-Montchrestein, Paris, 1934, pp. 138 y ss., Watson, A., *Roman Slave Law*, p. 8. Orlando Patterson destaca el hecho que este origen de la esclavitud como sustitutivo de la muerte (por lo general violenta), convertía al esclavo en una persona socialmente muerta. Así, alienado de todos los derechos de nacimiento, dejaba de pertenecer a cualquier orden social legítimo. Patterson, O., *Slavery and Social Death: a comparative study*, p. 5. Es importante, además, tener en cuenta que la figura del esclavo era diferente de la del siervo (*colonus*). Ver: Jones, A. H. M., “The Roman Colonate”, *Past and Present*, Vol. 13, No. 1, 1958, pp. 1-13. El esclavo

La captura en la guerra no era la única forma de obtener un esclavo. El *Digesto* de Justiniano contempla también la posibilidad de sometimiento a esclavitud por nacimiento (en caso de que la madre sea esclava, que era otra regla de *ius gentium*) o por la comisión de determinados delitos (*furtum manifestum*, evasión del *census*, o por evasión del servicio militar, entre otros).⁶⁴⁶ Más adelante se permite también la venta de los hijos debido a extrema pobreza, aunque se conservaba el derecho de recuperarlos.⁶⁴⁷

Lo esencial de la definición de Florentinus es que el esclavo tiene la consideración de “cosa” o *res*,⁶⁴⁸ lo que permite que se le puedan aplicar las normas del derecho de la propiedad con algunas especificidades⁶⁴⁹: la capacidad de obtener el provecho económico, usar (*usus*), disfrutar los frutos (*fructus*), el abuso (*abusus*), la realización de transacciones y, en definitiva, el control absoluto.⁶⁵⁰ La relación básica de propiedad no es una relación entre dos personas, sino entre una persona y su cosa. En el este triángulo *persona, res y dominium* se distinguen perfectamente las categorías de persona/amo, cosa/esclavo y la relación de dominio/sometimiento a esclavitud.⁶⁵¹ El paradigma del derecho de la propiedad perduraría en el tiempo e influiría la concepción de esclavitud contenida en la definición legal de la Convención de 1926.

Con el fin de las grandes guerras romanas de conquista y, por tanto, de las principales fuentes de suministro de mano de obra esclava, la esclavitud comenzó a disminuir y encarecerse. Según Milton Meltzer, los propietarios de grandes extensiones de tierra se percataron de que era mucho más rentable disponer de arrendatarios libres –o *coloni*, hombres vinculados a la tierra–, que esclavos ajenos al éxito o fracaso de la cosecha. De esta forma, conforme crecía el sistema de arrendamiento de tierras a hombres libres, el uso de esclavos disminuyó lentamente sin llegar a desaparecer.⁶⁵²

es aquel que tendría que haber muerto y sobrevive por la gracia del amo: es un muerto-viviente: Dockes, P., *La liberación medieval*, p. 13.

⁶⁴⁶ Buckland, W. W., *The Roman Law of Slavery*, pp. 397 y ss. Justiniano clasifica las formas de sometimiento a esclavitud como de *Ius gentium* o *Ius civili*: la primera se aplica a todas las personas, y la última se circunscribe a los habitantes de Roma. (Instituciones, 1, 3, 4)

⁶⁴⁷ Ibid.

⁶⁴⁸ En sentido contrario, Patterson, O., *Slavery and Social Death: a comparative study*, p. 340. Para Patterson, lo esencial es la *relación* de dominación. También sugiere que la dominación inherente a la esclavitud es la que dio lugar al concepto de libertad, que emergía como una necesidad para los esclavos que antes era inconcebible. Los amos jugaban con esta necesidad compleja al ofrecer la posibilidad de manumisión, que realizaba el honor de los esclavos.

⁶⁴⁹ Con algunas excepciones, lo que delata que los romanos no eran ajenos a su “especial condición”, a pesar de ser *res*. Esto varió a lo largo de la época romana: durante la etapa de la República no había límites legales del poder del amo sobre el esclavo, pero con Justiniano y el Imperio se limitó el dominio absoluto. Watson, A., *Roman Slave Law*, p. 120; Meltzer, M., *Slavery: A World History*, pp. 177 y ss.

⁶⁵⁰ Patterson, O., *Slavery and Social Death: a comparative study*, p. 31

⁶⁵¹ Sobre esto, ampliamente en: Buckland, W. W., *The Roman Law of Slavery*.

⁶⁵² Melzer, M., *Slavery: A World History*, p. 203. Esta tendencia se extendió a otros ámbitos, como la minería. Para el siglo IV d.C., los esclavos de las minas habían desaparecido, y en los talleres privados y servicio era cada vez menos frecuente tener esclavos porque ocuparon su lugar los artesanos libres organizados en gremios. Philipps, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 75.

1.4 La esclavitud en la Edad Media

1.4.1 Alta Edad Media

El declive de los mercados urbanos y la incapacidad de las grandes explotaciones de vender sus productos tras la caída del Imperio romano de occidente consolidaron esta tendencia. La esclavitud no disminuyó porque hubiese movimientos tratando de abolirla, sino fundamentalmente debido a la transformación agraria.⁶⁵³ Además, aunque las sociedades medievales en Europa dejaron de ser sociedades esclavistas y la servidumbre feudal tuvo un papel predominante, la esclavitud sobrevivió como institución hasta que volvió a emerger con fuerza siete siglos más tarde.⁶⁵⁴

Las leyes de la mayoría de los reinos germánicos herederos del viejo mundo romano de occidente reflejaron las prácticas romanas adaptándolas a la nueva situación económica y social.⁶⁵⁵ Los germanos obtenían la mayoría de sus esclavos mediante la captura en la guerra, por nacimiento, como castigo o como consecuencia de deudas.⁶⁵⁶ Estas dos últimas modalidades tuvieron un alcance mucho mayor que el que había tenido entre los romanos,⁶⁵⁷ y posiblemente el hecho de que muchos cautivos fuesen esclavos dio lugar a que se extendiera el uso del vocablo esclavo para referirse a los *servi*.⁶⁵⁸

Durante toda la Alta Edad Media la compraventa de esclavos constituyó una práctica

⁶⁵³ Ver, fundamentalmente, Bloch, M., “How and Why Ancient Slavery Came to an End”, en *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Parge, A./Rosu, F. (ed.), Brill, Leiden, 2017, pp. 477-503. Philipps, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 15, 74 y ss.; Meltzer, M., *Slavery: A World History*, pp. 204 y ss. Durante ese periodo, se produjo una progresiva ruralización de la economía y la sociedad.

⁶⁵⁴ Autores muy relevantes como Marc Bloch han afirmado que en la Europa moderna no persistió la esclavitud salvo excepciones: Bloch, M., “¿Cómo y por qué terminó la esclavitud antigua?”, en *La transición del esclavismo al feudalismo*, AAVV, Akal, 1976, pp. 148-159. No obstante, Martín Casares recuerda que no dejaron de existir a pesar de que con la transición al feudalismo dejan de ser protagonistas como motor de producción: Martín Casares, A., *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*, Universidad de Granada, Granada, 2000, pp. 19-21. Las reflexiones de los historiadores centradas en el modo de producción principal han conllevado la invisibilización de grupos como el de los esclavos. Para Heers, una de las más grandes lagunas de la Historia Medieval ha sido negar que existiesen auténticos esclavos en las sociedades cristianas: Heers, J., *Esclaves domestiques au moyen-age dans le monde méditerranéen*, Fayard, París, 1981, p. 7.

⁶⁵⁵ Antes de las invasiones, las tribus habían conocido la esclavitud y permitido el comercio de esclavos en mayor o menor medida: Thompson, E. A., “Slavery in early Germany”, en Finley, M., *Slavery in the Classical Antiquity. Views and controversies*, 1966, pp. 38-41; Duby, G., *The early growth of the European economy: warriors and peasants from the seventh to the twelfth century*, Ítaca, 1974, p. 31. También Meltzer, M., *Slavery: A World History*, p. 217. Según Phillips, esto se debe a que los reinos germánicos utilizaron juristas romanos para transcribir el Derecho y las costumbres germánicas consuetudinarias, por lo que el sistema jurídico acabó muy influenciado por el romano. Por esa razón, no es de extrañar que las normas que regían la esclavitud fueran muy semejantes. Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, pp. 67-69.

⁶⁵⁶ Thomas, H., *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, p. 32.

⁶⁵⁷ Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 67.

⁶⁵⁸ García Añoveros, J. M., *El pensamiento y los argumentos sobre la esclavitud en Europa en el siglo XVI y su aplicación a los indios americanos ya los negros africanos*, Consejo superior de investigaciones científicas, Madrid, 2000, p. 126; Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 69. Según Blackburn, las tierras eslavas proveyeron a los vikingos y a los tratantes italianos de una importante fuente de esclavos, al considerarse congénitamente heréticos o paganos: Blackburn, R., *The overthrow of colonial slavery, 1776-1848*, Verso, Londres, 1988, p. 54.

habitual,⁶⁵⁹ que comenzó a declinar en importancia cuando, al menos en la Europa septentrional, los nuevos señores medievales se convirtieron en propietarios de tierra.⁶⁶⁰ Como había ocurrido en la última época romana, la organización social de la Alta Edad Media fue una fase de transición entre la esclavitud agraria productiva y la servidumbre plenamente desarrollada de la Baja Edad Media.⁶⁶¹ No obstante, la esclavitud continuó siendo un importante contingente de mano de obra medieval especialmente en las sociedades mediterráneas,⁶⁶² al constituir una zona de guerra permanente entre cristianos y musulmanes.⁶⁶³ Por esta razón, en Bizancio comenzó a desarrollarse la idea de que el sometimiento a esclavitud estaba vinculado primordialmente a la identidad religiosa y que los pueblos cristianos no se esclavizaban entre sí.⁶⁶⁴ El pensamiento político-filosófico de la época, representado especialmente por la Iglesia cristiana, no trató la esclavitud como un problema sino como una realidad sociocultural propia de la cultura grecorromana,⁶⁶⁵ justificado teológicamente porque era uno de los pilares principales en el plan de redención divina del pecado.⁶⁶⁶

1.4.2 Baja Edad Media

Las Cruzadas, el florecimiento de núcleos urbanos desarrollados como Venecia que fomentaban la esclavitud doméstica,⁶⁶⁷ o la peste negra fueron algunas de las razones que

⁶⁵⁹ Thomas, H., *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, p. 32; Meltzer, M., *Slavery: A World History*, pp. 209 y ss. Como relata Philipps, aunque entre los germanos existía cierta oposición a la esclavitud de sus propios miembros, las diferencias étnicas y religiosas existentes en las regiones conquistadas facilitaron esta tarea: por ejemplo, los cristianos arrianos esclavizaron a los católicos y viceversa, los anglosajones a los celtas en Britania, o los cristianos a judíos o paganos: Philipps, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, pp. 69, 90; Verlinden, C., “L’esclavage dans la Péninsule Ibérique au XIV siècle”, *Anuario de estudios medievales*, No. 7, 1970-1971; pp. 80, 729-31; Dopsch, A., *The economic and social foundations of European civilization*, Nueva York, 1969, pp. 196 y ss.

⁶⁶⁰ Thomas, H., *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, p. 34. El estudio de las transformaciones sociales –como el tránsito del esclavismo al feudalismo–, ha sido una de las cuestiones históricas más atractivas para los historiadores de los últimos tiempos: Martín Casares, A., *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*, p. 24.

⁶⁶¹ Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 83.

⁶⁶² Verlinden, C., “Aspects quantitatifs de l’esclavage méditerranéen au Bas Moyen Âge”, *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. 10, 1980, p. 769-789. Del mismo autor: “L’esclavage dans le monde ibérique médiéval”, *Anuario de historia del derecho español*, No. 12, 1935, pp. 361-424. Martín Casares detalla la crítica de Bonassie al trabajo de Verlinden: según Bonassie, Verlinden mezcla dos tipos distintos de esclavitud: la esclavitud rural de la Alta Edad Media y la esclavitud de la Baja Edad Media. No obstante, Martín Casares destaca el valor del trabajo de Verlinden para visibilizar la existencia de personas esclavizadas en las sociedades mediterráneas como posible explicación de la esclavitud en las Indias Occidentales: Bonassie, P., *Del esclavismo al feudalismo en la Europa Occidental*, Crítica, Barcelona, 1993, p. 17. Citado en Martín Casares, A., *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*, pp. 21-2.

⁶⁶³ Thomas, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, pp. 35-36. Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 89 y ss.

⁶⁶⁴ Rotman, Y., *Les Esclaves et l’esclavage de la Méditerranée Antique à la Méditerranée médiévale. VI-XI siècles*, Paris, 2004, pp. 171-84.

⁶⁶⁵ De hecho, la Iglesia tuvo una gran cantidad de esclavos a su servicio, aunque hubiera voces discordantes como Gregorio de Nisa. Ver: Mateo Seco, L. F., “Persona, esclavitud y libertad en Gregorio de Nisa”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, Vol. 13, 2006, pp. 11-19

⁶⁶⁶ Bradley, K., *Esclavitud y sociedad en Roma*, p. 183

⁶⁶⁷ Como en Italia, donde la esclavitud estuvo muy extendida. Ver Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, pp. 146-161; Balbi, G., “La schiavitù a Genova tra i secoli XII e XIII”, en *Mélanges offerts à René Crozet, 2 Vols.*, Gallais, P., Riou, Y.-J. (dirs.), Poitiers, 1966;

permitieron que la esclavitud coexistiera, en mayor o menor medida, con la servidumbre ante la falta de disponibilidad de hombres libres que estuvieran dispuestos a ocuparse del servicio doméstico.⁶⁶⁸ Teólogos cristianos como Tomás de Aquino reavivaron la importancia de las ideas de Aristóteles, muy influidos por la guerra contra los musulmanes y los judíos.⁶⁶⁹ Para Tomás de Aquino la esclavitud o la servidumbre no está establecida por la naturaleza, sino por la razón humana y para la utilidad de la vida:

[...] que este hombre sea siervo en términos absolutos, más que este otro, no tiene razón natural, sino sólo según cierta utilidad consecuente, en tanto es útil que éste sea regido por uno más sabio [...]. De ahí que la servidumbre de la que habla el derecho de gentes es natural en el segundo modo y no en el primero.⁶⁷⁰

1.4.3 La esclavitud en el *Ius Commune*: caso especial de España

Paralelamente, el Derecho romano siguió proyectando su larga sombra sobre los sistemas jurídicos de la Europa medieval. Este Derecho (*Corpus Iuris Civilis*) y el Derecho canónico (*Corpus Iuris Canonici*) forman el *Ius commune*, que moldeó la práctica jurídica de las cortes europeas entre los siglos XII y XIX.⁶⁷¹ El *Ius Commune* conservó la definición de esclavitud del Derecho romano⁶⁷² aunque, en la práctica, los comentaristas juriconsultos no aplicaban el paradigma romano del derecho de la propiedad con todo el rigor y hasta las últimas consecuencias, sino que adoptaban posturas intermedias. Según Helmholtz, esto condujo a la aplicación del principio de derecho público *favor libertatis* a algunos casos de esclavitud.⁶⁷³

En la Península Ibérica se aúnan los dos sistemas: el de la España islámica con la *Sharia*⁶⁷⁴ y el de la cristiana con la tradición jurídica romana.⁶⁷⁵ Los orígenes legislativos

Heers, J., *Esclaves et domestiques au Moyen-Age dans le monde méditerranéen*; Origo, I., “The domestic enemy: the Eastern slaves in Tuscany in the fourteenth and fifteenth centuries”, *Speculum*, Vol. 30, No. 3, 1955, pp. 321-366.

⁶⁶⁸ Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 159.

⁶⁶⁹ Blackburn, R., *The making of New World Slavery. From the Baroque to the Modern 1492-1800*, Verso, Cambridge, 1997, pp. 31-83.

⁶⁷⁰ *Summa Theologiae*, en: Peiró Pérez, M. J./Zorroza M. I., “La noción de libertad como causa sui en Tomás de Aquino”, *Cauriensia*, Vol. IX, 2014, pp. 435-449, cita en p. 442: http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3849/1886-4945_9_435.pdf?sequence=1 [último acceso: 19/01/2020]. Ver también: Davis, D. B., *Inhuman Bondage. The rise and fall of slavery in the New World*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 55.

⁶⁷¹ Sobre el *Ius commune*, ver: Bellomo, M., *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, Cochrane, L. (trad.), Catholic University Press, Washington, 1995.

⁶⁷² Helmholtz, R.H., “The Law of Slavery and the European *Ius Commune*”, en Allain, J., *The Legal Understanding of Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 17.

⁶⁷³ *Ibid.*, 37. Además, es importante tener en cuenta que, aunque se permitiera por el *ius gentium*, la esclavitud era contraria al derecho natural. Por esa razón, en la práctica este principio marcó la diferencia en algunas numerosas legales: si había alguna duda sobre el significado de algún término normativo, se tendía a la interpretación más acorde con la promoción de la libertad, p. 21.

⁶⁷⁴ Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 102. El grueso de los esclavos lo conformaban los cristianos españoles y los animistas negroafricanos que llegaban a la Península Ibérica a través de la milenaria trata transahariana. Thomas, H., *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, p. 36.

⁶⁷⁵ Verlinden, C., “L’esclavage dans le monde ibérique medieval”, *Anuario de historia del derecho español*, Vol. 11, 1934, pp. 283-359 y, del mismo autor: “L’esclavage dans le monde ibérique medieval”, 1935, 361-417.

de la esclavitud en la Hispania visigoda se remontan a la codificación del *Liber Iudiciorum*,⁶⁷⁶ inspirado en la regulación de la esclavitud del mundo greco-latino.⁶⁷⁷ Esto explica la especial atención que recibe la esclavitud en Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio,⁶⁷⁸ donde se confirma la definición romana y se regulan ciertos aspectos de la vida de los esclavos.⁶⁷⁹ Fueron la norma de referencia sobre la esclavitud en los siguientes siglos, a pesar de que se promulgaran otros corpus jurídicos en distintas partes de la península hasta principios de la Edad Moderna.⁶⁸⁰

1.4.4 La esclavitud en el mundo islámico

En los siglos VII y VIII, la expansión del Islam produjo cambios fundamentales en la geografía política y económica del mundo mediterráneo. Durante un milenio (500 a 1500 d.C., aproximadamente), el Islam dominó el escenario eurasiático, donde la esclavitud estaba muy presente sin ser la sociedad musulmana esclavista.⁶⁸¹ Hay autores que sugieren que algunas características de la esclavitud del mundo islámico influirían en el desarrollo posterior de la esclavitud de las Américas.⁶⁸² En cualquier caso, puede ser útil estudiar los esfuerzos de este otro gran sistema de normas que, al igual que el Derecho

⁶⁷⁶ Promulgado por el Rey visigodo Recesvinto en el siglo VII.

⁶⁷⁷ Martín Casares, A., *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2015, pp. 309 y 310.

⁶⁷⁸ A su vez basadas en las leyes romanas y visigóticas (como el *Liber Iudiciorum*) y en las costumbres españolas que se compilaron entre 1251 y 1265. Así, la Ley I, Título XXI, de la 4ª Partida decía: “Servidumbre es postura e estableimiento que ficieron antiguamente las gentes por la qual los omes que eran naturalmente libres, se fazen siervos é se meten a señorío de otro, contra razón de natura. E siervo tomó este nome de una palabra que llaman en latín servare, que quiere decir tanto en romance como de guardar. E esta guarda fue establecida por los emperadores. Ca antifiamente todos cuantos ativaban, mataban. Mas los Emperadores tuvieron por bien y mandaron que los no matasen, mas que los guardasen y se sirviesen dellos”. Recogido en: Martín Casares, A., *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, p. 311-312.

⁶⁷⁹ Recogían las formas legales de convertirse en esclavo: bien como consecuencia de la captura en tiempos de guerra, por nacimiento si la madre era esclava, o mediante la propia venta. *Ibid.*

⁶⁸⁰ Doering, J.A., “La situación de los esclavos a partir de las Siete Partidas”, *Folia Humanística*, Vol. 4, 1966, pp. 337-361; Martín Casares, A., *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, p. 313. Por ejemplo, las Leyes de Toro (1505), la nueva recopilación de leyes del reino (1567) y la novísima recopilación de leyes (1775, 1804).

⁶⁸¹ “Por muchas esclavas que el historiador pueda encontrar en el califato de Bagdad, no cuentan nada frente al hecho de que la producción agrícola e industrial era realizada sobre todo por hombres libres”, en: Finley, M., *The ancient economy*, University of California Press, Berkeley y Los Ángeles, 1973, p. 71. Además, incluso antes de que el Islam atrajera a sus primeros adeptos, la esclavitud y el comercio de esclavos eran instituciones asentadas en la península Arábiga: Schacht, J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 1982, p. 7.

⁶⁸² Phillips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, p. 99-100, 118-32. Según este autor, fueron dos aspectos económicos los que influirían en el desarrollo posterior de la esclavitud en las Américas: el primero tiene que ver con la producción y venta de la caña de azúcar. Los europeos occidentales, como consecuencia de sus contactos con Siria y Palestina durante la época de las Cruzadas adquirieron un conocimiento relevante sobre el empleo, cultivo y producción del azúcar. Sin ese conocimiento no se habría podido extender de la misma forma el cultivo del azúcar en los siglos XV y XVI. El segundo elemento es el tráfico de caravanas a través del Sáhara, por el que los musulmanes desarrollaron el comercio de esclavos (entre otras mercancías). El deseo de participar en ese comercio fue primordial en la fase inicial de la expansión ibérica.

romano, se ocupó de la esclavitud.⁶⁸³

Debemos distinguir dos ámbitos: la Ley Islámica de las Naciones –*Siyar*– y la Ley general islámica –*Sharia*–.⁶⁸⁴ La Ley Islámica de las Naciones de Muhammad ibn al-Hasan al-Shaybani es el equivalente al Derecho internacional público europeo reunido por Grocio.⁶⁸⁵ La obra principal –*Kitab al-Siyar al-Kabir*– no ha sobrevivido, pero se sabe por su otra obra –*Kitab as-Asl*–, que la esclavitud era tan fundamental para este sistema de Derecho internacional como lo había sido en la época romana como institución de *ius gentium*. La *Siyar* partía de la dicotomía fundamental entre los que se encontraban en la “morada del Islam” y en la “morada de la guerra”, por lo que dedica bastante atención a los asuntos relacionados con las guerras de conquista, el estatus de los esclavos, la emancipación o la manumisión.⁶⁸⁶

En la *Sharia* se reconocen dos tipos de mecanismos legales de sometimiento a esclavitud: por nacimiento –cuando ambos padres son esclavos– y mediante captura en la guerra contra no-musulmanes.⁶⁸⁷ Existía un mandato en el Corán de liberar a los esclavos después de la guerra, pero los juristas se las arreglaron para sortear dicho mandato utilizando el concepto de interés público.⁶⁸⁸ Bajo el pretexto de llevar la influencia humanizadora del Islam a nuevos territorios, los tratantes árabes de esclavos intensificaron la búsqueda de los no creyentes a pesar de que, como indica Bernard Freamon, las razzias eran contrarias a la letra y al espíritu de la *Sharia*.⁶⁸⁹

⁶⁸³ Freamon realza la importancia de la Ley Islámica para aclarar el concepto de esclavitud, en Freamon, B. K., “Definitions and Concepts of Slave Ownership in Islamic Law”, en Allain, J., *Legal understanding of slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 40.

⁶⁸⁴ Como indica Freamon, la *Sharia* obtiene sus reglas legales y principios de cuatro fuentes. Las dos primeras son fuentes primarias (el *Qur'an* –Corán–, que es el corpus de revelaciones al Profeta, y el *Sunnah*, que son las tradiciones procedentes de su vida), y secundarias (*Ijma*, que es el consenso jurídico, y *Qiyas*, el razonamiento por analogía). Estas fuentes secundarias explican el desarrollo de las ‘escuelas de derecho’ en el sistema legal islámico, conocido como *madhhabs*. Las normas de cada escuela se consideran como “dogmas” para los que se adhieren a dichas escuelas. Desde el siglo VIII en adelante, los juristas de cada escuela comenzaron a publicar tratados sobre una infinidad de materias de derecho positivo, basándose en las fuentes mencionadas. Como consecuencia de esto, surgieron los “entendimientos” conocidos como *fiqh*, que constituyen de hecho el derecho positivo en el Islam. Para el siglo XIII, el *fiqh* estaba bastante desarrollado y constituía una robusta base para el desarrollo de un complejo e intrincado conjunto de normas que regulaba diversos aspectos de la vida cotidiana de los pueblos islámicos. Freamon, B. K., “Definitions and Concepts of Slave Ownership in Islamic Law”, p. 43.

⁶⁸⁵ Allain, J., “Acculturation through the middle ages: the Islamic Law of Nations and its Place in the History of International Law”, en *Research Handbook on Theory and History of International Law*, Alexander Orakhelashvili (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, p. 397. Aunque su gran obra: *Kitab al-Siyar al-Kabir*, no haya sobrevivido, su otro trabajo: *Kitab as-Ast* fue traducido al inglés por Majid Khadduri. Al respecto, ver: Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 17-18.

⁶⁸⁶ Esto se debía a que la *Siyar* contemplaba la *Pax Islamica*, es decir, la paz perpetua que se alcanzaría una vez que las conquistas árabes hubiesen unido a toda la humanidad bajo el Islam: Khadduri, M., *The Islamic Law of Nations Shaybani's Siyar*, JHU Press, 1966, pp. 116-188 y *passim*.

⁶⁸⁷ Sobre el estatus de los esclavos en el derecho islámico, ver: Schacht, J. *An Introduction to Islamic Law*, pp. 127-130.

⁶⁸⁸ Clarence-Smith, W. G., *Islam and the Abolition of Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 25.

⁶⁸⁹ Freamon, B. K., “Slavery, Freedom and the Doctrine of Consensus in Islamic Jurisprudence”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 11, 1998, pp. 10-64. Sobre la esclavitud en el Islam, ver: Levy, R., *The social*

El Derecho islámico positivo (*fiqh*) define a los esclavos como seres humanos que son propiedad de otro, y que están sujetos a las mismas incapacidades y vicisitudes que pueden darse en relación con cualquier otro objeto de la propiedad personal del dueño.⁶⁹⁰ A nivel jurídico, el esclavo tiene una naturaleza mixta (cosa/persona), por lo que el esclavo era susceptible de ser objeto de compra, venta, herencia, alquiler, uso, regalo, etc.⁶⁹¹

1.5 La esclavitud tras el descubrimiento del Nuevo Mundo

La llegada de los españoles a las Américas y el comercio transatlántico de esclavos que se desarrollaría después, le dio un nuevo ímpetu a una institución que había sobrevivido sin tener la importancia económica que había alcanzado en los tiempos de Roma. Los españoles y portugueses iniciaron una política de esclavización⁶⁹² y establecieron un sistema de encomiendas, que guardaba ciertas semejanzas con la servidumbre feudal, que consistía en el intercambio de trabajo o impuestos a cambio de protección y enseñanza de la lengua española y la fe católica.⁶⁹³ No obstante, se toparon con dos inconvenientes: el primero, la fuerte disminución demográfica por la introducción de enfermedades frente a las que no se hallaban inmunizados, la guerra y los trastornos sociales originados por la conquista,⁶⁹⁴ y, el segundo, las normas promulgadas por la Corona española limitando la esclavización de las poblaciones indígenas y el sistema de encomiendas a partir del siglo

structure of Islam, Cambridge University Press, Cambridge, 1957; Formand, P. G., "The relations of the slave and the client to the master or patron in medieval Islam", *International Journal of Middle Eastern Studies*, Vol. 2, No. 1, 1971, pp. 59-66. Más específico de la Península Ibérica: Montgomery, W., *Historia de la España Islámica*, Alianza, Madrid, 1984.

⁶⁹⁰ Ver: Brunschvig, R., "Abd", en *Encyclopaedia of Islam*, Gibb, H.A.R./Kramers, J.H./Levi-Provencal/E./Schacht, J. (eds.), 1960, p. 24. Bernard Freamon también cita la definición que expresan los juristas en árabe ("slave is one who is owned by another" [es esclavo es aquel que pertenece a otro]), en: Freamon, B. K., "Isis, Boko Haram, and the Human Right to Freedom from Slavery Under Islamic Law", *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, pp. 270-271 y notas al pie de página.

⁶⁹¹ A pesar del sometimiento absoluto del esclavo al control del propietario y de la existente dualidad entre libertad/esclavitud, la institución de la esclavitud en el mundo musulmán está influenciada por los preceptos del Corán que exigen un trato piadoso respecto a la propiedad en general, y la esclavitud en particular. Freamon, B. F., "Definitions and Concepts of Slave Ownership in Islamic Law", pp. 48, 59-60. Aunque evidentemente, estas prescripciones humanitarias, que enfatizan la emancipación de los esclavos, no fueron trasladados con excesivo rigor a la práctica. Ibid, p. 52. Como pone de manifiesto Franz Rosenthal en su estudio del concepto de libertad en el mundo musulmán hasta el siglo XIX, la definición islámica de libertad era "la ausencia de esclavitud: Rosenthal, F., *Muslim Concept of Freedom Prior to the Nineteenth Century*, Brill, 1960, p. 23

⁶⁹² Philips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, pp. 259-60, 266; Berthe, J-P, "Aspects de l'esclavage des Indiens en Nouvelle-Espagne pendant la première moitié du XVIe siècle", *Journal de la Société des Américanistes*, Vol. 54, No. 2, 1965, pp. 189-209. Sobre la esclavitud de los amerindios: Zavala, S., *Los esclavos indios en Nueva España*, El Colegio Nacional, México, 1967; Zavala, S., "Los esclavos indios en Guatemala", *Historia Mexicana*, Vol. 19, No. 4, 1970, pp. 459-465.

⁶⁹³ Ver, sobre todo: Zavala, S., "La encomienda indiana", *El Trimestre Económico*, Vol. 2, No. 8, 1935, pp. 423-451; Simpson, L. B., *The Encomienda in New Spain: the Beginning of Spanish Mexico*, University of California Press, California, 1966; Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 22-23.

⁶⁹⁴ Crosby, A. W., *The Columbian Exchange: biological and cultural consequences of 1492*, Greenwood Publishing Group, Westport, 1972; Ashburn, P. M., *The ranks of death: a medical history of the conquest of America*, Severus Verlag, Hamburgo, 2010; Wolf, E., *Sons of the shaking earth*, University of Chicago Press, Chicago, 1959, p. 195-197; McNeill, W. H., *Plagues and peoples*, Anchor, Garden City, 1976, pp. 176-91.

David Eltis y David Brion Davis avanzan tres argumentos para explicar por qué el modelo de esclavitud en el Nuevo Mundo se basó en el traslado de negros de África Occidental y no de blancos de Europa (criminales, prisioneros de guerra, etc.), que hubiese sido más barato y sencillo. En primer lugar, porque esta opción hubiera sido contraria a lo que él llama “fuerzas culturales”, que habían llevado cierta sensación de unidad y libertad a la Cristiandad de Europa occidental.⁶⁹⁶ En segundo lugar, por el precedente medieval del mundo árabe, que había esclavizado y transportado a un gran número de africanos negros, lo que hizo que empezaran a ser considerados como especialmente adecuados para las formas de trabajo más degradantes. En último lugar, apunta a un incipiente racismo y a las connotaciones negativas asociadas al color negro.⁶⁹⁷

Además, el comercio transatlántico desde la costa de África occidental no se entiende sin tener en cuenta que los portugueses habían comenzado a explorar la costa africana occidental con anterioridad,⁶⁹⁸ que permitió a los barcos portugueses la caza de esclavos en la costa africana y prácticamente monopolizar el comercio transatlántico de esclavos africanos desde mediados del siglo XV y a lo largo de un siglo y medio más.⁶⁹⁹ Por su parte, España instauró el sistema de los “asientos” –monopolios de comercio– para abastecerse de mano de obra,⁷⁰⁰ puesto que con la división del Tratado de Tordesillas no tenía acceso al comercio de esclavos africanos.⁷⁰¹

⁶⁹⁵ En 1556, por ejemplo, se promulgó una Real Cédula sobre la tasa del precio y cómo se han de vender los negros en las Indias; Leyes de Burgos de 1512; Nuevas Leyes, 1542; Recopilación de Leyes de Indias, 1680, y otra serie de leyes que regulaban aspectos de la esclavitud o la prohibían. Ver: Martín Casares, M., *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, p. 314. La reiteración de los decretos prohibiendo la esclavitud de los amerindios indica que la práctica social no iba en paralelo a la legislación y que se siguieron esclavizando indios a pesar de que fuese *contra legem*. Ibid. p. 321.

⁶⁹⁶ Eltis, D., *The rise of African Slavery in the Americas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 1-84.

⁶⁹⁷ Davis, D. B., *Inhuman Bondage. The rise and fall of slavery in the New World*, p. 79.

⁶⁹⁸ Phillips, W., *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, pp. 199-201; Blackburn, R., *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, pp. 99-108. Inicialmente habían estado más interesados en las mercancías que en los esclavos, que en aquel momento controlado por pueblos islámicos y africanos: Hopkins, A. G., *An economic history of West Africa*, Routledge, Nueva York, 2014, p. 89; Vansina, J., “Long-distance trade-routes in Central Africa”, *The Journal of African History*, Vol. 3, No. 2, 1962, pp. 375-390.

⁶⁹⁹ Phillips, *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, pp. 206-207, 217. Esta práctica se sofisticaría, cambiando las razzias por el comercio y creando factorías con trabajo esclavo en las islas del Atlántico. De este modo, hacia el segundo cuarto del siglo XVI los portugueses habían establecido una eficiente red comercial que se extendía de Marruecos a Angola, quizás adaptándose, como apunta Eugenia Herbert, a rutas comerciales ya existentes. Herbert, E. W., “Portuguese adaptation to trade patterns: Guinea to Angola”, *African studies Review*, Vol. 17, 1974, pp. 411-423.

⁷⁰⁰ Weindl, A., “The asiento de Negros and International Law”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 10, 2008, p. 230. Para una visión más general: Durán Fernández, R., *La corona española y el tráfico de negros: del monopolio al libre comercio*, Ecobook, 2011.

⁷⁰¹ Blackburn, R., *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, pp. 177, 181. Anteriormente, las primeras expediciones al territorio americano por los colonos de las Antillas tenían el principal objetivo de obtener esclavos.

Una vez acabado con el monopolio portugués, la participación de los británicos, franceses y holandeses en este comercio superó con creces el periodo anterior.⁷⁰² La Tregua de los Doce años, firmada en 1609 entre España y Holanda, permitió la acumulación de capital sin tener que pagar diezmos, y con ello se fomentó la extensión de las rutas de comercio.⁷⁰³ Por otro lado, la instalación con éxito en 1620 de las primeras colonias francesas, holandesas y británicas en el Caribe Oriental, permitió que se continuaran los asentamientos y el comercio de esclavos.⁷⁰⁴ Los reinos de la Península Ibérica dejaron de tener el control exclusivo sobre el Caribe y comenzó un periodo (hasta 1750) donde el comercio transatlántico crecería exponencialmente, dominado sobre todo por los británicos. Durante el siglo XVII se trasladaron 825.000 esclavos desde África, número que se estima que alcanzó los dos millones en la primera mitad del siglo XVIII.⁷⁰⁵

En estos años abundaron las leyes coloniales que trataban temas de esclavitud,⁷⁰⁶ que estaban fuertemente influenciadas por el Derecho romano.⁷⁰⁷

⁷⁰² Postma, J., “The dimension of the Dutch slave trade from Western Africa”, *Journal of Africa History*, Vol. 13, 1972, pp. 237-248. Según Blackburn, las emergentes economías capitalistas del Norte de Europa se alimentaron de la minería, agricultura y esclavización del Sur del Atlántico y el Nuevo Mundo. Blackburn, R., *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, p. 182

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ Ver los capítulos del libro de Blackburn: “The making of English colonial slavery”, “the construction of the French Colonial System”, “the Dutch war for Brazil and Africa”, en *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, pp. 219-276, 279-304, 187-213, respectivamente. Sobre esto hay una abundante bibliografía. Ver, especialmente, sobre Holanda: Postma, J., *The Dutch in the Atlantic Slave Trade 1600-1815*, Cambridge University Press, Cambridge 1990; sobre Inglaterra: Vaughan, A.T., *Roots of American Racism: Essays on the Colonial Experience*, Oxford University Press, Oxford, 1995; y sobre Francia: Pritchard, J., *In search of Empire: the French in the Americas, 1670-1730*, Cambridge University Press Cambridge, 2004 y Daget, S., *La Traite de Noirs*, Ouest-France Université, Rennes, 1990.

⁷⁰⁵ Para conocer la magnitud del comercio de esclavos transatlántico, se ha elaborado una base de datos que ha registrado los viajes transatlánticos realizados durante el periodo de la trata transatlántica. *Voyages: The Trans-Atlantic Slave Trade Database*. <https://www.slavevoyages.org/> [último acceso: 19/01/2020]

⁷⁰⁶ Ver, en general: Engerman, S.L./Drescher, S./Paquette, R.L., *Slavery*, pp. 102-148. Para el contexto español, es especialmente relevante la obra de Lucena Salmoral: *Los códigos negros de la América española*, Unesco, Alcalá de Henares, 1996.

⁷⁰⁷ En España, el ordenamiento sobre la esclavitud en las Américas emanó de la regulación castellana sobre la servidumbre –las Partidas de Alfonso X–, como expresamente se señala en la Recopilación de Leyes de las Indias de 1680, con algunas características propias: Lucena Salmoral, M., *Leyes para esclavos. El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española*, 2000, pp. 7-8, http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000202 [último acceso: 19/01/2019]; Lucena Salmoral, M., “El derecho de coartación del esclavo en la América colonial española”, *Revista de Indias*, Vol. 59, Madrid, pp. 357-374. En las colonias de Portugal fueron las *Ordenações Filipinas* las que regularon el estatus de los esclavos en las colonias, que también eran de tradición jurídica romana: Watson, A., *Slave Law in the Americas*, University of Georgia Press, 1989, pp. 40-62 y 92 y ss. En las colonias británicas, se utilizó una combinación de Derecho romano de la esclavitud y normas del derecho de la propiedad y el derecho aplicable a los “*indentured servants*”, que eran semi-esclavos o trabajadores con un tipo especial de contrato. Watson, A, *Slave Law in the Americas*, pp. 71-72. No obstante, la esclavitud de la época difiere a la de las colonias americanas por su carácter de institución pública, frente a la romana que era más una institución privada: “mucho más que en el caso de Roma, la esclavitud en Carolina del Sur se consideraba como una relación no sólo entre esclavos y sus propietarios, sino más bien como una relación esclavo/propietario por un lado, y con la sociedad en su conjunto, por otro”: Nicholson, B. J., “Legal Borrowing and the Origins of Slave Law in the British Colonies”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 38, No. 1, 1994, pp. 11–16, 39. En relación con las colonias francesas, el *Code Noir* francés era un decreto promulgado por Luis XIV en 1685 y retomado en 1724, que consistió en un conjunto de ordenanzas en las que se regulaba el régimen interno

1.5.1 La esclavitud en la Escuela Escolástica española

El estudio de la esclavitud había vuelto a cobrar importancia, y el redescubrimiento de la Antigüedad griega y romana y los textos clásicos en el Renacimiento se reflejó en las posturas intelectuales adoptadas en la época sobre la interpretación del mundo en general, y la esclavitud en particular. En este contexto, presenciamos el auge de Francisco de Vitoria (1483-1546), considerado como uno de los padres del Derecho internacional.

Básicamente, podían distinguirse dos grandes posturas: aquellos que defendían la esclavitud como parte de la “guerra justa”, y los que entendían que era una institución de Derecho natural. Francisco de Vitoria negó que existieran esclavos por naturaleza,⁷⁰⁸ pero utilizó el *ius gentium* para justificar la posibilidad de esclavizar a los indígenas en el marco de una guerra justa si la población nativa persistía en sus hostilidades.⁷⁰⁹

Bartolomé de Las Casas (1484-1566) se opuso a la esclavitud de los indios,⁷¹⁰ y es bien conocido el debate de Valladolid con Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), quien defendió la esclavitud desde el punto de vista aristotélico de la “esclavitud por naturaleza” y la consideración de algunas personas como inferiores.⁷¹¹ Bartolomé de las Casas, tratando de conciliar las necesidades productivas en las minas y plantaciones con su defensa de los derechos de los indios, sugirió la sustitución de la mano de obra nativa por la importación de esclavos africanos,⁷¹² posición que más adelante rectificó.⁷¹³

El segundo gran miembro de la Escuela Escolástica española es Francisco Suárez

de las colonias, prestando especial atención a la esclavitud. El Code Noir regulaba las relaciones esclavo-amor de manera muy similar al derecho de propiedad romano: Watson, A., *Slave Law in the Americas*, pp. 83-85; Schafer, J. K., “Roman Roots of the Louisiana Law of Slavery: Emancipation in American Louisiana, 1803-1857”, *Louisiana Law Review*, Vol. 56, 1995, pp. 409 y ss. Por último, en las colonias holandesas, el derecho aplicable a la esclavitud era el Derecho Romano complementado con otras ordenanzas locales y *placaeten*, es decir, normas procedentes de la metrópoli: Watson, A., *Slave Law in the Americas*, pp. 102-14, también: Postma, J., *The Dutch in the Atlantic Slave Trade, 1600-1815*, pp. 289-91.

⁷⁰⁸ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 25.

⁷⁰⁹ Para Francisco de Vitoria existía guerra justa si se cumplían tres condiciones: que se efectuara por la autoridad pública del príncipe o de la república; que haya justa causa para realizarla y que exista recta intención. ¿Y cuáles son las justas causas? La única causa justa de guerra es la injuria o injusticia recibida respetando el principio de proporcionalidad de los medios. Ver: de Vitoria, F., *Sobre el poder civil, sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, (estudio preliminar, traducción y notas de Frayle Delgado, L., Comentario de Martínez Cardós Ruiz, J.L.), Tecnos 2ª ed. 2007, pp. xxx-xxxii. Ver también: García Añoveros, J. M., *El pensamiento y los argumentos sobre la esclavitud en Europa en el siglo XVI y su aplicación a los indios americanos y a los negros africanos*, pp. 108-109.

⁷¹⁰ No así la de los negros. Aunque se retractaría más adelante, defendiendo los derechos de los negros y los guanches: Amezá, L. C., “La cláusula suareciana sobre la esclavitud de los negros”, *Pensamiento*, Vol. 74, No. 279, 2018, p. 240.

⁷¹¹ Giménez Fernández, M., “Fray Bartolomé de las casas: A biographical Sketch”, en *Bartolomé de las Casas in History: Towards an Understanding of the Man and his work*, Friede, J./Keen, B. (eds.), Northern Illinois University Press, 1971, p. 108. Como pone de manifiesto García Añoveros, Sepúlveda sostuvo que “yo no mantengo que los bárbaros deben ser reducidos a la esclavitud ni privarles de sus bienes, sino solamente reducirlos a nuestro mandato buscando su provecho y evitando toda injusticia”: García Añoveros, J. M., *El pensamiento y los argumentos sobre la esclavitud en Europa en el siglo XVI y su aplicación a los indios americanos y a los negros africanos*, p. 165

⁷¹² Blackburn, R., *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, p. 136

⁷¹³ Las Casas, B., *Historia de Indias, Lib. 3*, (Millares Carlo, A., ed., y estudio preliminar de Hanke, L.), FCE, México, 1986, p. 177.

(1548-1617), que desarrolló la doctrina de Vitoria sobre la legitimidad de la esclavitud. Suárez, haciendo referencia a los padres de la Iglesia, indica que los hombres nacen libres y sitúa el origen del derecho de los hombres a subyugar a otros en el pecado,⁷¹⁴ o en el conflicto (*ius gentium*), como parte de las leyes o costumbres de la guerra.⁷¹⁵

Baltasar Ayala (1548-1584) escribió una obra que se considera la precursora de los trabajos de Grocio: *De jure et officiis bellicis et disciplina militari*.⁷¹⁶ Ayala estudió también las causas de la guerra justa y en el sometimiento a esclavitud de los prisioneros de guerra, centrándose sobre todo en Europa y en las guerras con pueblos no-cristianos. Para Ayala la esclavitud es una institución de *ius gentium* que, además, es útil para el Estado⁷¹⁷, aunque la contemplaba únicamente en las guerras con estados no-cristianos, puesto que el sometimiento a esclavitud ya no se daba entre ellos.⁷¹⁸

1.5.2 La esclavitud en el *ius naturae* y en el *ius gentium*: de la aceptación como parte del Derecho de la guerra a su prohibición.

En Europa se reabre el debate sobre la justificación filosófica y legal de la esclavitud, en muchos casos reavivando antiguos argumentos. La formación del Derecho internacional y sus principios –fundamentalmente, la libertad de los mares y el derecho de la guerra–, influyeron en el debate de la esclavitud, en un intento de trasladar estos principios universales y abstractos a situaciones concretas.⁷¹⁹

— Siglos XVI-XVII

Las ideas de Jean Bodin (1530-1596) sobre la soberanía sentaron las bases para el desarrollo del pensamiento político europeo.⁷²⁰ En los *Seis Libros de la República* se pregunta si la esclavitud es natural o no,⁷²¹ y concluye que aquellos que sostienen que la esclavitud es natural basándose en la práctica de los hombres y en la idea de que no hubiera durado tanto si fuera contraria a la naturaleza, no tienen en cuenta que la mayoría de las veces los hombres eligen el mal.⁷²² Para Davis, Jean Bodin originó lo que se puede denominar “filosofía antiesclavista”.⁷²³

⁷¹⁴ Coujou, J. P., “Political Thought And Legal Theory In Suárez”, en *A Companion to Francisco Suárez*, Salas, V./Fastiggi, R., Brill, Leiden, 2015. p. 37

⁷¹⁵ Amezúa, L. C., “Orden internacional y derecho cosmopolita: el *ius gentium* de Suárez”, en *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2008. pp. 23-48.

⁷¹⁶ Aunque se considere más como compilador de la doctrina de la escuela escolástica que como pensador original: Knight, W. S. M., “Baltasar Ayala and His Work”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 3, 1921, p. 221.

⁷¹⁷ Ayala, B./Westlake, J., *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III*, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1921, p. 41.

⁷¹⁸ *Ibid.*, 54.

⁷¹⁹ Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 395.

⁷²⁰ Calleja Rovira, R., “Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía”, *Revista de estudios políticos*, No. 166, 2014, p. 14.

⁷²¹ Engerman, S.L./Drescher, S./Paquette, R.L., *Slavery*, p. 16

⁷²² *Ibid.*, p. 17, poniendo el ejemplo de los sacrificios humanos.

⁷²³ Brion Davis, *The problem of Slavery in Western Culture*, 1966, p. 111.

Este enfoque fue criticado por su contemporáneo Alberico Gentili (1552-1608) en su obra *De Iure Belli*,⁷²⁴ donde analiza las leyes de la guerra y justifica que es una institución natural porque pertenece a las Leyes de las Naciones:

“[...] no somos creados libres por naturaleza [...]; además, el hecho de que algo parezca ser verdad para todos los hombres es un argumento a favor de su verdad, como dice Séneca. Aristóteles también declara que todo lo que ocurre no ocurre por fortuna o por casualidad [...] por lo tanto la esclavitud pertenece a la ley de las naciones [*ius gentium*].⁷²⁵”

Hugo Grocio (1583-1645) inaugura una nueva concepción de Derecho natural alejada de la base teológica⁷²⁶ con fundamentos ideológicos de la Escolástica española.⁷²⁷ En *De iure bellis ac pacis* le presta una prolija atención y constituye el apoyo ideológico que necesitaba esta institución.⁷²⁸ Grocio distingue entre dos tipos de esclavitud según el origen: por un lado, la que se origina en el contexto de una guerra (*ius gentium*) y, por otro, la que existe sobre la base del consentimiento o por castigo por un delito cometido (*ius naturae*).⁷²⁹ En este último caso, está en armonía con la justicia natural porque el derecho que posee el amo sobre el esclavo es análogo al del soberano sobre sus súbditos.⁷³⁰ Grocio no limita la justificación de la esclavitud a los prisioneros de guerra, sino de cualquiera que se encuentre en territorio enemigo, incluida su prole.⁷³¹ Así, si las personas adquiridas en África habían sido capturadas en un contexto de guerra, el *ius gentium* justificaba su

⁷²⁴ Gentili llama a Bodin necio al ir en contra de los fundadores de la ciencia del derecho Platón, Jenofontes y Aristóteles: Gentili, A., *De iure belli libri tres*, Clarendon Press, Oxford, 1933, p. 318.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 330.

⁷²⁶ Jiménez de Parga, M., “Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna”, *Revista de estudios políticos*, No. 74, 1954, p. 123; Haakonssen, K., “Hugo Grotius and the history of political thought”, *Political Theory*, Vol. 13, 1985, pp. 239-265.

⁷²⁷ Oestreich, G., *Neostoicism and the early modern state*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 38. Más generalmente: Skinner, Q., *The foundations of modern political thought*, 2 vols., Cambridge University Press, Cambridge, 1978, vol. II, p. 135-173.

⁷²⁸ Cairns, J., “Stoicism, Slavery and Law: Grotian Jurisprudence and its Reception”, *Grotiana (New Series)*, Vol. 22-23, 2001/2002, p. 201. Más crítico es Georg Cavallar, que destaca que las teorías de los padres del Derecho internacional sentaron las bases ideológicas de la conquista y justificaron la explotación: Cavallar, G., “Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans?”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 10, 2008, 181-209, especialmente 181-2. En este sentido, también Williams en: Williams, R. A., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, New York, Oxford 1990, pp. 6-8, 106. Presumiblemente, Grocio había sido plenamente consciente de ello, puesto que anteriormente había trabajado para la Compañía de las Indias Orientales Holandesa. En: Fox, J., “For Good and Sufficient Reasons: an examination of early Dutch East India Company ordinances on slaves and slavery”, en Reid, A. (ed.), *Slavery, bondage and dependency in Southeast Asia*, St. Martin's Press, Nueva York, 1983, pp. 246-262.

⁷²⁹ Aunque se distancia de la postura de Aristóteles al considerar que nadie es esclavo por naturaleza: Grocius, H./Neff, S. C., “Capítulo 7”, en *On the Law of War and Peace: Student Edition, Three Books, Book III*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 368.

⁷³⁰ De esta forma, la soberanía y la esclavitud otorgan al soberano y al amo una semejante *facultas moralis*: Van Nifterik, G., “Hugo Grotius on ‘Slavery’”, *Grotiana (New Series)*, Vol. 22-23, 2001/2002, pp. 233-244. Sobre esto, ver también: Haakonssen, K., “Hugo Grotius and the history of political thought”, p. 244.

C

⁷³¹ Cairns, J., “Stoicism, Slavery and Law: Grotian Jurisprudence and its Reception”, p. 231. Grocius, H./Neff, S. C., *On the Law of War and Peace*, Capítulo VII del libro III, pp. 368 y ss., donde trata de los derechos sobre los prisioneros de guerra.

sometimiento y el de sus hijos.⁷³²

Los siguientes juristas cuyas obras forman parte de los *Clásicos de Derecho Internacional* son Richard Zouche (1590-1661), y los alemanes Samuel Rachel (1628-1691), Johann Wolfgang Textor (1693-1771) y Samuel Pufendorf (1632-1694), que siguen la estela de Grocio

En la obra *Juris et Judicii Feicialis ive, Juris inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio*⁷³³ Richard Zouche estudia el sometimiento a esclavitud de los prisioneros y la espinosa cuestión de quiénes, entre los no-cristianos, podían considerarse “enemigos religiosos” y podían ser desplazados, asesinados o sometidos a esclavitud. Sus contribuciones al estudio de la esclavitud se centran en la práctica romana, y cita a Aristóteles y a Gaius para referirse al derecho que asiste a los contendientes de una guerra a hacerse con la propiedad de las cosas del enemigo como parte del *ius inter gentes*, incluso aunque el resultado sea la reducción a esclavitud de hombres libres.⁷³⁴

Rachel, en su obra *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, no dedica demasiada atención a la esclavitud más allá de reproducir escuetamente la doctrina sobre el Derecho de guerra en el marco de la guerra justa: “aquellos que se rindan [...] o acepten la condición de esclavitud, o sean capturados, se convertirán en esclavos de los victoriosos por la Ley de las Naciones”.⁷³⁵

Johann Wolfgang Textor, en su *Synopsis Juris Gentium*, explicó cómo “el derecho a capturar y someter al enemigo a esclavitud” se había convertido en parte del *ius gentium* como sustituto de la brutalidad de la muerte en manos enemigas. Al igual que Rachel, observa que esta regla no se aplica entre los países cristianos, aunque sigue siendo cierta en las guerras contra los “turcos y otros bárbaros”.⁷³⁶

Samuel Pufendorf escribe *De Iure Naturae et Gentium* donde, a diferencia de otros autores, no estudia el Derecho de la guerra de forma aislada, sino que trata de hacer un análisis sistemático y completo distinguiendo los dos tipos de normas: el Derecho natural y el *ius gentium*, en el que incluye la discusión sobre la esclavitud,⁷³⁷ que también es

⁷³² Ibid., pp. 368-369.

⁷³³ En Brierly, J. L., *The Law of Nations: an introduction to the international law of peace*, Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 5, se destaca la influencia de Zouch en el desarrollo del Derecho internacional.

⁷³⁴ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 44 y ss. A pesar de la relevancia de los trabajos de Zouche en el avance teórico del Derecho internacional, aportan poco o nada a la realidad esclavitud africana si tenemos en cuenta que la mayoría de víctimas de este tipo de comercio no lo habían sido en el marco de una guerra justa. Bush, J., “Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 5, 1993, p. 449. Este autor sugiere que su intención de Zouche al poner ejemplos greco-latinos y de la Edad Media era que se extendiesen por analogía a la esclavitud negra, p. 450.

⁷³⁵ Citado en Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 47

⁷³⁶ En su lugar, los prisioneros eran apresados e intercambiados por un rescate o por un intercambio de prisioneros. Textor, J. W., *Synopsis Juris Gentium* (Bate, J. P. trad.), Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916, Capítulo XVIII, p. 171.

⁷³⁷ Spavan, J./Barbeyrac, J./Pufendorf, S., *Pufendorf's Law of Nature and Nations: Abridg'd from the Original*, T. Varnan and J. Osborne, 1716. pp. 169-174. Posiblemente, esta fue la forma mediante la que la

acorde al Derecho natural porque “no hay duda de que han alcanzado un estado acorde con su carácter”.⁷³⁸ Sitúa los orígenes de la esclavitud en los primeros años de la humanidad,⁷³⁹ donde se convertiría en costumbre entre naciones como perdón de la vida de los prisioneros de guerra.⁷⁴⁰ A pesar de todo, Pufendorf rechaza que a los esclavos se les pueda considere cosas muebles que se puedan usar, abusar y destruir a voluntad del propietario.⁷⁴¹

— Siglos XVIII-XIX

En el mundo post-Westfalia el enfoque hacia la esclavitud no había cambiado demasiado. Las potencias europeas habían establecido sus colonias en África, Asia y el Nuevo Mundo, proclamando la libertad de los mares y del comercio, donde ocupaba un lugar relevante el de esclavos.

Cornelius Bynkershoek (1673-1743) se centra en mayor medida en la práctica de los Estados, donde afirma que se encuentra el origen de la Ley de las naciones.⁷⁴² En su obra *Quaestionum juris publicis libri duo* reitera el estado de la cuestión sobre la esclavitud: que había prosperado frente al derecho a matar al enemigo capturado y que entre las naciones cristianas había caído en desuso.⁷⁴³ Utiliza la reciprocidad para justificar el sometimiento a la esclavitud en el marco de las guerras contra los Estados islámicos.⁷⁴⁴ Stephen Neff señala que el trabajo de Bynkershoek está orientado a resolver los problemas prácticos de aquellos días,⁷⁴⁵ y no un estudio sistemático u omnicomprensivo, lo que explica que no se pronunciara sobre la esclavitud en Asia, América y África fuera del marco de las guerras cristiano-musulmana.

Christian von Wolff (1679-1754) desarrolla la teoría del Derecho natural en la línea

discusión teórica de la esclavitud como institución de *ius gentium/ius naturalis* llegó a los pensadores del siglo XVIII, ya que estos textos se generalizaron en Europa continental y en las colonias. Ver: Bush, J., “Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law”, p. 451 y la bibliografía citada.

⁷³⁸ Spavan, J./Barbeyrac, J./Pufendorf, S., *Pufendorf's Law of Nature and Nations: Abridg'd from the Original*, p. 169.

⁷³⁹ Ibid.: “cuando comenzó a crecer en número y se descubrió la conveniencia de tener otras personas haciendo los peores trabajos”, por lo que “comenzó a ser práctica corriente tener siervos en la familia con tal propósito”.

⁷⁴⁰ “Pero después de que las Guerras se hicieran más frecuentes en el mundo, se convirtió en Costumbre entre las Naciones que para que se les perdonara la Vida a los prisioneros de Guerra, se harían Esclavos para el resto de su vida, incluidos los Niños nacidos en delante de ellos. Aunque en estos Días este Tipo de Esclavitud está abolida, y todas las tareas Domésticas se realizan por sirvientes en un determinado periodo de Tiempo”. Ibid.

⁷⁴¹ Ibid., p. 172.

⁷⁴² Neff, S. C., *Justice among Nations: A History of International Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, p. 192; sobre el papel de este autor al Derecho internacional, ver: Borba Casella, P., “Desenvolvimento do direito internacional na concepção de Cornelius van Bynkershoek”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 103, 2008, pp. 563-592.

⁷⁴³ Bynkershoek, C., *Quaestionum juris publici libri duo*, Clarendon Press, Oxford, 1930, pp. 27-28.

⁷⁴⁴ Habla de “aquellos que han ejercido ese derecho contra nosotros”, *ibid.*

⁷⁴⁵ Neff, S. C., *Justice among Nations: A History of International Law*, p. 192.

racionalista de Pufendorf.⁷⁴⁶ En su obra *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum* señala que solo existe el derecho a detener a las personas capturadas durante el tiempo que dure la guerra justa, para neutralizarlas y evitar que la guerra se alargase.⁷⁴⁷ Y sólo se podía reducir a esclavitud a un prisionero si había cometido un crimen que mereciese tal castigo.⁷⁴⁸

Por último, Emmerich de Vattel (1714-1767) en su obra *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite aux Affaires des Nations et des Souverains*, analiza el derecho a hacer prisioneros de guerra y defiende la legalidad de la esclavitud en un contexto de guerra dentro de ciertos límites humanitarios,⁷⁴⁹ pero sugiere que someter a otro ser humano al completo dominio de otro es contrario a la razón y a los “sentimientos humanos”.⁷⁵⁰

Emmerich de Vattel es el último de los *Clásicos del Derecho Internacional* en escribir sobre esclavitud antes de que se popularizase el movimiento abolicionista. Las formulaciones de los argumentos que legitimaban la esclavitud se repetían constantemente sin modificaciones en lo esencial. Así, o bien era considerada como una institución acorde con la naturaleza, o bien constituía la solución humanitaria a la pena de muerte de los enemigos en una guerra. Además, se había producido una evolución en el tratamiento de los prisioneros de guerra entre reinos cristianos,⁷⁵¹ que no alcanzó a las guerras contra los musulmanes u otros paganos, donde se justificaba el sometimiento a esclavitud no solo de los combatientes, sino de toda la población.

A pesar de esta doctrina, la realidad era muy diferente porque el nuevo centro de la esclavitud se encontraba en las colonias y el comercio transatlántico, donde los esclavos no se habían obtenido en el marco de “guerras justas”. Allain sugiere que, tras el descubrimiento del Nuevo Mundo surge una clara distinción entre europeos y no-europeos donde el derecho internacional se aplicaría únicamente a los primeros. Esto explicaría la razón por la que los escritos donde se discuten las condiciones de legitimidad de la esclavitud ignoren la cuestión del trabajo esclavo en las colonias, a pesar de su relevancia entre

⁷⁴⁶ Cavallar, G., “Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 10, No.2, 2008, p. 204; Neff, S. C., *Justice among Nations: A History of International Law*, pp. 183 y ss.

⁷⁴⁷ Wolff, C., *The Law of Nations Treated According to a Scientific Method*, Drake, J. H. (trad.), Clarendon Press & Humphrey Milford, Londres, 1934, pp. 811-812.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, pp. 814-815.

⁷⁴⁹ Vattel considera que es lícito capturar y hacer prisioneros a todos los sujetos del Estado enemigo para evitar que se reúnan y para poder obtener un beneficio por su puesta en libertad. No obstante, a partir del momento de la rendición aparecen limitaciones a las posibilidades de esclavizar a los enemigos, puesto que sólo será posible si se declaran culpables de un delito que merezca la pena de muerte. Vattel, E., *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, Fenwick, C. G. (trad.), Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916, p. 310. Ver también: Cavallar, G., “Immigration and Sovereignty: Normative Approaches in the History of International Legal Theory (Pufendorf-Vattel-Bluntschli-Verdross)”, *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 11, No. 1, 2006, pp. 9 y ss.

⁷⁵⁰ Vattel, E., *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, p. 286.

⁷⁵¹ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 54.

los siglos XVII y XVIII.⁷⁵²

1.6 La esclavitud en el pensamiento liberal y en la época de la Ilustración

El siglo XIX se caracteriza por el auge de las ideas abolicionistas de la esclavitud. A este cambio de paradigma pudo influir la consolidación de los principios del Estado Moderno enunciados en las revoluciones francesa y americana. Por este motivo es útil analizar cómo se abordó la cuestión de la esclavitud en el pensamiento liberal, desde Hobbes en adelante, dentro del contexto más amplio de la libertad.

Thomas Hobbes (1588-1679) fue uno de los autores que sentó las bases del liberalismo político. En el *Leviatán* elaboró una teoría sobre las relaciones de autoridad (soberano) en términos estrictamente contractuales e individualistas, que trasladó también a la relación amo/esclavo.⁷⁵³ Hobbes rechazó la idea de autoridad basada en la naturaleza y afirmó que la única base legítima de una sociedad es el consentimiento y la voluntad individual. Para Hobbes, la esclavitud es una parte inevitable de la lógica del poder.⁷⁵⁴

Hobbes identifica la libertad como “no interferencia”,⁷⁵⁵ noción que ha sido criticada con el argumento de que la falta de libertad de un esclavo no deriva de que se le interfiera en la consecución de sus deseos, sino del hecho que permanece sujeto a la voluntad del amo sin poder actuar independientemente de acuerdo con su propia voluntad en ningún momento. Los esclavos cuyas decisiones no estén en conflicto con las de sus esclavos siguen siendo esclavos.⁷⁵⁶ Aunque compartimos esta crítica, es útil examinar la concepción de libertad iniciada por Hobbes porque sus descendientes en la teoría del liberalismo político desarrollarían la noción de “libertad negativa” y lo que se conoce como crítica liberal de la esclavitud.⁷⁵⁷

Así, John Locke (1632-1704) iniciaba su *Primer Tratado sobre el Gobierno Civil* señalando que “es la esclavitud tan vil y miserable” y “tan contraria al talante generoso y valiente de nuestra nación”, que considera inconcebible “que un inglés, y mucho menos un caballero, pueda abogar por ella”.⁷⁵⁸ Es necesario entender esta afirmación en el contexto de su crítica al absolutismo monárquico de Sir Robert Filmer y su concepto de estado de naturaleza. En el estado de naturaleza todos los hombres son iguales –al igual que

⁷⁵² Ibid.

⁷⁵³ Hobbes indicó expresamente que la única diferencia entre un sujeto libre y el esclavo era que uno servía en la ciudad y otro a otro individuo: Hobbes, T., *Leviatán*, freeditorial [online], Capítulos II y XX. Ver también: Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 117.

⁷⁵⁴ Davis, D. B., *Slavery in the Western culture*, p. 116.

⁷⁵⁵ Este tipo de libertad ha sido definida por Philip Pettit como “el ideal de libertad política entendida como no-sujeción”: Pettit, P., *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 145. También: Berlin, I., “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Berlin, I., Oxford University Press, Oxford, 1969, p. 118; Kramer, M. H., “Freedom, Unfreedom and Skinner's Hobbes”, *Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No. 2, 2001, p. 204. De manera más general: Skinner, Q., *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

⁷⁵⁶ Skinner, Q., *Hobbes and Republican Liberty*, pp. xii-xiii.

⁷⁵⁷ Smith, S. B., “Hegel and the problem of slavery”, *Cardozo Law Review*, Vol. 13, 1991, p. 1786

⁷⁵⁸ Locke, J., *Two Treatises of Government*, Thomas Tegg et al, Londres, 1823: <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf> [último acceso: 20/01/2020], p. 7.

en el estado de naturaleza de Hobbes—⁷⁵⁹ añadiéndole una condición moral: nadie tiene derecho de dañar la vida, salud, libertad o propiedad de otra persona (ley natural).⁷⁶⁰ El concepto de Locke sobre la libertad es tan extenso que impide incluso la esclavitud voluntaria,⁷⁶¹ aunque contempla dos excepciones: si la persona es culpable de un acto que merece la muerte⁷⁶² o, en caso de guerra, cuando la ley natural haya sido violada por otro.⁷⁶³ Una vez concluido el estado de guerra, también debe cesar la esclavitud y los capturados deben retornar a su estado de libertad natural.⁷⁶⁴

Montesquieu (1689-1755) dedica una considerable atención a la esclavitud en su obra *El Espíritu de las Leyes*. Al igual que sus predecesores, insiste en que la esclavitud es contraria al derecho natural, pero lo novedoso de su enfoque es que destaca los efectos perniciosos que genera tanto para el esclavo como para el amo.⁷⁶⁵

Distingue entre “esclavo político”, vinculado a la noción de libertad política y a los gobiernos despóticos,⁷⁶⁶ y el “esclavo civil”, definido como “el establecimiento de un derecho que hace a un hombre tan propio de otro que le concede un dominio absoluto sobre sus bienes y su vida”.⁷⁶⁷ Montesquieu disecciona los argumentos que han justificado el sometimiento a esclavitud desde la época romana y los refuta, negando su legitimidad filosófica y jurídica.⁷⁶⁸ Por ejemplo, ante la tradicional afirmación del Derecho de gentes de que se hace esclavos a los prisioneros para evitar su muerte, Montesquieu responde:

Pero estas razones de los jurisconsultos son insensatas por cuanto es falso en primer lugar que sea lícito matar en la guerra fuera del caso de necesidad. Un hombre que reduce otro a la esclavitud, no puede jamás decir que se encontraba en necesidad de matarlo, cuando el no haberlo muerto lo contradice. Todo el derecho que la guerra puede conceder sobre los prisioneros es el de asegurar sus personas de tal manera que no puedan ofender. Los homicidios cometidos

⁷⁵⁹ Ibid., p. 106.

⁷⁶⁰ Ibid., p. 107.

⁷⁶¹ Ibid., p. 114.

⁷⁶² Ibid.

⁷⁶³ Quedando así fuera de lo que Locke llama “Ley Común Racional”, Ibid., p. 112.

⁷⁶⁴ Indica expresamente que “uno podrá destruir al hombre que le hace guerra, o ha demostrado aversión a su vida; por el mismo motivo que pudiera matar un lobo o león, que es porque no se hallan sujetos a la común ley racional, ni tienen más norma que la de la fuerza y violencia. Por lo cual le corresponde trato de animal de presa; de esas nocivas y peligrosas criaturas”. Ibid., 115. Davis realiza una lectura completamente diferente: según él, para Locke la esclavitud era conforme con el derecho natural y parte de la propiedad privada. Y como la propiedad formaba parte del derecho natural, el estado tenía el deber de proteger el derecho de los propietarios de esclavos. Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 121.

⁷⁶⁵ Montesquieu, C., *El Espíritu de las Leyes*, Buenaventura Selva, N. (trad.), Madrid, 1845: <http://www.aulasaj.org/sites/default/files/biblioteca/Montesquieu%20-%20Espiritu%20de%20las%20leyes.pdf> [último acceso: 20/01/2020], p. 293. “[...] para éste [el esclavo] porque nada puede hacer por virtud, para aquel porque le hace contraer en el trato de sus esclavos toda especie de malos hábitos lo acostumbra insensiblemente faltar todas las virtudes morales ser soberbio pronto duro, cruel, colérico voluptuoso”.

⁷⁶⁶ Montesquieu afirma que “[...] para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro”. Aquí introduce la teoría de la división de poderes, necesario para evitar gobiernos despóticos. Ibid., pp. 300 y ss.

⁷⁶⁷ Ibid., p. 293.

⁷⁶⁸ Tanto la esclavitud por deudas permitida en el derecho civil romano como la esclavitud de los hijos nacidos de esclavos; la esclavitud que tiene origen en una sentencia y aquella impuesta por parte de una nación a otra, tanto por razones de superioridad moral como por cuestiones religiosas. Ibid., pp. 294 y ss.

por los soldados sangre fría después del calor de la acción, están reprobados por todas las naciones del mundo.⁷⁶⁹

No obstante, no aplica los mismos contundentes razonamientos al sometimiento a esclavitud de los negros, sino que lo justifica basándose en su ausencia de alma y en una supuesta inferioridad: “hay también una prueba de que los negros no tienen sentido común en que hacen más caso de un collar de vidrio que otro de oro que entre las naciones cultas es de muchísimo más precio”.⁷⁷⁰

Por otro lado, Montesquieu destaca la importancia de ajustar las exigencias de la ley natural al “espíritu” y circunstancias políticas de cada nación, lo que le permite justificar la esclavitud en determinado lugar, tiempo y circunstancias. Así, solo el “miedo al castigo” puede inducir a los hombres a trabajar en determinados climas, por lo que la esclavitud en esos casos “repugna menos a la razón”.⁷⁷¹ A pesar de la ambivalencia de estos argumentos, estos ejercieron una nada desdeñable influencia en el pensamiento antiesclavista, al ser el primero en aplicar las herramientas críticas de la Ilustración a las ideas de Aristóteles y a la justificación de *ius gentium* en el Código de Justiniano.⁷⁷²

François Voltaire (1694-1778) refuta la afirmación de Pufendorf de la supuesta existencia de un contrato inicial entre el amo y esclavo basada en el consentimiento libre, afirmando retóricamente: “creeré a Puffendorff cuando me enseñe el contrato original”.⁷⁷³ También es el autor de la afirmación “la Naturaleza decide contra Grocio”, refiriéndose a la afirmación de este último sobre que quien es tomado en una guerra no tiene el derecho de escapar, y lo equipara con decir que una persona herida no tiene derecho a una cura.⁷⁷⁴ Para Voltaire, el hecho de que la Iglesia siempre hubiera aceptado la esclavitud demostraba su desprecio por la naturaleza humana.⁷⁷⁵

⁷⁶⁹ Ibid., p. 295.

⁷⁷⁰ Ibid., 299.

⁷⁷¹ Ibid., pp. 301 y ss. En el Libro XIV habla de la influencia del clima. Estos argumentos han sido muy criticados: Sala-Molins, L., *Le code noir, ou le calvaire de Canaan*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, pp. 221-237; Smith, S. B., “Hegel and the problem of slavery”, p. 1789. Es justo, no obstante, hacer referencia al capítulo VIII donde termina diciendo: “Yo no sé si es el alma o es el corazón el que me dicta este artículo. No hay clima alguno en toda la tierra, donde sea imposible empeñar en el trabajo los hombres libres. Porque las leyes eran malas se hicieron los hombres perezosos porque se hicieron perezosos se les redujo a servidumbre”. Sobre esto, ver: Martínez Peira, J. F., “Cautivos del Clima. El problema de la esclavitud en el pensamiento de Montesquieu”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía, II Época*, No. 5, 2010, pp. 215 y ss. Davis señala que a partir de Montesquieu los defensores de la esclavitud en las colonias no tenían la necesidad de recurrir al Derecho natural, al contrato social o a cualquier otra ficción para justificarla. Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 395.

⁷⁷² Berlin, I., *Contra la corriente: ensayos sobre historia de las ideas*, México, FCE, 1992, pp. 199-206; Todorov, T., *El espíritu de la Ilustración*, Madrid, Circulo de Lectores, 2008, p. 103; Hunting, C., “The Philosophes and Black Slavery”, *The Journal of the History of Ideas*, Vol. 3, No. 3, 1978, pp. 416 y ss. Fletcher destaca la naturaleza ambivalente de la influencia de Montesquieu en el movimiento antiesclavista: Fletcher, F.T.H., “Montesquieu’s Influence on Anti-Slavery Opinion in England”, *Journal of Negro History*, XVIII, Vol. 18, No. 4, 1933, pp. 414 y ss.

⁷⁷³ Voltaire, F., *Philosophical dictionary*, Penguin, Londres, 1971, p. 25.

⁷⁷⁴ Ibid.

⁷⁷⁵ Ibid., pp. 24 y 25.

Louis de Jaucourt (1704-1779) desarrollaría los argumentos antiesclavistas de Montesquieu en un panegírico que se incluyó en el Volumen V de la *Encyclopédie* de Diderot y D'Alembert y en un pasaje de 'Esclavage' del mismo volumen.⁷⁷⁶ Junto con *El Espíritu de las Leyes*, este pasaje de la *Encyclopédie* constituyó un acicate para que la esclavitud se incluyera entre las principales preocupaciones de la Ilustración.⁷⁷⁷ Las conclusiones de este pasaje constituyen unas de las más lúcidas aplicaciones de la filosofía del Derecho natural al movimiento antiesclavista:

No solo no puede haber derechos de propiedad, propiamente hablando, sobre personas, sino que es una ofensa contra la razón pensar que un hombre, que no tiene poder sobre su vida, la pueda dar a otro, ya sea por consentimiento o por convención [...]. Pues no hay ni una de esas almas desaventuradas [...] que no tenga el derecho de ser declarada libre, ya que nunca perdió su libertad; puesto que era imposible que la perdiese; ya que ni el gobernante, ni su padre, ni nadie más tiene el derecho de disponer de su libertad; consecuentemente la venta de esa persona es nula e inválida: estos negros [...] no pueden bajo ningún concepto enajenarse a sí mismos de sus derechos naturales; los llevan consigo a todas partes y tienen el derecho de pedir a otros que les permitan disfrutar de tales derechos.⁷⁷⁸

De Jaucourt atacó la legalidad de la esclavitud porque para él una ley del gobierno civil no puede contradecir los derechos humanos básicos y, por su parte, Diderot defendió el derecho de los sometidos a usar cualquier medio disponible para obtener su libertad.⁷⁷⁹

Para Edmund Burke (1729-1797), padre del liberalismo conservador británico, un clima excesivamente opresivo en las colonias incrementaba el riesgo de insurrección y era poco rentable. Burke nunca preconizó el abolicionismo o la ruptura con el régimen anterior porque consideraba que las instituciones existentes eran fruto de la experiencia y sabiduría de las generaciones anteriores. Por esa razón, las posibles reformas deberían implantarse lentamente y de acuerdo con el "espíritu" de las colonias.⁷⁸⁰ La idea de equilibrio social y continuidad posiblemente formaba parte del clima de opinión del siglo XVIII y estaba detrás del miedo de los reformistas a la emancipación inmediata, proponiendo transformaciones paulatinas en trabajo libre en su lugar.⁷⁸¹

Mary Wollstonecraft (1759-1797) confronta los argumentos de Burke en su obra *Vindicación de los derechos del hombre*, donde alega que la esclavitud no es una institución

⁷⁷⁶ Diderot, D./d'Alembert, J./de Jaucourt, J., *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Vol V, Friedrich Frommann Verlag Gunther, 1995. Jaucourt definió la esclavitud de forma que incluyese la servidumbre política.

⁷⁷⁷ Davis, D., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 416.

⁷⁷⁸ Engerman, S.L./Drescher, S./Paquette, R.L., *Slavery*, pp. 25-28

⁷⁷⁹ Diderot, *Oeuvres Complètes De Diderot: Encyclopédie VI*, HardPress Publishing, 2019, pp. 444-457. De esta manera, puesto que las fuentes del derecho natural se encontraban en la naturaleza del hombre, sus dictados no podían nunca contradecir la utilidad pública. Es decir, si la erradicación de la esclavitud colonial provocaba tensiones y reajustes comerciales, a la larga promovería el desarrollo de la industria, la población y el bienestar: Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p.417.

⁷⁸⁰ Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, pp. 396-397.

⁷⁸¹ Cahen, L., "La société des Amis des Noirs et Condorcet. La Révolution française, 1906, pp. 481-497.

natural sino un constructo humano,⁷⁸² y en su *Vindicación de los derechos de la mujer* lo relaciona con la situación de dominación de las mujeres.⁷⁸³ En el contexto estadounidense, Thomas Paine también respondería a Edmund Burke,⁷⁸⁴ insistiendo en que se trata de una institución “contraria a la luz de la naturaleza, a cualquier principio de justicia y humanidad, y también a una política buena”.⁷⁸⁵

Hasta ahora, los esfuerzos de los fundadores del liberalismo se habían concentrado en los aspectos legales y políticos de la esclavitud en el sentido clásico de derecho propiedad sobre una persona. Jean-Jaques Rousseau (1712-1778) partiría de un concepto de esclavitud más amplio. En la clásica obra *El contrato social*, Rousseau critica los argumentos Grocio y Hobbes porque confunden el efecto con la causa:

Grocio niega que todo poder humano se haya establecido en favor de los gobernados, y pone por ejemplo la esclavitud. La manera de discurrir, que más constantemente usa, consiste en establecer el derecho por el hecho. Bien podría emplearse un método más consecuente, pero no se hallaría uno que fuese más favorable a los tiranos.⁷⁸⁶

Más adelante reafirma el principio de igualdad y el contrato como única fuente legítima de sujeción entre personas⁷⁸⁷ y, aunque admite la posibilidad de los hombres de enajenarse a sí mismos, no así a sus hijos o a los prisioneros de guerra.⁷⁸⁸ Concluye afirmando que “el derecho de esclavitud es nulo, no sólo porque es ilegítimo sino porque es absurdo y porque nada significa”.⁷⁸⁹ De esta forma Rousseau responde a aquellos, como Pufendorf, que habían basado el derecho de la esclavitud en una supuesta convención entre el amo y el esclavo, poniendo de manifiesto el absurdo de considerar la esclavitud de los prisioneros de guerra como un contrato:

[...] bien sea de hombre a hombre, bien sea de hombre a pueblo, siempre será igualmente descabellado este discurso: hago contigo una convención cuyo gravamen es todo tuyo, y mío todo el provecho; convención que observaré mientras me diere la gana y que tú observarás

⁷⁸² Wollstonecraft, M., *A Vindication of the Rights of Men, in a Letter to the right Honorable Edmund Burke, Occasioned by his Reflections on the Revolution in France*, The Floating Press, Auckland, 1792, pp. 23-24.

⁷⁸³ Ferguson, M., “Mary Wollstonecraft and the Problematic of Slavery”, *Feminist Review*, No. 42, 1992, pp. 82-102.

⁷⁸⁴ Paine, T., *Derechos del Hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*. Santos Fontenla, Fernando (trad.), Alianza, Madrid, 2008, p. 97

⁷⁸⁵ Truyol y Serra, A., “Thomas Paine y la esclavitud de los negros”, en VV.AA., *Studi in memoria di Giovanni Ambrosetti, 2 vol.*, Giuffrè, Milán, 1989, vol. 1, pp. 374-385; Garay Montañez, N., “Raza, género y constitucionalismo: El pensamiento antiesclavista y feminista de Thomas Paine”, *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 23, 2016, pp. 13 y ss.

⁷⁸⁶ Rousseau, J. J., *El contrato social*, Biblioteca virtual universal, p. 3: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70390.pdf> [último acceso: 20/01/2020].

⁷⁸⁷ “Ya que por naturaleza nadie tiene autoridad sobre sus semejantes y que la fuerza no produce ningún derecho, sólo quedan las convenciones por base de toda autoridad legítima entre los hombres”, Capítulo IV de la esclavitud.

⁷⁸⁸ Rousseau indica que no existe tal derecho porque en la guerra no hay una relación entre una persona vencedora y otra vencida, sino entre Estados. Por tanto, concluye, “si la guerra no da al vencedor el derecho de degollar a los pueblos vencidos, este derecho, que no tiene, no puede establecer el de esclavizarlos”. *Ibid.*, p. 7.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 8.

mientras me diere la gana.⁷⁹⁰

De esta forma, Rousseau lleva el argumento de que todos los hombres nacen libres e iguales hasta sus últimas consecuencias, declarando la ilegitimidad de la esclavitud.⁷⁹¹ Olimpia de Gouges (1748-1793) también sería otra figura destacada del pensamiento ilustrado y el abolicionismo. En su ensayo “Reflexiones sobre los hombres negros” y en “La esclavitud de los negros”, critica el enriquecimiento de una parte de burguesía a costa de la trata de esclavos.⁷⁹²

En 1770, la *Historia de las Indias* de Abbé Raynal ejerció una profunda influencia en el pensamiento humanitario, especialmente en Gran Bretaña, donde fue traducido en 1777,⁷⁹³ en un contexto en el que el pensamiento antiesclavista ya estaba consagrado como uno de los principios de la Ilustración,⁷⁹⁴ Para Raynal esto suponía una oportunidad para que Europa asegurase el progreso hacia una mayor libertad.⁷⁹⁵ No obstante, Raynal llega a unas conclusiones parecidas a las de Burke y elabora un plan para alcanzar la libertad de forma gradual.⁷⁹⁶ La idea de un esquema racional, por fases, como único medio para obtener la libertad adecuadamente sería repetida en el futuro por los Estados para evitar la abolición repentina la esclavitud y justificar la creación de regímenes a medio camino entre esclavitud y trabajo asalariado o libre. Como sugiere Davis, “los opresores, o bien fueron deslumbrados por una fuerza superior, o bien se convencieron de que la humanidad coincidía con sus propios intereses”.⁷⁹⁷

Para comprender la creación de un auténtico régimen internacional antiesclavista es imprescindible examinar el proceso de abolición del comercio transatlántico de esclavos, que finalmente dio lugar a una serie de instrumentos internacionales que condenaban la esclavitud global.

1.7 El movimiento abolicionista de la esclavitud (siglos XVIII-XIX)

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII asistimos a un importantísimo auge del movimiento abolicionista británico,⁷⁹⁸ que logró abolir el comercio de esclavos en 1807

⁷⁹⁰ Ibid.

⁷⁹¹ Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, pp. 402-403.

⁷⁹² Brown, G. S., “The Self-Fashionings of Olympe de Gouges, 1784- 1789”, *Eighteenth-Century Studies*, Vol. 34, No 3, 2001, pp. 383-401.

⁷⁹³ Irvine, D., “The Abbe Raynal and British Humanitarianism”, *The Journal of Modern History*, Vol. 3, No. 4, 1931, pp. 564-577.

⁷⁹⁴ Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 417.

⁷⁹⁵ Raynal, G. T., *A Philosophical and Political History of the Settlements and Trade of the Europeans in the East and West Indies*, Forgotten books, 2018, pp. 105, 117-118 y *passim*.

⁷⁹⁶ Raynal habla de una serie de fases. En las primeras generaciones de esclavos, aunque no obtendrían la liberación total, sí que verían mitigada la coacción física y su moral mejorada mediante juegos y danzas. Ibid., pp. 130-136.

⁷⁹⁷ Davis, D. B., *The Problem of Slavery in Western Culture*, p. 421. Por ejemplo, la primera medida legal de sobre la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos fue en Pensilvania, donde procuraba la abolición gradual de la esclavitud: *An Act for the Gradual Abolition of Slavery*, de 1780, que no supuso la libertad inmediata de ningún esclavo, sino que todos aquellos nacidos antes de la ley permanecieron en cautiverio con la salvedad de que sus hijos serían libres, pero se consideraron sirvientes hasta los 28 años.

⁷⁹⁸ Davis, D. B., *Inhuman Bondage. The rise and fall of slavery in the New World*, p. 218.

y la esclavitud en 1833. Esta tendencia se extendió paulatinamente a todos los países, incluido España, donde la abolición definitiva de la esclavitud en los territorios de ultramar se produjo en 1873 en Puerto Rico y en 1886 en Cuba.⁷⁹⁹

El movimiento abolicionista británico de la esclavitud ha sido objeto de muchos estudios y controversia,⁸⁰⁰ porque hasta entonces la discusión se había centrado en las condiciones en las que era legítima. ¿Qué hizo que un Imperio que había sido la mayor potencia mundial en el comercio transatlántico de esclavos, se convirtiese en pocos años en una auténtica policía de los mares para tratar de abolir la esclavitud y el comercio de esclavos mundial?

Es una pregunta difícil de responder si atendemos a su gran pedigrí histórico o a la oposición que se generó por los intereses económicos y políticos en las colonias. Hasta entonces no había precedentes históricos de una abolición generalizada o movimientos organizados que verdaderamente supusieran un riesgo político para la institución de la esclavitud,⁸⁰¹ más allá de las rebeliones de esclavos,⁸⁰² o de oposición individual. Posiblemente esta fuese la razón por la que en un primer momento los abolicionistas propusieran modelos progresivos de emancipación (como el modelo por plazos de Burke o Raynal), ya que se percibía como la alternativa más razonable y menos disruptiva para el

⁷⁹⁹ En España, el movimiento abolicionista estuvo ligado al movimiento sufragista español del siglo XIX, encadenándose así las reivindicaciones de libertad para los esclavos y para las mujeres, y retroalimentando la conciencia social que se unía para luchar conjuntamente contra las relaciones de dominación por género y por raza. Fueron figuras relevantes Isidoro de Antilló, José María Blanco White, Emilio Castelar, Carolina Coronado, Gertrudis de Avellaneda, o María Rosa Gálvez de Cabrera, entre otros. Ver: Martín Casares, A., *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, p. 325. A nivel jurídico, la abolición de la esclavitud se discute en los debates parlamentarios de la Constitución española de 1812. Si bien avanzó en ciertas cuestiones que planteaba la eliminación de dicha institución histórica, no consiguió abolirla. Galván Rodríguez analiza el papel de las cámaras parlamentarias desde que son constituidas en 1810 hasta la abolición (jurídica) de la esclavitud en 1886. Ver: Galván Rodríguez, E., *La abolición de la esclavitud en España: Debates parlamentarios, 1810-1886*, Dykinson, Madrid, 2014. También: Álvarez Alonso, C., “Libertad y propiedad. El primer liberalismo y la esclavitud”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 65, 1995, pp. 559-583; Martínez de Pisón, J., “El debate abolicionista en el primer liberalismo español”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Vol. 35, 2017, pp. 90-115; De Solano, F. (coord.), *Estudios sobre la abolición de la esclavitud*. Anexos de Revista de Indias, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1986; especialmente el capítulo de Rebeca Scott.

⁸⁰⁰ Entre la abundante bibliografía destaca: Drescher, S., “The Historical Context of British Abolition”, Richardson, D. (ed.), *Abolition and Its Aftermath - The Historical Context, 1790-1916*, Frank Cass, Londres, 1985; Blackburn, *The Overthrow of Colonial Slavery*; Davis, B. D., *Slavery and Human Progress*, Oxford University Press, Oxford, 1986; Hurwitz, E.F., *Politics and the Public Conscience: Slave Emancipation and the Abolitionist Movement in Britain*, Allen & Unwin, Londres, 1973; Midgley, C., *Women Against Slavery: The British Campaigns, 1780-1870*, Routledge, Londres, 1992; Anstey, R., *The Atlantic Slave Trade and British Abolition*, Macmillan, Londres, 1975; Miers, S., *Britain and the Ending of the Slave Trade*, Africana Publishing Company, Nueva York, 1975.

⁸⁰¹ Quirk, J., *The Anti-Slavery Project*, p. 50; Eltis, D., *The Rise of African Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 4-5.

⁸⁰² Nesbitt, N., *Universal Emancipation. The Haitian Revolution and the Radical Enlightenment*, University of Virginia Press, Londres, 2008; Casadei, T., “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, p. 40 y bibliografía citada.

statu quo.⁸⁰³

A las causas del éxito movimiento abolicionista se pueden dar muchas respuestas y pocas concluyentes, relacionadas con factores filosóficos, sociales y fundamentalmente económicos. Hasta 1940 existía un consenso general entre los historiadores sobre que la abolición de la esclavitud en el Imperio Británico se debió a la fuerza de los sentimientos religiosos y el humanismo”,⁸⁰⁴ pero este consenso fue rebatido por Eric William en una obra de 1944 donde sostenía que la abolición de la esclavitud se debió a que había dejado de ser rentable, y no porque de repente fuese moralmente cuestionable.⁸⁰⁵ En otras palabras, que fueron las condiciones y los intereses económicos los que determinaron el cambio de paradigma y no un repentino humanismo. Aunque esta visión ha sido ampliamente contestada y “pocos estudiosos se basan completamente en el paradigma económico para explicar el fin de la esclavitud”,⁸⁰⁶ la idea que subyace de interacción entre los factores ideológicos, institucionales y materiales, sigue siendo relevante.⁸⁰⁷ También se ha señalado la importancia de la presión popular del movimiento abolicionista,⁸⁰⁸ e incluso el aumento de los conatos de resistencia de los esclavos que se había materializado en las revoluciones de Jamaica y Santo Domingo.⁸⁰⁹

A esto debe añadirse un adecuado contexto filosófico, como la importancia de la libertad personal como valor al que aspirar.⁸¹⁰ Así, antes de que se desarrollase todo el

⁸⁰³ Con la excepción de la abolición de la esclavitud en la revolución francesa, que fue rápidamente reinstaurada por Napoleón. Además, en la práctica las élites que participaban en la abolición no estaban genuinamente convencidas de que fuese económica o moralmente deseable; Quirk, J., *The Anti-Slavery Project*, p. 160.

⁸⁰⁴ Heuman, G., “Slavery, the Slave Trade and Abolition”, en Winks, R. (ed.), *Oxford History of the British Empire Vol. 5*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 322. Posiblemente influido por el hecho de que fueran los cuáqueros los que a mediados del siglo XVII condenaron de forma contundente la esclavitud e iniciaron el debate interno sobre la moralidad de la misma en Gran Bretaña: Anstey, R., *The Atlantic Slave Trade and British Abolition*, pp. 212-213, 218 y *passim*. Los cuáqueros eran una secta religiosa fundada por Fox a mediados del siglo XVII. En 1688 un pequeño grupo de cuáqueros en Germantown presentó una petición de condena de la esclavitud en un encuentro regional en Pensilvania. Esta petición, a pesar de que tuvo un limitado impacto, marcó el inicio de un diálogo interno sobre la moralidad de la esclavitud: Rice, C. D., *The Rise and Fall of Black Slavery*, Harpercollins College Division, 1975, p. 154

⁸⁰⁵ Williams, E., *Capitalismo y Esclavitud*, Traficantes de sueños, Madrid, 2011, pp. 154-177.

⁸⁰⁶ Eltis, D., *The Rise of African Slavery*, p. 59. La argumentación de Williams plantea varios problemas que Joel Quirk pone de manifiesto en “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 3, 2006, p. 583; al igual que Antsey en: “Capitalism and Slavery: A Critique”, *The Economic History Review*, Vol. 21, No. 2, 1968, pp. 307-320, No obstante, la crítica fundamental a la tesis de William la realiza Drescher con la publicación en 1977 de su *Econocide: British Slavery in the Era of Abolition*. Una de las tesis centrales de William era que la esclavitud británica se encontraba en declive a finales del siglo XVIII y XIX. No obstante, Drescher argumenta que la esclavitud británica no era una institución moribunda o en declive, sino todo lo contrario. Por lo tanto, no pudo jugar ningún tipo de rol en la decisión del Parlamento de abolirla. Drescher, S., *Econocide: British Slavery in the Era of Abolition*, University of North Carolina Press, 2010, p. 136

⁸⁰⁷ Ver, por ejemplo, Manning, P., *Slavery and African life: Occidental, oriental, and African slave trades*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. pp. 171-174.

⁸⁰⁸ Heuman, G., “Slavery, the Slave Trade and Abolition”, p. 322.

⁸⁰⁹ Richardson, D., “Shipboard Revolts, African Authority and the Atlantic Slave Trade”, *William and Mary Quarterly*, Vol. 58, 2001, pp. 69-92.

⁸¹⁰ Por ejemplo, numerosos estudios muestran la influencia del liberalismo político en la Guerra Civil Americana y el antiesclavismo: Cueva Fernández, R., “Karl Marx, John Stuart Mill y el “Poder Esclavista”, *Revista Interamericana de Estudios Utilitaristas*, Vol. 20, No. 1, 2015, pp. 91-123; Runkle, G.: “Karl Marx

discurso político-filosófico sobre la libertad individual en el pensamiento ilustrado, la libertad como la entendemos en la actualidad era “cualquier cosa excepto un objetivo obvio o deseable”.⁸¹¹ En distintas sociedades la libertad individual tiene un significado distinto. Por ejemplo, en sociedades jerárquicas donde las relaciones interpersonales se definen a través complejas redes de patronazgo, la autonomía individual estaba asociada al aislamiento, incertidumbre y vulnerabilidad.⁸¹²

No obstante, todas estas no parecen condiciones suficientes (aunque sí necesarias) para que los principios abstractos de libertad individual y humanismo se tradujeran en lucha política.⁸¹³ En otras palabras, esta transición no se hubiera producido si los actores relevantes no hubiesen definido propuestas antiesclavistas viables.⁸¹⁴ Joel Quirk, en su obra *The Anti-Slavery Project. Bridging the Historical and Contemporary*, analiza los factores o condiciones que permitieron que prosperase el movimiento abolicionista, y Jean Allain, en *The Law and Slavery*, realiza un estudio minucioso en el plano legal sobre cómo se formó el entramado de tratados bilaterales que finalmente contribuyó a la creación del consenso internacional suficiente para que los Estados ratificaran la Convención de 1926 sobre la esclavitud.

Según Quirk, los grupos abolicionistas organizados surgieron en sociedades donde la delimitación entre esclavos y no esclavos estaba muy clara, donde se describía la esclavitud y el comercio transatlántico como un problema acuciante y severo, y donde se había identificado una solución clara (acto parlamentario). Estas características facilitaron la movilización política por tratarse de una estrategia relativamente sencilla y definitoria de la superioridad moral y civilización de un país,⁸¹⁵ lo que explica la rapidez con la que la lucha contra la esclavitud se convirtió en una característica profundamente arraigada en la cultura británica a pesar de que se limitara en gran medida a territorios extranjeros.⁸¹⁶

El movimiento abolicionista ganó adeptos y popularidad, avivado por las ideas de las revoluciones francesa y americana, hasta que se convirtió en una cuestión fundamental

and the American Civil War”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 6, No. 2, 1964, pp. 117-141; Morais, H. M.: “Marx and Engels on America”, *Science and Society*, Vol. 12, No. 1, 1948, pp. 3-21; Steinfeld, R. J.: “Changing Legal Conceptions of Free Labor”, en *Terms of Labor*, Engerman, S. L. (ed.), Stanford University Press, 1999, pp. 137-167.

⁸¹¹ Patterson, O., *Freedom in the Making of Western Culture*, Basic Books, Nueva York, 1991, p. x.

⁸¹² Kopytoff, I./Miers, S., “African ‘Slavery’ as an Institution of Marginality”, *Slavery in Africa. Historical and Anthropological Perspectives*, Miers, S./Kopytoff, I. (eds.), University of Wisconsin Press, Madison, 1977, pp. 14-18; Neumann, F. L., “The Concept of Political Freedom”, *Columbia Law Review*, Vol. 53, No. 7, 1953, p. 901; Helmholz, R. H., “The Law of slavery and the European *Ius Commune*”, pp. 21-22.

⁸¹³ Ver: Davis, D. B., *Slavery and Human Progress*, p. 159.

⁸¹⁴ Quirk, J., *The Anti-Slavery Project: From the Slave Trade to Human Trafficking*, p. 53.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 87. Los relatos de hechos, historias ficticias, lecciones históricas e incluso las lecciones de geografía se enseñaban a los jóvenes como prueba de la superioridad de su país”. En Walvin, J., *England, Slaves and Freedom 1776–1838*, Palgrave Macmillan, Londres, 1986, p. 175.

⁸¹⁶ Eltis, B., “Abolitionist Perceptions of Society after Slavery”, en *Slavery and British Society, 1776–1846*, Walvin, J. (ed.), Palgrave Macmillan, Londres, 1982, p. 203.

de la política británica tras haber perdido sus principales colonias con la revolución americana en 1783.⁸¹⁷ Por esta razón, las relaciones internacionales del siglo XIX se caracterizan por la campaña abolicionista del comercio de esclavos de Gran Bretaña.⁸¹⁸

La primera herramienta con la que se intentó suprimir el comercio de esclavos fue mediante la instauración de un derecho de visita en tiempos de paz sobre barcos de pabellón extranjero cuando existiesen sospechas de que transportaban esclavos. Hubo decisiones judiciales que lo admitieron basándose en los principios del derecho natural, pero finalmente fue rechazada por ser contraria a los principios del Derecho internacional.⁸¹⁹ Después se emprendió el mismo recorrido a través de las vías multilaterales como el Congreso de Viena de 1815 o el de Verona de 1822, donde se aprobaron declaraciones que expresaban la intención de abolir el comercio de esclavos, pero con carácter no vinculante,⁸²⁰ y sin establecer un plazo concreto⁸²¹ o una manera de garantizarlo. Finalmente demostró ser mucho más eficaz la vía bilateral. Gran Bretaña celebró tratados bilaterales con todos los Estados implicados en el comercio, garantizando un derecho recíproco de visita de barcos de pabellón extranjero para suprimir la trata de esclavos.

De este modo, para la segunda mitad del siglo XIX se habían celebrado más de cien tratados con los Estados europeos⁸²² y los mandatarios africanos⁸²³ que eventualmente cubrirían toda la costa desde donde los esclavos eran transportados, con el objetivo de suprimir este comercio.⁸²⁴ Como indica Jean Allain, durante este periodo, la supresión de la esclavitud y el comercio de esclavos ya formaba parte del discurso de las relaciones internacionales⁸²⁵ que justificaron una segunda expansión colonial como parte de una

⁸¹⁷ Heuman, G., "Slavery, the Slave Trade and Abolition", p. 324.

⁸¹⁸ En Allain, J., "Nineteenth Century Law of the Sea and the British Abolition of the Slave Trade", *British Yearbook of International Law*, Vol. 78, 2008, p. 342 y ss., se analiza el proceso legal de erradicación del comercio de esclavos en el siglo XIX respaldado por la acción de Reino Unido, que utilizó su posición de potencia mundial como elemento de presión para la firma de tratados con Estados que participaban en el comercio transatlántico de esclavos.

⁸¹⁹ Se trata de un derecho de visita basado en un "derecho natural" que enarbolaban Tribunales del de la Marina Británica para condenar los barcos que estuvieran implicados en el comercio de esclavos. Por ejemplo, en el caso *The Amedie* en 1810, un barco americano que transportaba ciento cinco esclavos desde Bonny (Nigeria) hacia Matanzas en Cuba fue condenado por uno de estos Tribunales por haber participado en comercio ilegal. También en el caso *Fortuna*, Lord Stowell condenó un barco portugués por tráfico de esclavos, no sobre la base de un tratado anglo-portugués, sino por ser "contrario a las leyes de las naciones, justicia y humanidad". Ver: Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 54-59

⁸²⁰ Barclay, M.T., "Le droit de visite, le trafic des esclaves et la Conférence antiesclavagiste de Bruxelles", *Revue de droit international et de législation comparé*, Vol. 22, 1890, pp. 319-320.

⁸²¹ Además, tras el Congreso de Viena Gran Bretaña instauró una conferencia permanente en Londres con embajadores de las potencias como centro de acción e información, en la práctica, tras encuentros entre 1816 y 1819 no obtuvo grandes resultados pues las potencias sospechaban que los intentos de Gran Bretaña de seguir la agenda abolicionista pretendían menoscabar el principio de libertad de los mares. Ver: Webster, C.K., *The Foreign Policy of Castlereagh, 1815-1822: Britain and the European Alliance*, G. Bell, Londres, 1925, pp. 457-459.

⁸²² Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 70-86; Miers, S., *Britain and the Ending of the Slave Trade*, p. 46

⁸²³ Miers, S., *Britain and the ending of slave trade*, p. 118; Klein, H., *The Atlantic Slave Trade*, p. 202.

⁸²⁴ Umozurike, U., "The African slave trade and the attitudes of International law towards it", *Howard Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 1971, p. 334.

⁸²⁵ Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 87-88.

“misión civilizatoria”:⁸²⁶ en el Acta General de la Conferencia de Berlín se justificó la administración colonial por tratarse de la mejor forma de acabar con el tráfico de esclavos en África, declarado contrario a los principios Derecho internacional;⁸²⁷ y en el Acta General de la Conferencia de Bruselas de 1889 se estableció un derecho de visita para combatir el tráfico de esclavos en las zonas de África en las que aún existiera.⁸²⁸

La Convención de 1926, donde se prohíbe la esclavitud, constituye el culmen del éxito de la cruzada iniciada por los pioneros del movimiento antiesclavista, que habían identificado un problema –la esclavitud– y una solución relativamente sencilla –abolirlo legalmente–. En la práctica, no obstante, la erradicación de la esclavitud en los Estados y sus colonias no fue tan sencilla, ni las intenciones de las potencias tan humanitarias. Como pone de relieve Suzanne Miers, entre 1892 y 1914 los administradores coloniales no lucharon genuinamente para acabar con la esclavitud africana porque necesitaban el apoyo de las élites locales, cuya posición social y política en muchos casos dependía de la posesión de esclavos.⁸²⁹

Además, comenzó a arraigarse el argumento de que la esclavitud doméstica africana era benigna y que cubría prácticas tradicionales que sólo podían modificarse gradualmente,⁸³⁰ lo que permitió que se tolerase la persistencia de las “costumbres nativas”,⁸³¹ por lo que la posibilidad de que los esclavos obtuviesen verdadera independencia dependía, no tanto de la legislación aboliendo la esclavitud, sino de otras variables como el género, la edad, el acceso a la tierra o al agua, la posesión de herramientas, etc.⁸³²

Más adelante, las potencias coloniales se las arreglarían para introducir sus propios mecanismos de explotación laboral a lo largo del siglo XX, como los trabajos forzados a gran escala, que se convertirían en un aspecto arraigado y brutal de las economías de las colonias africanas.⁸³³ De esta forma, mediante la introducción de otra figura (el trabajo forzoso) que no tenía aún el estigma de la esclavitud, las metrópolis consiguieron sortear

⁸²⁶ Miers, S., *Britain and the ending of slave trade*, p. 45. En esta conferencia conservarían su independencia únicamente Abisinia (Etiopía) y Liberia: Forclaz, A. R., *Humanitarian Imperialism: the politics of Anti-slavery Activism 1880-1940*, Oxford University Press, 2015, pp. 46-76.

⁸²⁷ Miers, S., “Slavery and the Slave trade as International Issues 1890-1939”, *A Journal of Slave and Post-slave Studies*, Vol. 19, No. 2, 1998, pp. 16, 19. La intención inicial de Gran Bretaña era la de incluir además una jurisdicción universal en relación al comercio de esclavos, que finalmente no logró.

⁸²⁸ Miers, S., *Britain and the ending of slave trade*, p. 211

⁸²⁹ Klein, M./Miers, S., *Slavery and the Slavery and colonial rule in Africa*, Routledge, Londres, 2013, p. 21. Además, el mantenimiento de la esclavitud satisfacía la demanda de trabajo requerida por los colonizadores: Klein, M., “Slavery in International Labour market and the emantipation of slaves in the Nineteenth Century” en *Unfree Labor in the development of the Atlantic World*, Lovejoy, P./Rogers, N., (eds), Routledge, 1994.

⁸³⁰ Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century: the evolution of a global problem*, AltaMira Press, 2003, p. 34; Lovejoy, P., *Transformations in slavery: A History of Slavery in Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 254; Miers, S., *Slavery and Colonial Rule in Africa*, p. 20.

⁸³¹ Miers, S., *Slavery and colonial rule in Africa*, p. 20

⁸³² *Ibid.*, 21.

⁸³³ Rodney, W., “The Colonial Economy” en A. Boahen (ed.), *General History of Africa Vol. VII, Africa under Colonial Domination 1880-1935*, University of California Press, 1985, pp. 332-227; OIT, *Forced Labour Report and Draft Questionnaire Item III on the Agenda*, 341.2506N, 12ª Conferencia Internacional del Trabajo, 1929: https://www.ilo.org/public/libdoc/conventions/Fundamental_Conventions/Convention_no._29/29_English/29B09_10_engl.pdf [ultimo acceso: 20/01/2020].

la prohibición de la esclavitud de la Convención de 1926, aunque en la práctica ambas figuras se diferenciaran poco o nada.⁸³⁴

2. La definición de esclavitud en el Derecho internacional: ¿cuál es la definición en vigor?

Puede haber tantas definiciones de esclavitud como experiencias personales. Desde Meillassoux y su caracterización del “estado de esclavo”,⁸³⁵ otros sociólogos han tratado de capturar su complejidad. Las definiciones de Bales⁸³⁶ y Patterson⁸³⁷ son frecuentemente citadas, incluso en los estudios jurídicos.⁸³⁸ En ellas se hace mayor o menor hincapié en elementos como el aprovechamiento económico (Bales)⁸³⁹ o la alienación y deshonra parasitaria (Patterson),⁸⁴⁰ matices que acertadamente señalan el carácter de una institución que se apoya en la degradación de otras personas, convirtiéndolas en no-personas u objetos que se pueden poseer, y en la ruptura de lazos sociales que facilitan el sometimiento de una persona a esclavitud.⁸⁴¹

No obstante, antes de renunciar a tener unos elementos normativos en los que apoyar-

⁸³⁴ Rodney, W., “The Colonial Economy”, p. 337; Killingray, D./Matthews, J., “Beast of Burden: British West African Carriers in the First World War”, p. 6.

⁸³⁵ Refiriéndose a la “condición social y jurídica de un individuo privado de estatus”: Meillassoux, C., *L’Anthropologie de l’esclavage. Le ventre de fer et d’argent*, PUF, París, 1986, p. 327.

⁸³⁶ Bales define la esclavitud como: “el estado marcado por la pérdida de la libre voluntad, donde una persona es forzada mediante violencia o intimidación a abandonar su capacidad de ofrecer libremente su propia fuerza de trabajo”, en: Bales, K./Robbins, P. T., “No one shall be held in slavery”, *Human Rights Review*, Vol. 2, No. 2, 2001, p. 32.

⁸³⁷ Patterson la define como: “la dominación corporal y violenta –por el propietario o agente– de una persona alienada y parasitariamente deshonrada”, Patterson, O., *Slavery and Social Death*, Harvard University Press, 1982, p. 1-14. Se trata de la reformulación de una definición ofrecida anteriormente en la que indicaba que: “la esclavitud es el estado de dominación permanente, violento y personal de una persona alienada y generalmente deshonrada”: Patterson, O., *Freedom in the Making of Western Culture*, Basic Books, Londres, 1991, p. 9

⁸³⁸ Por ejemplo, en un artículo sobre definiciones de las formas contemporáneas de esclavitud, Welch indicaba que ni la de la Convención de 1926 ni la de 1956 son adecuadas. Por el contrario, considera que la interpretación de Bales sí establece acertadamente los parámetros que permiten identificar situaciones de esclavitud: Welch, C., “Defining Contemporary Forms of Slavery: Updating a Venerable NGO”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 97-98.

⁸³⁹ Los criterios que considera esenciales son: el control total de una persona por otra mediante el uso de la violencia física o psicológica, el aprovechamiento de la fuerza de trabajo a cambio de ninguna o muy poca remuneración, y la explotación económica: Bales, K./Soodalter, K., *The slave next door: Human Trafficking and Slavery in America Today*, University of California Press, California, 2010, p. 13.

⁸⁴⁰ En la definición de Patterson distinguimos los siguientes elementos: la dominación corporal y violenta, la alienación y la deshonra parasitaria. La alienación se refiere tanto a la negación de las relaciones del esclavo con su familia como la negación de una abstracta y básica necesidad humana de “pertenencia”, que beneficia al esclavista –de ahí lo de parasitario–, porque cuanto mayor sea el grado de degradación, mayor beneficio le reporta. Patterson, O., *Slavery and Social Death*, pp. 9 y ss. La idea del esclavo como persona que ha perdido su vínculo con la tierra se refleja en otros estudios de esclavitud, como en Dockes, P., *La liberación medieval*, p. 211; y sería utilizada por Bormans para precisar el concepto de esclavo como “extranjero” Ver análisis de Navarro Fernández, J.A., “¿Es Qatar un Estado esclavista?”, en *El Derecho ante las Formas Contemporáneas de Esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 126-127.

⁸⁴¹ Esta idea también está bien desarrollada en: Casadei, T., “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, pp. 41 y ss.

nos, en este trabajo se propone el reexamen de la definición del artículo 1. 1 de la Convención sobre Esclavitud de 1926. Con carácter previo deberá comprobarse la vigencia de la Convención aprobada en el marco de la Sociedad de Naciones, como muchas otras resoluciones que han caído actualmente en desuso.⁸⁴² ¿Cómo podemos saber si es la definición en vigor?

Las reglas de interpretación del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados nos dan la respuesta. La regla general del artículo 31.1 nos indica que debe tratarse de una interpretación “de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Además, aparte del contexto en el que fue redactada deberá tenerse en cuenta “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”,⁸⁴³ y “toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Si aún no es clara la interpretación del tratado, se acudirán a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su elaboración como medios complementarios (artículo 32). Esto implica que tendremos que comprobar si los Estados han seguido utilizando la definición y, si es así, en qué sentido lo han hecho. Por esta razón, vamos a centrarnos en el análisis de los posteriores tratados en los que aparezca la prohibición de esclavitud, examinando la noción que se utilizó para redactarlos y, lo más importante, si ha emergido un consenso posterior sobre el contenido del Derecho internacional aplicable entre las partes.

2.1 La Sociedad de Naciones, la Comisión Temporal sobre Esclavitud y la Convención de 1926: un punto de inflexión.

La Convención de 1926 sobre la esclavitud es el resultado del trabajo de la Comisión Temporal sobre Esclavitud (Comisión Temporal), nombrada en 1924 por la Sociedad de Naciones.⁸⁴⁴ La Comisión Temporal emitió dos informes en los que abordaba la esclavitud “en todas sus formas”, abarcando la tradicional y otras formas de explotación como la venta de niños para el servicio doméstico, el concubinato, la servidumbre y los trabajos

⁸⁴² Es importante mencionar esto expresamente, ya que muchos de los tratados de la era de la Sociedad de Naciones no son aplicables actualmente, bien porque hayan sido reemplazados por otros tratados más actualizados, como el tratado constitutivo de la Sociedad de Naciones por la Carta de las Naciones Unidas, o bien porque se han convertido en “*dead-letter law*”, es decir, que hayan caído en desuso. Por ejemplo, algunas disposiciones del Convenio No. 29 sobre el Trabajo Forzoso de la OIT referidas al periodo transitorio en el que se permite el trabajo forzoso (arts. 3-24). En el Derecho internacional un tratado cae en desuso cuando de su inaplicación prolongada puede deducirse la intención de los Estados parte de que el Convenio venza: Kontou, N., *The Termination and Review of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1994, pp. 25-27.

⁸⁴³ Rassam llevó a cabo un análisis de la *opinio iuris* de los Estados del que no extrajo conclusiones concluyentes. Ver: Rassam, A. Y., “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, 1991, pp. 342 y ss.

⁸⁴⁴ Sobre el proceso de creación de la Comisión Temporal, ver: Miers, S., “Britain and the Suppression of Slavery in Ethiopia”, *Slavery and Abolition*, Vol. 18, No. 3, Diciembre 1997, pp. 257-288. A pesar de ser expertos independientes, seis de los ocho miembros eran nacionales de las principales potencias coloniales (Gran Bretaña, Francia, Portugal, Italia, Bélgica y Holanda), y todos los miembros eran, salvo el italiano, antiguos oficiales coloniales.

forzosos.⁸⁴⁵

En la Convención se prohíbe la esclavitud “en todas sus formas”. Con ello podríamos interpretar que finalmente acoge la visión amplia de la Comisión Temporal, pero a la hora de indicarnos qué debemos entender por esclavitud, el artículo 1.1 la define en un sentido tradicional:

La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

2.2 La definición de esclavitud en la era de las Naciones Unidas

2.2.1 La Declaración Universal de las Naciones Unidas

Después de la Segunda Guerra Mundial y durante los primeros años de las Naciones Unidas, el asunto de la esclavitud volvió a ser un tema de importancia en la agenda de la comunidad internacional. Las Naciones Unidas se erigieron como un foro excepcional para la propaganda de los bloques soviético y occidental, lo que afectó a la dinámica de los órganos subsidiarios que se encontraban elaborando la DUDH.⁸⁴⁶ Finalmente, fue redactada de forma que combinara las prioridades de ambos bloques, incluida la prohibición de esclavitud. Durante el proceso de negociación la formulación de este artículo no fue objeto de controversia ni de grandes desacuerdos, y varias propuestas la vinculaban con la negación de la dignidad humana.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ De esta manera fue mucho más allá de lo que las potencias coloniales pretendían, porque la Comisión partía de que la cuestión de la esclavitud debía considerarse desde un punto de vista amplio y general. Ver: Sociedad de Naciones, *Informe de la Comisión Temporal sobre Esclavitud adoptado en el Transcurso de su Primera Sesión*, A.17.1924.VI, 1924, e *Informe de la Comisión Temporal sobre Esclavitud adoptado en el Transcurso de su Segunda Sesión*, A.19.1925. VI, 1925. Los memorándums de los miembros no están publicados, pero se encuentran en los archivos de Ginebra, donde fueron consultados.

⁸⁴⁶ Inicialmente, la propuesta del Comité encargado de la formulación de la Declaración acordó que la redacción del artículo 8 fuera la siguiente: “La esclavitud y el trabajo forzoso son contrarios a la dignidad del hombre, y por tanto deben ser prohibidos en la Carta de Derechos. No obstante, un hombre puede ser requerido para que realice cualquier servicio público que nos incumba a todos, puesto que su derecho a subsistencia está condicionado por esta obligación a trabajar. La servidumbre involuntaria podrá imponerse como parte de la pena impuesta por un Juez”, en: ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Drafting Committee, Draft Outline of an International Bill of Rights*, UN Doc E/CN.4/AC.1/3, 4 de junio de 1957, p. 4

⁸⁴⁷ AGNU, Resolución 217 (III), 71. Sobre la propuesta inicial algunos Estados hicieron comentarios para simplificar la redacción, pero no se enzarzaron en una discusión sobre el significado de esclavitud. Ver especialmente en: ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the 4th meeting*, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/SR.4, 13 junio 1947, pp. 2-3; *Summary Record of the 13th meeting*, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/SR.13, 8 julio 1947, p. 2; *Summary Record of the 36th meeting*, UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.36, mayo 1948, p. 5. Al respecto, ver también: Allain, J., “On the curious disappearance of human servitude from General International Law”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 11, 2009, vol. 11, pp. 301-304.

2.2.2 La Convención Suplementaria de 1956 y el Comité Especial sobre Esclavitud.

Muy poco después de la adopción de la DUDH, el ECOSOC nombró un Comité Especial sobre Esclavitud (Comité Especial) en 1949,⁸⁴⁸ al que le encomendó que determinara si la definición de esclavitud de la Convención de 1926 continuaba siendo adecuada o si era necesario un nuevo instrumento internacional. El Comité Especial determinó que “no había suficientes motivos para modificar la definición contenida en el artículo 1”, pero propuso la creación de un nuevo instrumento legal para que se ocupara de otras formas de servidumbre “*igualmente repulsivas*” que deberían prohibirse⁸⁴⁹ y que no quedaban abarcadas por la definición de esclavitud.⁸⁵⁰ El Secretario General de Naciones Unidas mostró su conformidad con estas recomendaciones en un informe de 1953,⁸⁵¹ por lo que se elaboró una Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, aprobada en 1956.

En esta Convención se describen los cuatro tipos de estatus serviles identificados por la Comisión Temporal, que se consideran esclavitud si alcanzan el umbral del artículo 1 de la Convención de 1926 (artículo 1). De estos tipos de estatus serviles nos ocuparemos más adelante, puesto que ahora nos interesa únicamente que el concepto de esclavitud que aparece en el artículo 7. a) replica el de la Convención de 1926.⁸⁵²

2.2.3 La esclavitud en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos.

Las disposiciones de la DUDH darían lugar a dos importantes tratados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. El PIDCP incluyó la prohibición de esclavitud en el artículo 8, sin definirla: “Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas”.

La intención de los redactores del PIDCP queda reflejada en los *travaux préparatoires*, donde señalaron que la esclavitud “suponía la destrucción de la personalidad jurídica”⁸⁵³ y que era “un concepto relativamente limitado y técnico”.⁸⁵⁴ Esto sugiere que

⁸⁴⁸ Requerido a su vez por la Asamblea General en la Resolución 278 (III), 13 de Mayo de 1949. La resolución del ECOSOC es la 238 (IX), de 20 de julio de 1949.

⁸⁴⁹ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, E/AC.33/13, 1951, párr. 11, Recomendación A.1.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, párr. 13. El Comité Especial nombró las siguientes prácticas como ejemplos de estatus serviles: servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonio servil (aglutinando diferentes prácticas donde la mujer era dada en matrimonio), y la cesión de niños por parte de sus padres en condiciones que permitieran su explotación: párr. 14-19.

⁸⁵¹ ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, Documento de las Naciones Unidas, E/2357, 1953.

⁸⁵² “La ‘esclavitud’, tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, ‘esclavo’ es toda persona en tal estado o condición”.

⁸⁵³ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, E/CN.4/SR.142, 10 de abril de 1950, párr. 79.

⁸⁵⁴ *Ibid.*

tenían en mente una definición restringida de esclavitud, limitada a la esclavitud legal. Además, incluyeron la esclavitud y la servidumbre en párrafos distintos para que ambas figuras estuvieran claramente delimitadas.⁸⁵⁵ Aparte de estas consideraciones, no se hace referencia a una determinada definición de esclavitud, y ni siquiera reseñan la Convención de 1926. También se rechazó expresamente incluir en el ámbito del artículo 8 la trata de mujeres y niños, puesto que “el primer párrafo únicamente aborda el tráfico de esclavos como tal”.⁸⁵⁶

Por otro lado, el encargado de supervisar el cumplimiento del PIDCP y la implementación por las partes —el Comité de Derechos Humanos (CDH)— tampoco nos ofrece mucha información.⁸⁵⁷ Aunque la mayoría de artículos han sido objeto de Observaciones Generales, el 8 es una notable excepción,⁸⁵⁸ y las Observaciones Finales rara vez contienen una cuestión interpretativa.⁸⁵⁹

⁸⁵⁵ Bossuyt, M. J., *Guide to 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 164.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 165. Es importante tener en cuenta que el Protocolo de Palermo, que agrupa tanto la trata de mujeres y niños como el tráfico de esclavos en el mismo paraguas de “trata”, se aprueba en el año 2000.

⁸⁵⁷ En el proceso de supervisión el CDH profundiza en el significado de las disposiciones del PIDCP, aclarando el ámbito de los derechos protegidos y los tipos de obligaciones que los Estados tienen que satisfacer. Se consideran unos argumentos de autoridad que dan lugar a un consenso normativo sobre el significado y el ámbito de unos derechos humanos en particular. Al respecto, ver: Schultz, J. S./Castan, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, materials and commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 16 y ss.; Gerber, P./Kyriakakis, J./O’Byrne, K., “General Comment 16 on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children’s Rights: What is its Standing, Meaning and Effect?”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, 2013, especialmente pp. 4 y ss. Esto es compatible con otros principios aplicables a los tratados de derechos humanos, como el principio de efectividad o de interpretación dinámica, enfatizado por el propio CDH: Christoffersen, J., “Impact on General Principles of Treaty Interpretation”, en: *Impact of Human Rights Law on General International Law*, Kamminga, M. T./Scheinin, M., Oxford University Press, Nueva York, 2009, pp. 37 y 50.

⁸⁵⁸ Las Observaciones Generales son los medios a través de los cuales los expertos del Comité fijan sus visiones sobre un asunto que emana de las disposiciones del tratado cuya implementación supervisa. Estas consideraciones son presentadas en una declaración formal, que hace más accesible la “jurisprudencia” del Comité. En: Alston, P., “The Historical Origins of the Concept of ‘General Comments’ in Human Rights Law”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Boisson de Chazournes L./Gowlland-Debbas, V. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2001, p. 764. Para ver todos los comentarios Generales emitidos por el Comité de Derechos Humanos, ver: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 La Observación General No. 28 sobre la igualdad de género (artículo 3), se refiere específicamente al artículo 8 en relación con la trata de personas: “Los Estados Partes, teniendo en cuenta sus obligaciones en virtud del artículo 8, deberán informar al Comité acerca de las medidas adoptadas para erradicar la trata de mujeres y niños dentro del país o fuera de sus fronteras, así como la prostitución forzada. Deberán también proporcionar información acerca de las medidas adoptadas para proteger a mujeres y niños, incluidos los extranjeros, de la esclavitud, encubierta entre otras cosas en la forma de servicios domésticos o servicios personales de otra índole. Los Estados Partes en que se recluta a las mujeres y a los niños y los Estados Partes que los reciben deberán proporcionar información acerca de las medidas adoptadas en los planos nacional o internacional para impedir que se vulneren los derechos de unas y otros. Ver: Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 28*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000, párr. 12: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_21_Rev-1_Add-10_6619_S.pdf [último acceso: 21/01/2020].

⁸⁵⁹ Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 403. El CDH ha centrado sus recomendaciones en la trata de personas. Por ejemplo, se ha referido a la trata de personas en las observaciones finales de Hungría (CCPR/C/HUN/CO/6, párr. 27-28); Suecia (CCPR/C/SWE/CO/7, párr. 30-31); Austria (CCPR/C/AUT/CO/5, párr. 25-26) y España (CCPR/C/ESP/CO/6, párr. 22). En menor medida, ha dedicado observaciones finales a la esclavitud y la

2.2.4 Otros tratados internacionales

La técnica de prohibir sin definir se repite en otros instrumentos que no ofrecen información al respecto, como en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990 (artículo 11); la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 27.2); o el Convenio No. 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999, que contempla la esclavitud en el artículo 3. a.) como una de “las peores formas de trabajo infantil”.⁸⁶⁰

Por otro lado, el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia también incluyen la esclavitud en una de las finalidades de la trata (artículos 3 y 4, respectivamente) y, como ponen de manifiesto sus *travaux préparatoires*, la definición que tuvieron en consideración durante las negociaciones fue la de la Convención de 1926.⁸⁶¹

2.2.5 Tratados regionales

A nivel regional europeo, el TEDH ha sido el menos claro a la hora de interpretar la prohibición de esclavitud del artículo 4 del CEDH. Parte de la definición de esclavitud de la Convención de 1926, pero la considera inaplicable al asimilarla con la esclavitud legal.⁸⁶² No obstante, al mismo tiempo se basa en la jurisprudencia del TPIY para fundamentar algunos de sus argumentos, por lo que podríamos decir que indirectamente está adoptando esa definición de esclavitud. La CDFUE también contempla la prohibición de esclavitud en el artículo 5.1⁸⁶³ y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos incluye la esclavitud como una de las finalidades de la trata (artículo 2. 3). No obstante, ninguno de estos instrumentos menciona la Convención de 1926 ni otra definición de esclavitud.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 la prohíbe en el artículo

servidumbre en Haití (CCPR/C/HTI/CO/1, 2014, párr. 14). Buergenthal afirma que son pronunciamientos de autoridad con cierta importancia legal: Buergenthal, T., “The U.N. Human Rights Committee”, *Max Plank Yearbook on United Nations Law*, Vol. 5, 2001, p. 350. Por el contrario, Alston las ha descrito como marginales y de poco impacto jurisdiccional: Alston, P., “The Historical Origins of the Concept of ‘General Comments’ in Human Rights Law”, pp. 763, 769.

⁸⁶⁰ “El artículo 3. a) señala: A los efectos del presente Convenio, la expresión ‘las peores formas de trabajo infantil’ abarca: (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”.

⁸⁶¹ Ver: Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 93; UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, UN Doc, Nueva York, 2006, p. 33: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60074_ebook-e.pdf [último acceso: 21/01/2020]; UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, 2006, p. 268, pie de página 14: https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/03%20Legislative%20guide_Trafficking%20in%20Persons%20Protocol.pdf [último acceso: 21/01/2020].

⁸⁶² STEDH, Siliadin, párr. 493.

⁸⁶³ “Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”.

6.1, que ha sido interpretado por la CIDH utilizando la Convención de 1926,⁸⁶⁴ y los indicadores de esclavitud desarrollados por los Tribunales penales internacionales, especialmente a partir de la sentencia *Kunarac*.⁸⁶⁵

En el continente africano, el artículo 5.1 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, interpretado de acuerdo con la definición de esclavitud de la Convención de 1926, sirvió de base al CEDEAO para condenar a Níger por la situación de esclavitud de Hadijatou Mani.⁸⁶⁶

2.2.6 El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y las Relatoras Especiales

En 1974 se estableció en el ámbito de Naciones Unidas el Grupo de Trabajo sobre Esclavitud,⁸⁶⁷ que fue renombrado poco después como Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud.⁸⁶⁸ En la práctica, interpretó su mandato de forma muy flexible,⁸⁶⁹ pronunciándose sobre cuestiones muy diversas como la circuncisión femenina, incesto,⁸⁷⁰ tráfico de órganos,⁸⁷¹ apartheid,⁸⁷² y adopción ilegal, entre otras.⁸⁷³ Esta perspectiva poco rigurosa sobre la esclavitud ha sido criticada por contribuir a la imprecisión del concepto y a su confusión con otras figuras tangenciales.⁸⁷⁴ No obstante, conviene recordar que la labor Grupo de Trabajo se insertaba en un marco más amplio de órganos de Naciones Unidas que dedicaban sus esfuerzos a la promoción y garantía de

⁸⁶⁴ SCIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 248 y ss., y párr. 269 y ss.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, párr. 272.

⁸⁶⁶ Tribunal de la CEDEAO, *Hadijatou Mani Koraou*, párr. 74, 77.

⁸⁶⁷ Sobre el proceso que llevó a su creación, ver: Zoglin, K., “United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8, 1986, p. 312-314; también: Dottridge, M./Weissbrodt, D., “Review of the Implementation of and Follow-up to the Conventions on Slavery”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1999, pp. 286 y ss.

⁸⁶⁸ La Resolución inicial del ECOSOC es la UN Doc E/5544, de 17 de mayo de 1974, y la Resolución modificativa es la Res. 11 (XXVII), de 21 de agosto de 1974.

⁸⁶⁹ Zoglin indica que esto se debe al papel de las ONG, puesto que eran las que presentaban los asuntos que luego recibirían su atención y que serían objeto de informes: Zoglin, K., “United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation”, p. 31 Weissbrodt, D./Anti-Slavery International, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, párr. 177: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf> [último acceso: 21/01/2020].

⁸⁷⁰ Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 18º período de sesiones*, E/CN.4/Sub.2/1993/30, 23 de junio de 1993, párr. 67 y ss.

⁸⁷¹ Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 16º período de sesiones*, E/CN.4/Sub.2/1991/41, 19 de agosto de 1991, párr. 138.

⁸⁷² Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Esclavitud acerca de su primer período de sesiones*, E/CN.4/Sub.2/AC.2/3, 28 de agosto de 1975, párr. 16.

⁸⁷³ Ver, entre otros, los siguientes informes: de la 21ª Sesión, E/CN.4/Sub.2/1996/24, de 19 de julio de 1996; 23ª Sesión, E/CN.4/Sub.2/1998/14, de 6 de julio de 1998; 25ª Sesión, E/CN.4/Sub.2/2000/23, de 21 de julio 2000; 26ª sesión, E/CN.4/Sub.2/2001/30, 16 de julio de 2001; 27ª Sesión, E/CN.4/Sub.2/2002/3, 17 de julio de 2002; 28ª Sesión, E/CN.4/Sub.2/2003/31, 21 de junio de 2003.

⁸⁷⁴ Esto ha sido ampliamente puesto de manifiesto en: Siller, N., “‘Modern Slavery’ Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, 2016, pp. 406 y ss.; Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, pp. 379 y ss.; Pérez Alonso, E., “Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, pp. 339 y ss.

los derechos humanos en general.⁸⁷⁵

En 2007 el Grupo de Trabajo fue sustituido por la figura del Relator Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud,⁸⁷⁶ que debía ocuparse de “todas las formas contemporáneas de esclavitud y prácticas análogas, pero en particular las definidas en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud de 1956, así como todas las demás cuestiones examinadas por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, incluida la prostitución forzada y sus dimensiones de derechos humanos”.⁸⁷⁷

La primera Relatora, Gulnara Shahinian (periodo 2008-2014), continuó la estela marcada por el Grupo de Trabajo en cuanto a la flexibilidad de los términos de su mandato, utilizando otras definiciones sociológicas –como la de Bales y Patterson–⁸⁷⁸ aparte de la Convención de 1926, con una inconsistente aplicación de las mismas a lo largo de sus los informes temáticos.⁸⁷⁹ La segunda Relatora, Urmila Bhoola (2014-2020), ha sido mucho más precisa con las definiciones en las que basa su actuación y aplica la definición de la Convención de 1926 adaptándolo a la realidad actual.⁸⁸⁰

⁸⁷⁵ Además, a esto posiblemente contribuiría la relativa informalidad de los procedimientos del Grupo, la amplitud de los términos del mandato y la indefinición de los conceptos incluidos y la escasa atención prestada por representantes de los Estados en los primeros años, lo que le permitió ampliar progresivamente su mandato sin oposición, al menos inicialmente. Zoglin, K., “United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation”, p. 338.

⁸⁷⁶ Tras la reestructuración del sistema de derechos humanos, se mantuvieron los “procedimientos especiales”, aunque con modificaciones en cuanto a los criterios para ser seleccionados. Estos se basan ahora en su experiencia, independencia, imparcialidad, integridad personal y objetividad. Estas modificaciones trataban de mejorar los mecanismos: Alston, P., “Reconceiving the U.N. Human Rights regime: Challenges Confronting the New Human Rights Council”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, 2007, pp. 185 y ss.

⁸⁷⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Special Rapporteur on contemporary forms of slavery*, Resolución 6/14, A/HRC/RES/6/14, 2008: <https://spinternet.ohchr.org/Layouts/SpecialProceduresInternet/Download.aspx?SymbolNo=A%2fHRC%2fRES%2f6%2f14&Lang=es> [último acceso: 21/01/20]. En la última actualización del mandato nombrando a Urmila Bhoola no contiene ninguna referencia a la prostitución forzada: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, A/HRC/RES/33/1, 2016, p. 3: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/225/49/PDF/G1622549.pdf?OpenElement> [último acceso: 21/01/2020].

⁸⁷⁸ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, 9º periodo de sesiones, A/HRC/9/20, 28 de julio de 2008, párr. 8-10, donde afirma que las definiciones de esclavitud que seguirá serán las de Bales, Patterson y Whitaker.

⁸⁷⁹ En muchas ocasiones difuminando los límites entre cada figura. También de esta opinión: Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 384. Por ejemplo, la Relatora se acoge a la interpretación del TEDH en el caso *Siliadin* e indica que la clave para distinguir ambas figuras no reside en la gravedad del daño, sino en el estatus legal (A/HRC/15/20, párr. 25), pero lo contradice en relación con los matrimonios forzados (A/HRC/21/41, párr. 13).

⁸⁸⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, 39º periodo de sesiones, A/HRC/39/52, 27 de junio de 2018, párr. 12.

2.2.7 La definición de esclavitud en el Estatuto de Roma de 1998.

La prohibición del sometimiento a la esclavitud apareció por primera vez en el Derecho penal internacional en la Carta de los Tribunales de Núremberg y los de Tokio,⁸⁸¹ y se incorporó a los estatutos constitutivos de los Tribunales penales internacionales para la Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, que dieron lugar a los pronunciamientos analizados anteriormente donde se establece que la definición de la Convención de 1926 es aplicable por su estatus de derecho consuetudinario.

Consecuentemente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998 recoge el delito de esclavitud y el de esclavitud sexual.⁸⁸² Cuando se redactaba el borrador la Comisión se planteó qué definición adoptar, y finalmente decidió reproducir los términos de la Convención de 1926 en el Estatuto⁸⁸³ y en los Elementos de los Crímenes.⁸⁸⁴ El hecho de los Elementos de los Crímenes sean completado con una nota al pie de página que indica que este tipo de privación de libertad “podrá, en determinadas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil” o que “incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños” ha llevado a algunos autores a sostener que la servidumbre y la trata de personas están incluidas en el delito de esclavitud del CPI.⁸⁸⁵ No obstante, como argumenta Jean Allain de manera convincente, esta interpretación supondría ampliar la jurisdicción de la Corte más allá del artículo 7.1 del Estatuto de una manera incompatible con este (artículo 9.3). Por tanto, la interpretación más plausible es que la nota al pie de página no tiene un significado independiente más allá de constituir ejemplos de atributos del derecho de propiedad.⁸⁸⁶

⁸⁸¹ Sus tratados constitutivos establecían su jurisdicción *ratione materiae* sobre diversos asuntos, entre los que se incluía el sometimiento a esclavitud (artículo 6). Ver análisis *supra*.

⁸⁸² En las Convenciones en inglés, se observa una pequeña diferencia: en el Estatuto de Roma se habla de “*enslavement*” y en las Convenciones de 1926 y 1956, de “*slavery*” (no se aprecia esta diferencia en la traducción. En el caso de la esclavitud sexual, sí se refiere a “*sexual slavery*” y no a “*enslavement*”).

⁸⁸³ Lee, R. S., *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 99, 369 y *passim*.

⁸⁸⁴ “a) Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad”. Los Elementos 2 y 3 se refieren a los requisitos para que sea un crimen de lesa humanidad. Los ejemplos de lo que pueden considerarse atributos del derecho de propiedad son parecidos a los que señalaba el Secretario General de la ONU en su informe de 1953: ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, E/2357, p. 31.

⁸⁸⁵ Por todos, Villacampa Estiarte, C., *El Delito de Trata de Seres Humanos*, pp. 242-245; Obokata, T., “Trafficking of Human Beings as a Crime Against Humanity: Some implications for the International Legal System”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, pp. 448 y ss.; Obokata, T., Trafficking of human beings from a human rights perspective: towards a holistic approach, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006, pp. 125 y ss; Cole, A. “Reconceptualizing female trafficking: The inhuman trade in women”, *Women’s Rights Law Reporter*, Vol. 26, 2005, pp. 812 y ss.

⁸⁸⁶ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 281; también Bonet Pérez, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional”, en *El Derecho ante las Formas Contemporáneas de Esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 192 y ss.

A modo de conclusión, el análisis de la aplicación del concepto de esclavitud contenido en la Convención de 1926 en los “acuerdos ulteriores” muestra el consenso generalizado sobre la vigencia de la del artículo 1 como definición legal contemporánea de esclavitud. Esta definición ha sido aplicada en la práctica de una forma más o menos homogénea, especialmente a partir del diálogo entre los diferentes Tribunales internacionales.⁸⁸⁷ Como desarrollaremos a continuación, no sólo es la definición en vigor, sino que tiene potencial suficiente como para abordar los nuevos retos políticos y conceptuales sobre la identificación de la esclavitud cuando carece de estatus formal.

3. Concepto de esclavitud

3.1 Elementos del concepto legal de esclavitud.

Una vez determinada la definición en vigor, su interpretación y la determinación de sus elementos normativos requiere que tengamos en cuenta nuevamente el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la jurisprudencia penal internacional que la ha aplicado como norma de derecho consuetudinario.

Como indicamos anteriormente, deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros para la interpretación de los tratados: la buena fe, el sentido corriente de los términos en su contexto, el objeto y fin, la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado y toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. En caso de que las normas de interpretación dejen ambiguo u oscuro el sentido del tratado o conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los *travaux préparatoires* del tratado y a las circunstancias de su celebración.

La pregunta que debemos hacernos es ¿la definición de la Convención de 1926 ha evolucionado para acoger otras formas de explotación? Desde el punto de vista estrictamente legal no se sostiene una interpretación extensa de la definición de esclavitud por dos razones: en primer lugar, por el tenor literal del texto, respaldado por el hecho de que en el momento de la negociación de la Convención de 1926, los Estados excluyeran expresamente otras formas de explotación que no supusieran el “ejercicio de cualquiera de los atributos del derecho de propiedad”.⁸⁸⁸ En segundo lugar, porque la norma internacional más reciente que contempla el crimen de esclavitud, el Estatuto de Roma, se ciñe a su significado restringido sin acoger otras formas de explotación, de forma coherente a como

⁸⁸⁷ Por ejemplo, tanto el TEDH como el Tribunal del CEDEAO o la CIDH han utilizado las interpretaciones de los tribunales penales internacionales para informar sus decisiones: Schabas, W., “Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention of Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, p. 609. Por ejemplo, los criterios esbozados por el TPIY en *Kunarac* han sido utilizados por el TEDH en *Rantsev* (párr. 266); el Tribunal de la CEDEAO lo utiliza en la sentencia *Hadijatou Korau Mani* (párr. 77), y la CIDH lo utiliza en la sentencia *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* (párr. 272).

⁸⁸⁸ A pesar de que, en opinión de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud, debían de ser igualmente combatidas: Sociedad de las Naciones, *Convención sobre esclavitud: Informe presentado a la Asamblea por el Sexto Comité*, A.104.1926.VI, 1926, p. 2. Esto sería, entre otras razones, lo que ocasionó la posterior negociación de la Convención Suplementaria de 1956.

se viene interpretando en la jurisprudencia penal internacional y apuntando a la existencia de un consenso al respecto.

Para la interpretación de los elementos de la definición de la Convención de 1926, es necesario analizar las Directrices Bellagio-Harvard creadas por el Grupo de Investigación sobre Parámetros Jurídicos de Esclavitud con el objetivo de otorgar una mayor claridad y facilitar la aplicación de la definición de esclavitud. Estas Directrices trasladan nociones de la teoría general de la propiedad y la posesión a una relación de esclavitud entre personas,⁸⁸⁹ definida como: “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

A continuación, vamos a analizar detenidamente los elementos de la definición de la Convención de 1926 –“estado o condición” y el “ejercicio de todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad” – apoyándonos en las Directrices y teniendo en cuenta el criterio de efectividad y de interpretación dinámica que evite una interpretación tan restringida que sea inaplicable.⁸⁹⁰

3.1.1 Estado o condición: esclavitud de *iure* y de facto.

Dos argumentos sostienen que la referencia al “estado o condición” alude tanto a la esclavitud *de iure* como de facto: primero, porque está respaldado por el sentido corriente de los términos, por el objeto y fin del tratado; y, segundo, porque así se deduce de la práctica ulterior en los Tribunales penales internacionales, que se basan a su vez en el principio de interpretación dinámica y de efectividad.

En primer lugar, atendiendo al sentido corriente de los términos, la palabra “estado” se refiere a una situación consagrada jurídicamente y el término “condición” a una situación de hecho.⁸⁹¹ Además, la definición alude a los “atributos del derecho de propiedad” y no únicamente al “derecho de propiedad”,⁸⁹² lo que abre la puerta a que se ejerciten los

⁸⁸⁹ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 371-378; Bonet Pérez, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, pp. 190 y ss.

⁸⁹⁰ Como sugiere el Comité encargado del borrador del PIDCP, ver: ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, párr. 79 y análisis *supra*.

⁸⁹¹ el “estado” o estatus es la situación legal determinada por la pertenencia a una cierta clase de personas que legalmente disfrutan de determinados derechos o condiciones y la “condición” es el estado, índole, naturaleza o situación de hecho en que se halla alguien o algo. Definición contenida en la Real Academia Española

⁸⁹² Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 121-122. También: Espaliú Berdud, C., “La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, No. 28, 2014, pp. 13 y ss.; Bonet Pérez, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, pp. 194 y ss.

atributos de una forma fáctica y no sólo legal. Los *travaux préparatoires* de la Convención de 1926 respaldan esta conclusión,⁸⁹³ puesto que la propuesta inicial se refería únicamente al “estatus en el que una persona ejercita el derecho de propiedad sobre otra”,⁸⁹⁴ que finalmente fue sustituido por una versión más comprehensiva que abarca la “condición” y los “atributos” del derecho de propiedad.⁸⁹⁵ A esta misma conclusión llega el Secretario General de Naciones Unidas en el informe de 1953 que analiza la definición de esclavitud.⁸⁹⁶ En el informe señala que la labor preparatoria de la Convención de 1926 “permite ver que las obligaciones de las partes se extienden *a todas las instituciones o prácticas*, se las designe o no con la palabra ‘esclavitud’ si, según se declara en el artículo 1 de la Convención, ‘se ejercitan las facultades vinculadas al derecho de propiedad o algunas de ellas’ sobre un individuo”.⁸⁹⁷

En segundo lugar, esta interpretación también ha sido confirmada por la jurisprudencia internacional a través de la aplicación de la definición de esclavitud como norma consuetudinaria. A partir de la sentencia *Kunarac*, existe consenso sobre que abarca situaciones de hecho, basándose en los argumentos de efectividad e interpretación dinámica: “la definición de esclavitud ha evolucionado hasta abarcar no solo la esclavitud legal, sino todas aquellas situaciones en las que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad y que provocan un cierto grado de destrucción o anulación de la personalidad jurídica como consecuencia de dicho ejercicio”.⁸⁹⁸ Todo esto se refleja en la Directriz 5, que señala que:

[a] la hora de evaluar las circunstancias del caso para determinar la existencia de esclavitud, se debe hacer referencia al fondo de la relación y no simplemente a su forma. El fondo de la relación debe ser determinado analizando si, “de facto”, han sido ejercidos uno o más de los atributos del derecho de propiedad. Lo cual incluirá una averiguación de si el control que se ha ejercido es equivalente a posesión

A esto se puede objetar que el TEDH ha mantenido que el imposible jurídico de un derecho de propiedad sobre una persona también impide que pueda existir una situación de esclavitud.⁸⁹⁹ No obstante, si tenemos en cuenta sus sentencias más recientes, el TEDH ha abierto la puerta a la aplicación de la definición de esclavitud en situaciones de hecho, como cuando el pago en un matrimonio equivale a transferencia de la propiedad (*M y Otros c. Italia y Bulgaria*⁹⁰⁰), o para incluir la trata de personas en el ámbito del artículo

⁸⁹³ Para ver un recorrido de dichas modificaciones y los comentarios propuestos por los Estados, ver los informes de la Comisión Temporal de la primera sesión (A.17.1924.VI, 1924) y la segunda (A.19.1925.VI, 1925). Allain realiza un análisis muy detallado en: *The Slavery Conventions*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2008, especialmente pp. 51 y ss.

⁸⁹⁴ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Minutes of the First Session*, A.18.1924.VI, 1924, pp. 24-25.

⁸⁹⁵ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, 1925, p. 2.

⁸⁹⁶ ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, E/2357, pp. 25, 31 y ss. Se trata del primer pronunciamiento autorizado: Primer pronunciamiento autorizado. Stoyanova, pp. 221 y ss., Allain, Hickey p. 924. Informe 1953, p. 25 NNUU,

⁸⁹⁷ Informe SGNU, para 36

⁸⁹⁸ TPIY, *Kunarac* (Apelación), párr. 117.

⁸⁹⁹ STEDH, *Siliadin*, párr. 122.

⁹⁰⁰ STEDH, *M y Otros*, párr. 161.

4 CEDH (*Rantsev c. Chipre y Rusia*⁹⁰¹).

En este sentido, es preciso recordar que el ejercicio de los derechos subjetivos no se reduce a la capacidad de reivindicarlos ante intromisiones ilegítimas,⁹⁰² puesto que también comprenden otros aspectos como, por ejemplo, una esfera de libertad en la que el propietario puede actuar.⁹⁰³

3.1.2 Ejercicio de los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

El segundo elemento de la definición le confiere un matiz que nos sitúa en el paradigma de la propiedad y del dominio, de manera muy similar a la definición de esclavitud de Florentinus en el Derecho romano.⁹⁰⁴ Este paradigma sirvió de guía para la redacción del término, como se deduce del proceso de negociación,⁹⁰⁵ donde se señaló que “una persona es esclava si cualquier otra persona puede, por ley o costumbre exigible, reivindicar sobre ella el mismo derecho de propiedad que podría reivindicar si fuera un objeto inanimado”.⁹⁰⁶

El empleo del paradigma de la propiedad hace que tengamos que plantearnos fundamentalmente dos cuestiones: ¿cuáles son los atributos a los que se refiere el artículo 1.1? ¿Existe algún elemento que constituya el núcleo del derecho de propiedad?

A) ¿Qué quiere decir la palabra “atributos”?

El concepto de esclavitud de la Convención de 1926 no habla de las facultades en general,⁹⁰⁷ sino de atributos (en lengua en la que se redactó originariamente se refiere a “powers”), por lo que algunos autores que han argumentado que no están incluidas todas las facultades del derecho de la propiedad sino una categoría específica, los “atributos”

⁹⁰¹ *Rantsev*, párr. 282.

⁹⁰² A pesar de que la posibilidad de reclamar al Estado que impida que un tercero interfiera en el ejercicio legítimo de un derecho sea un elemento importante en los derechos subjetivos: Peces Barba Martínez, G., *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, especialmente pp. 91 y ss.

⁹⁰³ Hohfeld, W.N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, Vol. 23, 1913, p. 16

⁹⁰⁴ “Esclavitud es una institución de *ius gentium* por la cual alguien se encuentra sujeto, contra la naturaleza, al dominio de otra persona” Florentinus, *Instituciones*, Libro 9. Esta “vuelta a los orígenes” no resulta tan extraña si tenemos en cuenta la historia legal de la esclavitud, que ha reproducido la definición romana a lo largo de toda la historia. Ver análisis *supra*.

⁹⁰⁵ Allain ha estudiado de forma brillante esta cuestión en: Allain, J., “A Legal Consideration ‘Slavery’ in Light of the Travaux Préparatoires of the 1926 Convention”, en *The Law and Slavery. Prohibiting Human*, pp. 399 y ss.

⁹⁰⁶ A lo que se añadió: “el término parece aplicable a la situación o condición permanente de una persona privada de su libertad natural, pues el derecho de propiedad que la otra persona tiene sobre la persona cuya condición es tal, supone la facultad de disponer de la misma en venta, donación o canje” Sociedad de Naciones, *Draft Convention on Slavery, Replies of Governments, Reply from the Government of the Union of South Africa*, Doc. A.10(a).1926.VI, 1926, p. 5.

⁹⁰⁷ En inglés se traduce como “incidents”, y hacen referencia a todas las facultades vinculadas al ejercicio del derecho de propiedad, estudiadas y sistematizadas en: Honoré, A., “Ownership” en: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest A. G. (ed), Oxford University Press, Nueva York, 1961.

formulada por primera vez por Hohfeld en 1921.⁹⁰⁸ Este autor contempla cuatro elementos básicos dentro del derecho subjetivo de la propiedad que se definen por su binario o correlativo jurídico: derechos subjetivos,⁹⁰⁹ libertades o privilegios,⁹¹⁰ inmunidades,⁹¹¹ y los poderes o atributos.⁹¹² Estos últimos se refieren a la capacidad para producir cambios en las relaciones legales existentes, por ejemplo, vendiendo el objeto.⁹¹³

James Penner apunta el riesgo de utilizar como parte de la definición de esclavitud todas las facultades del derecho de propiedad sin tener que probar que se han ejercido algunos de los atributos. Según él, esto incrementa el riesgo de generar “falsos positivos” en el Derecho penal, y pone el ejemplo de la detención ilegal, donde una persona está bajo control efectivo de otra (facultad del derecho de propiedad), pero donde no puede decirse que exista esclavitud.⁹¹⁴

La identificación de la definición de la Convención de 1926 con el ejercicio de los poderes o atributos en el sentido hohfeldiano no se sostiene por tres razones: en primer lugar, como indica Hickey, porque en el momento de redacción de la Convención de 1926 no estaban suficientemente asentadas y extendidas las categorías jurídicas de la obra de Hohfeld (de 1921), ni se menciona nada al respecto en los trabajos preparatorios.⁹¹⁵ En

⁹⁰⁸ Penner, J. E., “The Concept of Property and the Concept of Slavery”, en: *The Legal Understanding of Slavery*, Allain, J. (ed.), Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 252. Las obras de Hohfeld y Honoré se suelen citar para contextualizar cualquier obra que trate el tema de propiedad (Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, 1923; y Honoré, A. “Ownership”). Ver, por ejemplo: Waldron, J., *The right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 27-28; Munzer, S. R., *A Theory of Property*, Cambridge University Press, 1990, pp. 22-27, pie de página de p. 20; Singer, J.W., “The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld”, *Wisconsin Law Review*, 1982, pp. 975-1059; Penner, J. E., “The Bundle of Rights Picture of Property” *UCLA Law Review*, Vol. 43, 1995, pp. 711 y ss.

⁹⁰⁹ El derecho subjetivo del propietario genera un deber de no interferencia en el libre ejercicio de ese derecho, y el que ostenta el derecho subjetivo tiene el derecho de impedir la interferencia de un tercero. Por ejemplo, la afirmación de que A tiene un derecho de propiedad sobre una cosa implica que B tiene la obligación de no impedirlo, y en caso de que lo haga, A podrá ejercitar una acción contra B. Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, pp. 16-17.

⁹¹⁰ La libertad o privilegio es el ámbito en el que el propietario puede ejercitar libremente su derecho sin que nadie le pueda impedir hacerlo. Se define en oposición al “no-derecho”, y quiere decir que A tiene una esfera de libertad para ejercitar su derecho de propiedad (puede usarlo, no usarlo, disponer de la cosa, arrendarla, etc.), siempre dentro del marco que imponen ciertas limitaciones legales al derecho de propiedad, como la posibilidad de expropiación y la esfera de libertad de otras personas. *Ibid.*

⁹¹¹ Las inmunidades impiden que otra persona pueda poner fin a la relación arbitrariamente. Su correlato jurídico es la “incompetencia”, Es decir, si B no puede obligar legalmente a que A venda su bien, A tiene una “inmunidad” respecto a la capacidad de coacción de B. *Ibid.*, p. 17.

⁹¹² Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, p. 16:

Elementos	Correlativos jurídicos	Opuestos jurídicos
Derecho (<i>claim-right</i>)	Deber (<i>Duty</i>)	No-derecho (<i>No-Right</i>)
Privilegio o libertad (<i>Liberty</i>)	No-derecho (<i>No-Right</i>)	Deber (<i>Duty</i>)
Potestad (<i>Power</i>)	Sujeción (<i>Liability</i>)	Incompetencia (<i>Disability -no power</i>)
Inmunidad (<i>Immunity</i>)	Incompetencia (<i>Disability</i>)	Sujeción (<i>Liability</i>)

⁹¹³ Se correlacionan con la “sujeción”. Si A puede transferir un bien a B firmando ciertos documentos, A tiene el “poder” de transferir y B una correlativa “sujeción” a recibir. *Ibid.*, p. 17

⁹¹⁴ Penner, J. E., “The Concept of Property and the Concept of Slavery”, p. 252.

⁹¹⁵ Hickey, R., “Seeking to Understand the Definition of Slavery”, en *The Legal Understanding of Slavery*, Allain, J. (ed.), Oxford University Press, Nueva York, 2012, pp. 220 y ss.

segundo lugar, porque esta interpretación no ha tenido repercusión en la práctica posterior que ha aplicado la definición; y, por último, porque sería contrario al principio de efectividad. Se puede ser propietario de facto sin tener que producir ningún cambio en las relaciones existentes, pero no ocurre lo mismo en sentido contrario. Es decir, sin la base de un control efectivo previo,⁹¹⁶ el ejercicio de las potestades o atributos del derecho de propiedad (compra, venta, arrendamiento, permuta, etc.) sería ilusorio porque sólo pueden ejercitarse si la persona se encuentra previamente en el *ámbito de control* de aquel que la utiliza, vende o desecha. En ausencia de dicho control, carece de sentido hablar de una transacción de A respecto a B porque no es posible en la práctica.⁹¹⁷

En definitiva, es lógico concluir que el artículo 1 de la Convención de 1926 es una herramienta que nos reenvía al derecho de propiedad y sus facultades en general para identificar una relación esclavo-siervo, imbuyéndolo de significado normativo.

B) ¿Cuáles son los atributos del derecho de propiedad?

El Secretario General de Naciones Unidas realizó la primera enumeración de los atributos del derecho de propiedad en su informe de 1953, que es el primer documento autorizado sobre la cuestión. A falta de aclaraciones de los autores de la Convención de 1926, el Secretario General supone que el concepto básico que tuvieron presente fue el de la *dominica potestas* (potestad dominical) del Derecho romano, que era de índole absoluta y que incluía las facultades de uso o beneficio de uso, disposición, intercambio, traspaso, permuta o transferencia de una persona a través de una herencia.⁹¹⁸

Este análisis se confirma con la interpretación de la jurisprudencia penal internacional, cuyos indicadores de esclavitud se refieren a facultades como “adquisición” o “disposición”.⁹¹⁹ En este mismo sentido, los Elementos de los Crímenes de la CPI en el Estatuto de Roma enumeran las facultades vinculadas al derecho de propiedad de forma muy similar a como lo había hecho el Secretario General (“como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad”).

A continuación, vamos a describir las facultades basándonos en la teoría del derecho

⁹¹⁶ Utilizando la terminología de las Directrices, y en concreto la Directriz 2: “En los casos de esclavitud, el ejercicio de ‘los atributos del derecho de propiedad’ debe ser entendido como la manifestación de un control sobre una persona de tal manera que se le prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse, de esa persona. Por lo general, este ejercicio se apoyará y se obtendrá a través de medios tales como la violencia, el engaño y/o la coacción”.

⁹¹⁷ En este sentido también Hickey, R., “Seeking to Understand the Definition of Slavery”, p. 239

⁹¹⁸ ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, E/2357, p. 30 y pie de página.

⁹¹⁹ TPIY, *Kunarac*, párr. 542.

de la propiedad enunciada por Honoré, donde se fundan las Directrices Bellagio-Harvard,⁹²⁰ y a evaluar su relevancia en el contexto de la esclavitud. Estas facultades se corresponden con las tradicionales categorías que han sido objeto de estudio de los civilistas: (i) *ius utendi* (derecho de utilizar una cosa conforme a su naturaleza); (ii) *ius fruendi* (derecho a percibir los frutos); (iii) *ius abutendi* (derecho a disponer de una cosa); y (iv) *ius vindicandi* (derecho de reclamación de la cosa de manos de quien la tenga).⁹²¹

— Derecho de posesión.

Honoré considera la posesión como “la base sobre la que descansa la superestructura del derecho de propiedad”, y es un elemento central en su estudio.⁹²² Está muy relacionada con la concepción clásica de la propiedad como *señorío general* sobre las cosas, consistente en poder someterlas a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ellas toda la utilidad.⁹²³

Hallar un concepto unitario de posesión es especialmente arduo porque abarca situaciones muy distintas entre sí.⁹²⁴ No obstante, la doctrina distingue dos manifestaciones

⁹²⁰ Honoré es uno de los miembros del grupo que ha elaborado las Directrices, y su obra “Ownership”, es en la que se basa Jean Allain, principal autor de las Directrices, cuando estudia los atributos del derecho de propiedad: Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 128. En sus propias palabras, “los atributos del derecho de propiedad deben ser entendidos como sinónimos de los incidentes estándar de propiedad de Honoré”: Allain, J., “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, p. 178. Honoré estudia el derecho de propiedad a través de sus “incidentes” o facultades, para así determinar cuáles de estos atributos constituyen manifestaciones esenciales y cuáles no. Son 11 “incidentes” o facultades en total, y la presencia de una o algunas de ellos son indicadores de la existencia de una situación de esclavitud. Las facultades están inspiradas en los conceptos fundamentales de Hohfeld pero no son idénticos, puesto que más bien son una concreción de los mismos.

⁹²¹ Schwenger Augier, F., “¿Plena in re Potestas? Paradigmas y problemas en torno a la definición de la propiedad en la filosofía política y jurídica contemporánea”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 15, 2012, p. 68. También: O’Callaghan Muñoz, X., *Compendio de derecho civil. T. III, Derechos reales e hipotecario*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 54 y 55, habla de facultad de libre disposición, libre aprovechamiento y capacidad de exclusión.

⁹²² Honoré, A., “Ownership”, p. 113.

⁹²³ O’Callahan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, p. 46. Esta concepción clásica de la propiedad, también conocida como concepción cualitativa, fue definida por primera vez como “plena in re potestas” por parte de Bartolo de Saxoferrato, jurista medieval. Surge el paradigma clásico, donde la propiedad representaba un poder de señorío absoluto, que rechazaba incluso las servidumbres legales o limitaciones de otro tipo. Ver: *Ibid.*, pp. 46 y 47. Se contraponen al paradigma cuantitativo, que considera la propiedad como una suma o haz de facultades, y es distinta del paradigma libertario, de auto-propiedad: Schwember Augier, F., “¿Plena in re potestas? Paradigmas y problemas en torno a la definición de la propiedad en la Filosofía política y jurídica contemporánea”, pp. 59 y ss. La visión cualitativa del derecho de propiedad influiría en el *Common Law* a través de Blackstone y los Códigos civiles continentales, a pesar de que habitualmente los autores clásicos acostumbraban a definir el derecho de propiedad desde el punto de vista de su contenido, enumerando las facultades que lo integran y las limitaciones que le afectan. Se trata de un poder absoluto, exclusivo y perpetuo.

⁹²⁴ La regulación de la posesión tiene influencias del Derecho romano, del derecho germánico y del derecho canónico, por lo que las distintas tradiciones jurídicas contemplan rasgos comunes: O’Callahan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, p. 183; Albaladejo García, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, 11ª edición, Bosch, Barcelona, 2010, p. 33.

del derecho de posesión como *poder de hecho* y como *poder jurídico*, que hacen referencia a la dominación fáctica,⁹²⁵ y a los efectos que concede la ley para preservar una situación de dominio.⁹²⁶ En esta facultad se manifiestan especialmente las características de generalidad y la abstracción propias del derecho de propiedad, lo que significa que el derecho del propietario es concebible con independencia de las facultades singulares siempre que exista el *señorío general* característico del propietario.⁹²⁷ Las facultades concretas –como el derecho de uso o disposición–, sólo constituyen un señorío parcial y son las exteriorizaciones del derecho de la propiedad.⁹²⁸

De esta forma, y sin tener que estar de acuerdo en la formulación concreta de qué potestades o atributos se incluyen específicamente en el derecho de propiedad, el poder de hecho o control fáctico es la base sobre la que se asientan el resto de facultades.⁹²⁹ Este control, en palabras de Larissa Katz, supone que el propietario es el que decide sobre el futuro de la cosa⁹³⁰ porque está sometido a su voluntad.⁹³¹ Además, no abarca tanto el control físico como el mantenimiento de un control directivo abstracto equiparable al que otorga un verdadero derecho de propiedad.⁹³² Esto se refleja en la Directriz 3, donde se indica que la posesión es el elemento fundamental en la esclavitud:

Donde hay un derecho de propiedad sobre una cosa, esa propiedad implica una relación de fondo de control. Ese control es el atributo del derecho de propiedad conocido como posesión. La posesión es fundamental para la comprensión de la definición jurídica de esclavitud, incluso cuando el Estado no admite un derecho de propiedad en relación a las personas. [...] Aunque la forma exacta de poseer puede variar, supone, en esencia, el control de una persona sobre otra, tal y como si se controlara una cosa. Tal control puede ser físico, aunque los condicionamientos físicos no siempre serán necesarios para el mantenimiento del control efectivo sobre una persona. Manifestaciones más abstractas de control sobre una persona pueden revelarse en intentos de retener documentos de identidad, de restringir la libre circulación o el acceso a las autoridades estatales o a los procedimientos legales o, también pueden manifes-

⁹²⁵ Como aclara O’Callaghan Muñoz, no se trata de un poder físico actual, sino el hallarse bajo el señorío efectivo de nuestra voluntad: *Compendio de Derecho civil*, p. 46.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 184.

⁹²⁷ *Ibid.*, pp. 48 y 49; Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil IV, Propiedad y derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 40 y 41.

⁹²⁸ “La propiedad no es una suma de facultades sino un poder unitario, un “señorío general”, cuyas manifestaciones son las facultades”: Carretero Sánchez, S., *La propiedad. Bases sociológicas del concepto en la sociedad posindustrial*, tesis doctoral, 1994, p. 5: <https://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0003501.pdf> [último acceso: 21/01/2020].

⁹²⁹ Honoré, A.M., “Ownership”, p. 113.

⁹³⁰ Ella lo llama “agenda-settler”, es decir, persona que fija la agenda respecto a su uso. Véase: Katz, L., “Exclusion and Exclussivity in Property Law”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 58, 2008, p. 275.

⁹³¹ Allain, J./Hickey, R., “Property and the Definition of Slavery”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 4, 2012, p. 932.

⁹³² Esta concepción parece ser más lógica si tenemos en cuenta que en una relación jurídica de propiedad no siempre se van a manifestar todos los atributos del derecho de propiedad. Existen figuras, como la nuda propiedad y el usufructo, donde se escinden legalmente las facultades y las disfrutan sujetos diferentes. El nudo propietario no puede disponer libremente del uso y disfrute de la cosa, pero esto no impide o desnaturaliza el hecho que siga considerándose propietario: Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil IV*, p. 221; Diez Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. I, p. 697.

tarse en los intentos de forjar una nueva identidad mediante la imposición de una nueva religión, de un nuevo idioma, de un nuevo lugar de residencia, o de un matrimonio forzado.

En definitiva, aunque la posesión como poder jurídico sobre una persona es imposible en el ordenamiento, se puede ejercer el poder de hecho mediante la tenencia física o mediante un control directivo más abstracto, siempre que sea efectivo.⁹³³

— Derecho a utilizar, a obtener los frutos, a administrar, a transmitirla en herencia o a disponer de la cosa.

Estas facultades están relacionadas con la capacidad del propietario de disfrutar una cosa, de tomar decisiones sobre la misma, de disfrutar los beneficios derivados de su uso, o incluso destruirla (el tradicional *ius utendi, fruendi et abutendi*).⁹³⁴ Se resume en la facultad de aprovecharla libremente y de tomar decisiones sobre su destino: cómo va a usarse, quién puede utilizarla y con qué objetivo,⁹³⁵ que se descomponen a su vez en una pluralidad de posibilidades, como la posibilidad de enajenar la cosa, de transformarla o transmitirla a otra persona, de destruirla, abandonarla o inutilizarla completamente.

Si una persona tiene capacidad para realizar ese tipo de actividades directivas respecto de una cosa —o persona—, puede ser considerada como su propietaria. La Directriz 4 señala los siguientes ejemplos de atributos de derechos de propiedad: compra, venta, o transferencia de cualquier otra manera, como trueque, intercambio, o regalo; uso;⁹³⁶ gestión de uso;⁹³⁷ beneficio del uso;⁹³⁸ transferencia a un heredero o sucesor;⁹³⁹ o deshacerse de una persona, maltratarla o descuidarla.⁹⁴⁰

⁹³³ En este sentido también: Hickey, R., “Seeking to Understand the Definition of Slavery” p. 226. Esta visión de poder absoluto es la que reflejaban Dokes y Finley en sus estudios sobre la esclavitud. José Antonio Navarro Fernández, en su análisis de la esclavitud como institución, enfatiza la característica de dominio absoluto como poder sobre la vida y la muerte del esclavo: Navarro Fernández, J.A., “¿Es Qatar un estado esclavista?”, pp. 124 y ss.

⁹³⁴ Honoré, A., “Ownership”, p. 115; Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil. IV*, p. 50 y ss. O’Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, pp. 54 y ss.

⁹³⁵ Katz, L., “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, p. 257.

⁹³⁶ La Directriz 4 indica que esto puede evidenciarse con el uso de los beneficios derivados del trabajo de esa persona. En tales casos, una persona puede ser utilizada para trabajar por poco o nada de dinero, utilizada con fines sexuales, o utilizada para proporcionar un servicio.

⁹³⁷ Otro indicio es la gestión directa, como en el caso del propietario de un burdel que delega el poder sobre una persona a un gerente, por ejemplo, en el contexto del trabajo sexual. (Directriz 4)

⁹³⁸ Otros indicios del beneficio de uso de una persona pueden darse cuando la persona es hipotecada, prestada a cambio de beneficio o usada como garantía, o cuando se obtienen otro tipo de beneficios. Por ejemplo, mediante la utilización de un trabajador agrícola en una situación de esclavitud, donde el beneficio de la recolección lo recibe otra persona. (Directriz 4)

⁹³⁹ Una prueba de esta transferencia de una persona puede consistir en un caso de herencia en el que una mujer, tras la muerte de su marido, pase a ser considerada como heredada por otra persona. Otras pruebas de dicha transferencia vendrían constituidas por los casos de transmisión del estado o condición de esclavitud de una persona a la generación siguiente, como de madre a hija. (Directriz 4)

⁹⁴⁰ Tales actos pueden llevar a la persona a un desgaste físico y psicológico, y en última instancia a su destrucción. En consecuencia, el acto de causar tal agotamiento a la persona constituye un acto de esclavitud. La prueba de tales maltratos o descuidos puede consistir en abusos físicos o psicológicos sostenidos, ya sea de forma calculada o indiscriminada, o en la imposición de exigencias físicas que lleguen a limitar seriamente la capacidad del cuerpo humano para sostenerse a sí mismo o funcionar de forma efectiva. (Directriz 4).

La mayoría de las facultades de disposición (de transferencia, compra, etc.), no crean derechos en relación con una persona ni producen ningún tipo de efecto jurídico porque los seres humanos están fuera del comercio, pero pueden producir idénticos efectos prácticos al de una transferencia válida, especialmente si un tercero reconoce al propietario como ostentador del derecho a comerciar con otra persona.⁹⁴¹

No obstante, es importante tener en cuenta que estas facultades no suelen ser exclusivas de una situación de esclavitud, por lo que deben evaluarse en un contexto general de control y coacción. Se trata de un indicador indudablemente útil de la existencia de una relación de esclavitud, pero hay casos en los que se produce el intercambio de una persona a cambio de dinero (por ejemplo, el traspaso de un atleta de un club a otro o en algunos matrimonios), sin que sea suficiente para afirmar que se ha producido un traspaso de la propiedad.⁹⁴² Otro ejemplo muy obvio sería el de los empleadores que se aprovechan de los frutos del trabajo de sus empleados y que dirigen sus actividades. Una lectura literal de la Convención nos llevaría a decir que hay esclavitud porque se ha ejercido uno o varios de los atributos del derecho de la propiedad. No obstante, no es suficiente para afirmar que el empleador a esclavitud a sus empleados.

— La facultad de exclusión

El derecho de propiedad también incluye la posibilidad excluir a los demás del disfrute de la cosa.⁹⁴³ La capacidad de exclusión (o “inmunidad”, utilizando la terminología de Hohfeld⁹⁴⁴), se manifiesta en el ordenamiento mediante las acciones protectoras del derecho de propiedad, que permiten garantizar la seguridad jurídica y una esfera de autonomía del propietario.⁹⁴⁵

Esta facultad resulta difícilmente trasladable al contexto de la esclavitud porque el ordenamiento jurídico no garantiza el monopolio de una persona sobre otra. No obstante, si en un Estado no se toman las medidas adecuadas para impedir la existencia de relaciones en las que se ejercen los atributos de derecho de propiedad sobre otras personas, se puede argumentar que *de facto* se crea una situación de seguridad en el ejercicio de la posesión en relación con los esclavos (Directriz 6).⁹⁴⁶

— La ausencia de término

Otra característica del derecho de propiedad es que se trata de una relación potencialmente estable en el tiempo, lo que no impide que se pueda alterar o que se la someta a

⁹⁴¹ Para Orlando Patterson, el hecho de que alguien sea reconocido por otro como propietario de una persona —y, por tanto, con capacidad de venderla, etc.—, es uno de los elementos fundamentales en la relación de esclavitud. Patterson, O., *Slavery and Social Death: a comparative study*, pp. 35 y ss.

⁹⁴² Y esto puede crear un riesgo de generar falsos positivos, como poner de manifiesto Penner en: “The Concept of Property and the Concept of Slavery”, p. 252.

⁹⁴³ O’Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, p. 54.

⁹⁴⁴ Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, p. 16.

⁹⁴⁵ Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil IV*, p. 48.

⁹⁴⁶ En el mismo sentido: Hickey, R “Seeking to Understand the Definition of Slavery”, p. 228.

límites.⁹⁴⁷ En el contexto de la esclavitud, la percepción del esclavo es que el control al que está sometido es indefinido,⁹⁴⁸ aunque no es un elemento esencial. Como indica la sentencia *Kunarac*, “si bien la duración del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad es otro factor que puede ser considerado para determinar si alguien fue esclavizado [...] su importancia dependerá de la existencia de otros indicadores”.⁹⁴⁹

— Prohibición de abuso de derecho, posibilidad de ejecución, y carácter residual.

Resulta más complicado encontrar análogos a estas facultades en un contexto de esclavitud, más allá de que las restricciones a la libertad de uso no implican la ausencia de una relación de propiedad.⁹⁵⁰ Por otro lado, la referencia al “carácter residual” está relacionada con uno de los caracteres esenciales del derecho de propiedad: la elasticidad. Como indica O’Callaghan, si el derecho de propiedad carece de algunas de sus facultades —por ejemplo, porque se ha establecido un usufructo—, cuando el motivo se extingue, las reabsorbe. Es decir, que la propiedad recupera el carácter general cuando desaparecen.⁹⁵¹

En este sentido, si la prohibición legal de someter a esclavitud (limitación) desapareciera, la persona podría considerarse legalmente como propiedad de otra porque, en la práctica, se están ejerciendo el resto de los atributos del derecho de propiedad.

3.2 Conclusión

La definición de esclavitud a la que se llegó tras el éxito del movimiento abolicionista se encuentra en la Convención de 1926, aprobada en el marco de la Sociedad de Naciones. Pero ¿es la definición en vigor? ¿o se ha ampliado para abarcar otro tipo de prácticas? Tras un análisis de la práctica ulterior en tratados internacionales y en la jurisprudencia de los órganos con competencia para interpretarlos, podemos concluir que sigue siendo la definición vigente.

La siguiente pregunta tiene que ver con la interpretación: ¿Abarca situaciones de hecho o únicamente legales? Si se admite lo segundo, ¿qué elementos hacen que una práctica sea *lo suficientemente* análoga a la esclavitud legal como para determinar que son lo mismo? La respuesta a la primera cuestión la encontramos en el propio texto, confirmado por los *travaux préparatoires* de la Convención y por la interpretación posterior. La definición hace referencia a “estado” o “condición”, y a los “atributos del derecho de propiedad”, no al “derecho de propiedad”, redacción que se eligió conscientemente porque en un primer lugar iba a limitarse a la esclavitud legal. Por otro lado, los principios de efectividad y de interpretación dinámica utilizados por la jurisprudencia penal internacional confirman su aplicación a instituciones o prácticas donde la esclavitud no era legal,

⁹⁴⁷ Pérez Cánovas, N., *Derecho Civil III*, Técnica Avicam, Granada, 2017, p. 135.

⁹⁴⁸ Este es un elemento clave en la decisión del TEDH respecto a la servidumbre en *Siliadin*, párr. 122.

⁹⁴⁹ TPIY, *Kunarac* (SPI), párr. 542.

⁹⁵⁰ Sobre las limitaciones y los límites, ver Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil IV*, pp. 70 y ss. También, especialmente, Pérez Cánovas, N., *Derecho Civil III*, pp. 141 y ss.

⁹⁵¹ O’Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, p. 49

pero se habían ejercido las *facultades* del derecho de propiedad.

A continuación, debemos abordar la cuestión de cuáles son las facultades del derecho de propiedad que determinan que sea una relación de esclavitud. Es una pregunta compleja porque estas facultades o atributos se ejercen en múltiples contextos que no equivalen a esclavitud, como el traspaso de un jugador de fútbol. ¿Cómo distinguimos cuándo son indicadores de esclavitud y cuándo son sólo “falsos positivos”? ¿Tienen que ejercitarse todos los atributos, o un determinado número?

La idea de control o señorío general nos da la clave para responder estas preguntas y etiquetar correctamente las prácticas limítrofes porque el ejercicio de las facultades sólo tiene sentido dentro del contexto de control más amplio, *al que la persona no puede oponerse*. En este sentido, puede existir una relación de propiedad cuando alguno de los atributos esté ausente –por ejemplo, porque se ha cedido el uso–; o, en sentido contrario, pueden estar algunos presentes sin que tenga tal carácter –usufructo–. Lo que determina la relación de propiedad es el control equivalente a posesión, que se exterioriza de distintas formas.

Esto significa que, donde no exista dicho control, no pueden considerarse que exista esclavitud, incluso aunque haya explotación. La posesión, entendida como control efectivo, es la base sobre la que descansa la propiedad (Directriz 3), que se pone de manifiesto mediante el ejercicio de “los atributos del derecho de propiedad” sobre una persona (Directriz 4). Tal control puede ser físico, psíquico o de otra clase, y operará de tal manera que prive al esclavo de su libertad individual por un periodo de tiempo que para la persona será indeterminado (Directriz 2). El resultado de ese proceso será la habilidad de explotar al esclavo, una vez que el control se haya establecido (Directriz 3).

Al contrario de lo que ocurre en casos de propiedad legal de una cosa protegida por las normas civiles, los Estados no admiten un derecho de propiedad sobre las personas que permita reivindicarlo o expropiarlo. Por el contrario, el Estado tiene *como mínimo* la obligación positiva de poner fin a cualquier estado o condición de una persona sobre la cual se ejerzan alguno o todos los atributos del derecho de propiedad (Directriz 6).

En la práctica abundan los ejemplos de prácticas donde se ejercitan las facultades de uso y disposición que apuntan a la existencia de una situación de esclavitud de facto, que habrá que examinar caso por caso. Como indicaba la Relatora Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud en un informe sobre Ecuador en 2011, no son infrecuentes los casos de alquiler de niños para realizar tareas que son dejados a merced de los “arrendatarios”, que terminan siendo sometidos a explotación sexual, mendicidad o diversos grados de explotación laboral.⁹⁵² También existen ejemplos de transferencia de una persona a través de la herencia: en Kenia era costumbre muy frecuente que las mujeres keniatas, tras la muerte de sus maridos, fueran heredadas por un miembro de su familia. En

⁹⁵² ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian*, 15º periodo de sesiones, A/HRC/15/20/Add.3, 5 de julio de 2010, párr. 49.

caso de que no aceptasen, se les denegaba cualquier derecho de propiedad y quedaban desamparadas.⁹⁵³ Por otro lado, en Mauritania se produce el traspaso de la condición de esclavo de una generación a otra, producto de una sociedad altamente estratificada por razones étnicas y raciales.⁹⁵⁴

⁹⁵³ Human Rights Watch, “Double Standards: Women’s Property Rights Violations in Kenya”, Vol. 15, No. 5 (A), 2003, donde se denuncian las violaciones de los derechos de propiedad de las mujeres en Kenia: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/kenya0303.pdf> [último acceso: 21/01/2020].

⁹⁵⁴ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian*, 27º periodo de sesiones, A/HRC/27/53/Add.1, 2014, 26 de agosto de 2014, especialmente párr. 11 y ss.

II. SERVIDUMBRE

1. Contexto histórico

“Servidumbre” es un concepto que tradicionalmente se vincula a otras áreas del Derecho, como el Derecho civil, donde se contemplan diversos tipos de servidumbres,⁹⁵⁵ o el Derecho internacional, aludiendo a las relaciones entre Estados.⁹⁵⁶ Nosotros vamos a referirnos a la servidumbre que se suele englobarse dentro de las formas contemporáneas de esclavitud, es decir, la institución social considerada como una esclavitud menor.

Si la libertad fuese una progresión donde un extremo de la escala es la no sujeción (persona libre) y, el otro, la completa sujeción o falta de libertad (esclavitud), en mitad tendríamos un amplio espectro con distintos grados donde incluiríamos la servidumbre y otras formas de explotación grave del ser humanos.⁹⁵⁷ En la práctica, el principal problema consistirá en identificar las características de las formas intermedias de sujeción y, particularmente, de la institución de la servidumbre, porque desde la Antigüedad han existido diversas categorías de personas consideradas siervas (por ejemplo, los *coloni, originarii, dediticii, rustici* o *adcripticii* romanos⁹⁵⁸) que tenían reconocidos un número variable de derechos, que no eran ni esclavos ni personas libres.

Es importante tener en cuenta que el significado de la noción de “sujeción servil” ha variado a lo largo del tiempo. En este sentido, Richard Helmholz recuerda que una de sus principales características de la vida medieval es la misma noción de libertad, mucho más

⁹⁵⁵ La servidumbre es una institución que procede del Derecho romano (*servitutes*), que denomina un derecho real que limita el dominio. Sobre los caracteres de la institución en la época romana, ver: Marco simón, F., “Esclavitud y servidumbre en la conquista de Hispania, I: 237-83 a. JC.”, *Estudios del Seminario de Prehistoria, Arqueología e Historia Antigua de la Facultad de Filosofía y Letras de Zaragoza*, Vol. 3, 1977, pp. 87-103; Grey, C., “Contextualizing colonatus: the origo of the Late Roman Empire”, *The Journal of Roman Studies*, Vol., 2007, p. 155-175.

⁹⁵⁶ Así, en Derecho Internacional Público, la servidumbre consistía en el establecimiento por un Estado de un derecho de propiedad que implicaba la restricción de los derechos territoriales del Estado siervo, como por ejemplo el acceso a los recursos, que explotaba dicho Estado extranjero Potter, P., “The Doctrine of Servitudes in International Law”, *American Journal of International Law*, 1915, p. 641; O’Connell, D. P. A., “A Re-consideration of the Doctrine of International Servitude”, *Canadian Bar Review*, Vol. 30, 1952, p. 807.

⁹⁵⁷ Esta idea del continuum de explotación la expone por primera vez Skrivankova en: *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, Joseph Rowntree Foundation, 2010: <https://www.gla.gov.uk/media/1585/jrf-between-decent-work-and-forced-labour.pdf> [último acceso: 21/01/2020]. Esta idea también subyace en las Directrices Bellagio-Harvard, donde se indica en la Directriz 10: “Aceptando que en una situación determinada puedan darse al mismo tiempo tanto la Esclavitud como servidumbres menores tales como el trabajo forzoso o “instituciones o prácticas análogas a la esclavitud”, la manera de proceder consiste en hacer referencia al fondo de la relación y no simplemente a la forma, siendo la primera pregunta que se debe plantear la de saber si se han ejercido atributos del derecho de propiedad. De ser así, estaremos en presencia del delito más grave de esclavitud”.

⁹⁵⁸ Existen otras categorías como los *famuli*, los *operarius*, *ragacinus*, etc. Esta profusión de términos en ocasiones ha llevado a confundir a los comentaristas, como indica Helmholz en: “The Law of Slavery and the European Ius Commune”, p. 23. Sobre las distintas categorías de siervos, ver: Buckland, W. W., *The Roman Law of Slavery*, p. 340.

ambivalente si la comparamos con los parámetros actuales.⁹⁵⁹ Posiblemente, esto se debe a que las diferentes formas de control (en los monasterios, las relaciones de vasallaje, en el matrimonio, etc.) estaban muy extendidas, formando parte del ADN de la sociedad en general y permeando en la ley.⁹⁶⁰ En este contexto, la servidumbre y la esclavitud sólo eran formas de sujeción o de control un poco más duras que el resto.

Situar el origen de la servidumbre como forma de explotación humana es aún más difícil que en la esclavitud. Según Kevin Bales, las prácticas serviles comenzaron cuando los seres humanos se hicieron sedentarios y empezaron a cultivar la tierra en lugar de ser cazadores nómadas o recolectores. El sedentarismo se inició hace aproximadamente once mil años en tres lugares: Mesopotamia, Egipto e India, donde se crearon nuevos tipos de sociedades y tuvo lugar el comienzo de la agricultura. En estas nuevas sociedades los alimentos provenían de quienes cultivaban los campos, y era mucho más fácil conseguirlos cuando había un control estricto de los agricultores.⁹⁶¹ En la Antigua Grecia, se han descrito categorías de personas que se encontraban en el limbo de la no-libertad y la no-esclavitud, que mantenían ciertos privilegios –como poseer sus propios rebaños o bienes domésticos–, pero tenían restringida su libertad.⁹⁶²

1.1 La servidumbre en la época romana y la caída del sistema esclavista

En las villas romanas existían unas figuras vinculadas a la tierra que coexistían con los esclavos, sobre las que existe acuerdo de que constituyen el antecedente inmediato del siervo medieval.⁹⁶³ La figura del *colono* o la institución del *colonato* aparece en los textos jurídicos romanos clásicos como persona vinculada a un arrendamiento.⁹⁶⁴ En principio

⁹⁵⁹ Helmholz, R. H., “The Law of Slavery and the European Ius Commune”, p. 20-21. De hecho, el “hombre libre” aquella persona que no tenía ningún tipo de obligación con otra, posiblemente también era una persona aislada, y su condición no era un modelo al que aspirar. En el mismo sentido: Bloch, M., *Slavery and Serfdom in the middle ages*, California University Press, California, p. 66 y ss.

⁹⁶⁰ Ver: Iradiel Murugarren, P., *Las claves del feudalismo*, Editorial Planeta, Barcelona, 1991, p. 7. Sobre las relaciones de sujeción en el plano del matrimonio y las relaciones hombre mujer, ver: Pateman, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

⁹⁶¹ Bales, K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, p. 208.

⁹⁶² Finley, M., *La economía de la Antigüedad*, FCE, México, 2003, pp. 49-54; Finley, M., “¿Se basó la civilización griega en la esclavitud?”, en: *Clases y lucha de clases en la Grecia antigua*, Mossé, C./Vidal-Naquet, P./Fernández Ubiña, J./Finley, M./González López, C., Akal, Madrid, 1979, pp. 106-107. Había distintas categorías como los oikeus y doulos, nenikamenes, etc. Los hilotas, los penestai y los mariandinos, eran comunidades griegas reducidas a la servidumbre al interior de otra comunidad griega. Las distintas categorías de esclavos y siervos en la Antigua Grecia reflejaban distintos tipos de estatus: Fernández Arancibia, L., “El límite entre libertad y esclavitud: conceptos e ideologías de los amos en la antigua Grecia”, No. 10, *Revista Electrónica Historias del Orbis Terrarum*, 2013, pp. 12-80. Vidal-Naquet también estudia formas de organización y estratificación social de la civilización de la Antigua Grecia: Vidal-Naquet, J., P., *Formas de pensamiento y formas de sociedad en el mundo griego*, Península, Barcelona, 1983, y Cartledge, P., “The Helots: a contemporary review”, en *The Cambridge World History of Slavery*, Bradley, K./Cartledge, P. (eds.), Cambridge University Press, Londres, 2011, pp. 74-79.

⁹⁶³ Dockes, P., *La liberación medieval*, pp. 103 y ss.

⁹⁶⁴ Etimológicamente, *colonus* proviene de *colere*, y designa al “cultivador de la tierra”: Brosz, R., “Les changements sémantiques de mot colonus dans le sources du droit romain”, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis*, 1959, pp. 39 y ss. ; López-Huguet, M.L., « Originaril et adscripticii: analisis de su diferente condicion jurídica, administrativa y fiscal », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 16, 2016, pp. 193-220. Sobre cómo se desarrolló, ver: Fuentesca, M., “El colonus y el impuesto territorial”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2012, pp. 29 y ss.

debía durar un tiempo determinado, pero en las fuentes postclásicas aparece el colono designado como *servus terrae*,⁹⁶⁵ vinculado a la tierra sin límite temporal en condición de semiesclavitud.⁹⁶⁶ En función del tipo de vinculación recibían denominaciones distintas, como los *coloni censiti* o *adscripti*, pero en todos los casos estaban sujetos a la tierra que cultivaban y eran transmitidos conjuntamente con esta, manteniendo la consideración de personas libres (*liber*) porque conservaban la libre disposición de sus bienes.⁹⁶⁷

La consolidación de la modalidad de colonato de los *servus terrae* tuvo lugar en el Bajo Imperio Romano, lo que se posiblemente se debe a que la “crisis del siglo III” terminó con los antiguos grupos esclavistas.⁹⁶⁸ En el plano económico, el esclavo fue reemplazado por el colono,⁹⁶⁹ y en el plano legal, Constantino legalizó la unión de los colonos a la tierra, indispensable para poder aplicar los nuevos métodos de explotación.⁹⁷⁰ De la regulación posterior se desprende que la condición de colono se transmitía a los hijos por vía materna, y que no podían desvincularse libremente de la tierra ni abandonarla.⁹⁷¹ Todo esto confirma la pérdida de capacidad deambulatoria de los *coloni*, que conservaban únicamente la “libre” administración de su patrimonio.

⁹⁶⁵ Fuenteseca, M., “El colonus y el impuesto territorial”, pp. 61 y ss.; Silver, M., “Bondage by contract in the late Roman empire”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 54, 2018, p. 17. El término *colonus* careció en las fuentes romanas de un significado único y válido para todas las épocas, y fue utilizado para designar realidades diversas a través de una evolución semántica que se desarrolla a lo largo de las distintas etapas del Derecho romano: Fatás, G./Marco, F., “Consideraciones sobre el colonato”, *Memoorias de Historia Antigua*, No. 2, 1978, p. 183.

⁹⁶⁶ Sobre la transformación del colono en *servus terrae* existe una opinión generalizada en la doctrina romanista de que se debe, o bien a la reforma tributaria introducida por el emperador Diocleciano, o bien a disposiciones del siglo VI que responden a estas mismas exigencias. Ver especialmente: Mirkovic, M, *The Later Roman Colonate and Freedom*, American Philosophical Society, Philadelphia, 1997, pp. 27 y ss.; Grey, C., “Contextualising Colonatus: The Origo of the Late Roman Empire”, pp. 155-175; Brosz, R., “Les changements sémantiques de mot colonus dans le sources du droit romain”, pp. 39-55. De Martino indica que el colonato nace por una transformación de los colonos libres en personas vinculadas a la tierra, por las exigencias convergentes de los propietarios de disponer de una forma estable de las fuerzas de trabajo necesarias tras la decadencia del sistema esclavista, y del Estado romano, que debía asegurar el cultivo de la tierra para el abastecimiento de las ciudades para la imposición fiscal: De Martino, F., *Historia Económica de la Antigua Roma II*, Madrid, Akal, 1985, p. 518.

⁹⁶⁷ A ellos se refieren las Constituciones de los sucesivos emperadores Valentiniano y Valente, y Arcadio y Honorio, donde se describe su estatus jurídico. En Fuenteseca, M., “El colonus y el impuesto territorial”, pp. 76 y ss.

⁹⁶⁸ Existen dos grandes explicaciones sobre los orígenes del colonato. Una, de influencia marxista, que lo considera el resultado de un progresivo deterioro de las condiciones económicas del campesinado, que los redujo a servidumbre. Otra, que en el bajo imperio se intensificaron los esfuerzos estatales para impedir que los campesinos migraran y facilitar así la recaudación de impuestos. Sobre esto, ver: Mirkovic, M., *The Later Roman Colonate and Freedom*, p. 11 y ss.

⁹⁶⁹ Shtayerman, E. M., “La caída del régimen esclavista”, en: *La transición del esclavismo al feudalismo*, AAVV, Akal, Madrid, 1980, p. 103; Silver, M., “Bondage by contract in the late Roman Empire”, pp. 17-29. En el plano político, el Imperio que representaba el núcleo de los propietarios de esclavos (principado) fue convertido en órgano de los grandes propietarios terratenientes (*domini/patroni*)

⁹⁷⁰ Mirkovic, M., *The Later Roman Colonate and Freedom*, 67 y ss.

⁹⁷¹ Así, un decreto de Valentinus, Teodosio y Arcadio (entre 384 y 389 d.C.) declaraba que los *coloni* no podían abandonar aquellos lugares que se habían comprometido a cultivar, y más adelante, Honorio y Teodosio decretaron que los colonos eran esclavos del lugar donde han nacido y que no tenían la capacidad de abandonar o cambiar dicho lugar, aunque tuvieran el estatus de hombres libres. En: Westermann, W. L., “Between Slavery and Freedom”, *The American Historical Review*, Vol. 50, No. 2 1945, pp. 213 y ss.

La figura del colono comenzó a adquirir importancia cuando la explotación agrícola no podía seguir basándose en la esclavitud con la forma clásicas,⁹⁷² de modo que cada vez más personas empezaron a estar incluidas en esta categoría. Esto se produce porque las clases altas, apoyadas por el Estado, llegaron a imponer la transformación de la mayoría de los agricultores libres en colonos a través de la atadura a la gleba,⁹⁷³ y por la “colocación” de los esclavos a los que se les da una casa y una parcela para cultivar, pero teniendo que trabajar la tierra del dueño.⁹⁷⁴

1.2 La servidumbre en la Edad Media europea: el sistema feudal

Con el declive del régimen esclavista,⁹⁷⁵ la servidumbre adquiere relevancia como modo de producción principal tras la caída del Imperio Romano de Occidente. Dockès apunta al reforzamiento de la dependencia de los *coloni* a su tierra durante el periodo carolingio.⁹⁷⁶ En este periodo confluyen varias dinámicas que incrementan el número de relaciones serviles: por un lado, mediante la violencia abierta o enmascarada, los pequeños propietarios rurales se vieron obligados vender o dar su tierra, a menudo sometidos a corveas, consistentes en la obligación de trabajar gratuitamente en las tierras del noble o señor feudal. Por otro lado, campesinos o pueblos enteros acudían libremente a pedir protección para quedar finalmente sometidos.⁹⁷⁷ De este modo, el movimiento de homogeneización por colocación de los esclavos y por sometimiento de los libres que tuvo lugar en el Bajo Imperio, resurge y se profundiza de forma no lineal.⁹⁷⁸

⁹⁷² Las posibles razones las expone Stchayerman en: “La caída del régimen esclavista”, pp. 92 y ss., y Mirkovic, M., *The Later Roman Colonate and Freedom*, pp. 67 y ss. La limitación del poder del antiguo esclavista se manifestaba por el hecho de que no tenía sobre ellos el poder de vida o muerte, e incluso más adelante ya no tuvo el derecho de alienarnos sin los medios de producción. Ibidem, p. 93.

⁹⁷³ Dockès, P., *La liberación medieval*, p. 101

⁹⁷⁴ Ibidem, p. 103. Bloch destaca la importancia de la colocación en: Bloch, M., “Cómo y por qué terminó la esclavitud antigua”, en *La transición del esclavismo al feudalismo*, AAVV, Madrid, Akal, 1975, p. 159-194; y también Stchayerman, E. M., “La caída del régimen esclavista” p. 89. Además, aparte de la colocación se empezó a establecer la costumbre por la que un esclavo, en caso de transmisión por herencia, permanecía en la villa a la cual estaba afectado y no era privado de su peculio. Después esa costumbre quedó fijada por una serie de leyes: en el siglo IC se prohibió la venta de esclavos campesinos fuera de los límites de la provincia, y luego la venta sin tierra de los colonos y esclavos campesinos. Ibid., p. 93. Paralelamente, aunque las dinámicas fueron distintas, en el Imperio Romano de Oriente proliferaron en Egipto contratos de arrendamiento que se extendían toda la vida de los arrendatarios durante los siglos VI y VII. En dichos contratos el colono no tenía voz: Westermann, W.L., “Between Slavery and Freedom”, p. 223.

⁹⁷⁵ La cuestión de la transición del régimen esclavista como modo de producción principal y su reemplazo por la formación feudal ha atraído constantemente la atención de los historiadores. Por ejemplo, ver: Dockès, P., *La liberación medieval*, pp. 63 y ss., y 100 y ss.; Bloch, M., *Reyes y Siervos y otros escritos sobre la servidumbre*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2006; Bonnassie, P., *Del esclavismo al feudalismo en Europa Occidental*, Crítica, Barcelona, 1993; Bloch, M., *Slavery and Serfdom in Middle Ages*, University of California Press, 1975.

⁹⁷⁶ Previamente, indica: “es probable que la crisis, y después el hundimiento del Estado romano, tornara harto infructuosa la pretensión de sujeción del campesino a la tierra por parte de los propietarios en los siglos IV y V”: Dockès, P., *La liberación medieval*, p. 115; también: Domar, E. D., “The causes of slavery or serfdom: a hypothesis”, *Critical Reading on Global Slavery*, Pargas, A., Rosu, F. (ed.), Brill, Leiden, Boston, 2017.

⁹⁷⁷ Dockès, P., *La liberación medieval*, pp. 116-117.

⁹⁷⁸ Bloch, M., *La sociedad feudal*, Akal, Madrid, 1987, p. 360; Duby, G., *Guerriers et paysans: VII-XII siècles. Premier essor de l'économie européenne*, Gallimard, París, 1973, p. 106.

En la Europa medieval, el feudalismo constituyó la respuesta funcional a los problemas planteados en el plano social, político, y de organización de la producción.⁹⁷⁹ Es necesario tener en cuenta que en este momento la tierra es el fundamento del poder, por lo que, en el plano socioeconómico, los dominios territoriales de la aristocracia y el clero aumentan considerablemente.⁹⁸⁰ Como contrapartida, el campesinado experimenta una creciente pérdida de la libertad y caída en la dependencia servil. Puede poseer sus propios medios de producción y tener cierta autonomía en la organización productiva, pero la economía de los dominios se basa principalmente en las prestaciones forzosas de mano de obra o servicios de cultivadores dependientes.⁹⁸¹

No obstante, la servidumbre no presentó las mismas características en todas las regiones de la Europa feudal. En la zona de Francia central, considerada tradicionalmente de “feudalismo clásico”,⁹⁸² la servidumbre fue la condición de gran parte de los cultivadores dependientes, pero a mediados del siglo XIII comenzó a manifestar novedades como la posibilidad de comprar la libertad. En Normandía, la servidumbre no alcanzó el carácter de inexorable de otras regiones y en las zonas occidentales fueron abundantes las cartas de libertad y franquicia.⁹⁸³ En las regiones ibéricas, existe constancia de un estatuto bien definido de servidumbre en Cataluña a partir de los siglos XII y XIII, se puede constatar el aumento de la presión señorial y de la agresión continua contra el campesinado.⁹⁸⁴

En general, la imposición contractual o estatutaria de restricciones a la movilidad parece haber sido una constante dentro de los métodos de control del trabajo, de forma que las personas no-libres se encontraban en una posición a medio camino entre la esclavitud y la libertad. Así, tanto los rusos como los uigures (en China), instauraron sistemas como la *kabala* durante los siglos XIII a XVII, que aseguraban que los deudores quedarían al servicio de los acreedores en caso de impago. También encontramos los mismos métodos

⁹⁷⁹ Iradiel Murugarren, P., *Las claves del feudalismo*, p. 6

⁹⁸⁰ Al respecto, ver Heers, J., *Esclavos y sirvientes en las sociedades mediterráneas durante la Edad Media*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1989, p. 129 y ss. En 633 A.D., el concilio de Toledo ordenó a los obispos que liberasen parte de los esclavos que hubiesen adquirido, de modo que como personas libres permaneciesen bajo el patronazgo de la Iglesia con su peculio y sus descendientes, llevando a cabo los servicios que se les encomendase: Westermann, W. L., “Between Slavery and Freedom”, p. 223.

⁹⁸¹ El tipo de trabajadores se distinguía en función del tipo de tierra a la que estaban adscritos: por un lado, se encuentra la mano de obra servil adscrita a la reserva señorial y, por otro, la que se adscribía a otro grupo de tierras (*massaricium*). Estas últimas se asignaban en usufructo a familias de colonos, esclavos o *servi casati*, quienes debían entregar al señor rentas o censos y realizar trabajos gratuitos en la reserva señorial. Según la extensión del manso y la condición personal del trabajador, se le exigía cierto número de jornadas de trabajo en el *dominicum*. Las corveas (del francés *corvée*) son derechos reales que no variaban con la modificación de la condición jurídico personal del cultivador. Así, existían mansos libres y mansos serviles, que se traducían en servicios diferentes: los libres pagaban solo un censo, los serviles debían realizar determinadas prestaciones laborales forzosamente. Ver: Iradiel Murugarren, P., *Las claves del feudalismo* p. 19.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 7.

⁹⁸³ *Ibid.*, pp. 33 y 34.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 34. En este sentido, en las regiones más tradicionales como Andalucía o el Guadalquivir los señores preferían una mano de obra más estable, barata y experimentada, la de los terrazgueros. La organización social se presenta en un marco señorial, y las relaciones económicas se desarrollan entre hombres libres. Ver: Martín Casares, A., *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*, p. 55.

de control (limitación de la movilidad) en la sociedad germana y en los territorios que ahora corresponden con Polonia o Hungría, aunque se manifiesten de forma diversa.⁹⁸⁵

Dada la heterogeneidad de la institución, Marc Bloch, en su estudio de los siervos medievales, tras preguntarse: “¿qué es en realidad un siervo?”, señalaba que se trata de un “problema delicado sobre el que ni siquiera se pusieron de acuerdo los hombres que vivieron en tiempos en los que había muchos siervos”.⁹⁸⁶ Efectivamente, los rasgos característicos de la servidumbre han variado según las épocas y los lugares.⁹⁸⁷ No obstante, de los territorios en los que existía derecho consuetudinario se pueden extraer algunas conclusiones: en primer lugar, que la naturaleza del vínculo que unía al señor y a sus siervos era muy distinta a la de otras figuras, como el *hôte* (huésped); que tenían unas determinadas incapacidades jurídicas;⁹⁸⁸ ciertas cargas fiscales propias de su condición;⁹⁸⁹ y que se trataba de un estatus hereditario, de forma que las nuevas generaciones de siervos permanecían también enclavadas a la tierra en un estado de *no libertad*.⁹⁹⁰

En general, los siervos tenían una obligación de ayuda hacia su señor –un vínculo de servicio que existía por el hecho de vivir en sus tierras o poseer en ellas bienes raíces–, que se materializaba en obligaciones más específicas, como la de trabajar la tierra o la de contribuir de forma pecuniaria,⁹⁹¹ lo que a su vez tenía un reflejo en la contraprestación que se esperaba del señor feudal en forma de protección. De todo esto se puede extraer que el siervo no estaba tan rigurosamente sometido al poder del amo como un esclavo, y su estatus jurídico era cualitativamente distinto y fundamentalmente ligado a los medios de producción.⁹⁹² En el marco de ciertos límites fijados por la costumbre, que el señor no podía transgredir a menos que abusase de su poder, el siervo era dueño de su persona y propiedad. En principio, podía casarse libremente dentro del grupo de siervos del mismo señor, y tenía acceso a instituciones que estaban vetadas para los esclavos.⁹⁹³

⁹⁸⁵ Westermann, W. L., “Between Slavery and Freedom”, p. 224; Engerman, S.L./Drescher, S./Paquette, R.L., *Slavery*, pp. 55 y ss.

⁹⁸⁶ Bloch, M., *Reyes y Siervos y otros escritos sobre la servidumbre*, p. 38. Sigue diciendo: “¿Nos atreveríamos hoy, siendo más audaces que los funcionarios de los últimos Capetos o de los primeros Valois, a dar una definición de conjunto de las marcas de servidumbre, pasando por encima de las contingencias locales o familiares!” Resulta curioso que, más adelante, la Comisión Temporal sobre esclavitud diría lo mismo en el informe para la adopción de la Convención de Esclavitud de 1926 y que supondría el ADN de la Convención de 1956 sobre servidumbre. Ver: Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, p. 10.

⁹⁸⁷ Para regularlos, no había ni ley ni jurisprudencia común a todo el reino, simplemente la costumbre local y las tradiciones propias de los diferentes grupos de familias serviles: Bloch, M., *Reyes y Siervos y otros escritos sobre la servidumbre*, p. 38.

⁹⁸⁸ Las incapacidades que afectaban al siervo eran de dos clases: eclesiásticas, de derecho privado, lo que afectaba a la transmisión de sucesiones y al matrimonio. *Ibid.*, p. 40.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 39-40.

⁹⁹⁰ Rodrigo, B., *Enciclopedia de la política (Vol I)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012; Iradiel Murugarren, P., *Las claves del feudalismo*, p. 9; Bloch, M., *Slavery and Serfdom in Middle Ages*, p. 64.

⁹⁹¹ Aportando, por ejemplo, lo que se conoce como “las tallas” o el “*chevage*”, que era la carga que había que aportar para hacerse siervo de una abadía, Ver: Bloch, M., *Slavery and Serfdom in the Middle Ages*, pp. 44 y ss.

⁹⁹² Bloch, M., *Slavery and Serfdom in the Middle Ages*, p. 59. A pesar de que según la ley el señor no podía disponer de la vida del siervo, a veces ocurría en la práctica.

⁹⁹³ *Ibid.*, pp. 61-63.

1.3 Fin del feudalismo: ¿desaparición de la servidumbre?

Los historiadores contemporáneos han dedicado una considerable atención al fin de la sociedad feudal y los factores políticos y sociales que llevaron al mundo moderno.⁹⁹⁴ En lo que a este trabajo interesa, hay una cuestión fundamental que debemos abordar: ¿el fin del modo de producción feudal supuso el fin de la servidumbre?

Según Hilton, entre las principales causas de la crisis del feudalismo se encuentra el estancamiento de la productividad durante los últimos siglos de la Edad Media y su incapacidad para soportar el coste creciente del gasto no productivo de las clases dirigentes.⁹⁹⁵ Esto llevó a sucesivas rebeliones sociales, que desorganizaban la producción industrial en las ciudades y fortalecían la resistencia campesina al pago de la renta en el campo.⁹⁹⁶ El aspecto más interesante de las principales rebeliones de la Baja Edad Media es que ya no expresaban simples quejas contra la opresión del gobierno local, sino que estaban convirtiéndose en la expresión de una revuelta contra el modo en que se organizaba la sociedad.⁹⁹⁷

Sin embargo, el fin del sistema de producción feudal no nos puede llevar a afirmar que desapareciera la institución de la servidumbre. Al igual que ocurrió con la esclavitud durante la Edad Media, se siguieron reproduciendo otros sistemas de dependencia personal y de vinculación a los medios de producción en otras partes del mundo, aunque no fuese como modo de producción principal.⁹⁹⁸ Por poner un ejemplo en el contexto europeo, la conquista de América no solo reavivó la esclavitud en una de sus vertientes más crueles, sino que también permitió implantar sistemas parecidos a la servidumbre feudal: las encomiendas.

⁹⁹⁴ Entre otros: Hilton, R. H., *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*, Crítica, Barcelona, 1988; Dobb, M. E., *Studies in the Development of Capitalism*, Routledge, Londres, 1946; Perroy, E., “A l'origine d'une économie contractée: les crises du XIV e siècle”, en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, Vol. 4, No. 2, 1949. p. 167-182; Sweezy, P., Dobb, M.E., “The transition from feudalism to capitalism”, *Science and Society*, 1950, pp. 134-167. Además, las condiciones materiales que provocaron el cambio de régimen han sido objeto de estudio por parte de la sociología, especialmente de influencia marxista.

⁹⁹⁵ Hilton esboza las razones de la crisis del feudalismo, aunque reconoce que “resultan evidentemente incompletas”. Para Hilton, el estancamiento de la productividad fue consecuencia de la incapacidad de la economía feudal de generar inversiones para la mejora técnica, que a su vez hizo imposible el crecimiento demográfico que se había producido en los siglos XII y XIII. Además, la sucesión de hambres y pestes en Europa desde comienzos del siglo XIV da la impresión de que la pobreza provocó un debilitamiento de la resistencia de la población ante la enfermedad. De esta forma la caída de la población europea en los siglos XIV y XV con relación al colapso económico es tanto causa como efecto. Ver: Hilton, R. H., *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*, pp. 162-163.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 158; Dóckes, P., *La liberación medieval*, p. 239.

⁹⁹⁷ El pobre no solo tenía que soportar el peso de los impuestos, sino también la desorganización de la economía en las zonas de guerra, de forma que se veía empujado así a la rebelión, Hilton, R. H., *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*, p. 157.

⁹⁹⁸ Han existido sistemas de dependencia personal en diferentes partes del mundo: India, China, Japón, etc. Cada sistema tiene sus caracteres sociales y culturales, y escapa del ámbito de este trabajo analizar todos ellos.

1.4 Repartimiento y encomienda en las Américas

Poco después de la llegada de los españoles a las Indias, se implantó un sistema laboral obligatorio mediante la imposición de tributos y figuras como el “repartimiento”, por el que se obligaba a los aborígenes a cultivar a cambio de una paga mínima.⁹⁹⁹ En un primer momento no tenía base jurídica, pero pronto fue legalizada y autorizada la compulsión del aborigen al trabajo a cambio de un salario.¹⁰⁰⁰

Aunque estos repartimientos tenían carácter temporal, Esteban Mira nos indica que en la práctica se aceptaba incluso que los sucesores heredasen, aunque siempre bajo expresa confirmación real.¹⁰⁰¹ Con la evolución de la institución pasó a denominarse “encomienda”, con la idea básica intacta: el encomendero tenía a su disposición un grupo de indígenas que debían pagarle tributos y servirle. En general, constituyó un instrumento muy eficaz para consolidar el dominio del territorio, porque encuadraba y organizaba a la población indígena como mano de obra forzada.¹⁰⁰²

En este sistema los abusos eran constantes y en muchas ocasiones se trataba de situaciones de esclavitud encubiertas,¹⁰⁰³ por lo que las Leyes Nuevas de 1542 impidieron que se creasen nuevas encomiendas y que las existentes se extinguiesen con el fallecimiento del encomendero. Se mejoraron las condiciones legales, pero en la práctica persistieron las situaciones de explotación.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁹ Según Mira Caballos, la primera constancia sobre estos repartimientos se tiene en 1496, aunque se desconoce la mayoría de detalles al respecto, puesto que no se tiene constancia del número de indios que se repartió, ni a qué españoles ni por cuánto tiempo. Ver: Mira Caballos, E., *El Indio Antillano: repartimiento, encomienda y esclavitud (1492-1542)*, Muñoz Moya editor, Sevilla, 1997, pp. 96-97.

¹⁰⁰⁰ La Real Provisión de 20 de diciembre de 1503 decía lo siguiente: “En adelante, compelaís e apremieís a los dichos indios, que traten y conversen con los cristianos de dicha isla, y trabajen en sus edificios, y coger y sacar oro y otros metales, y en hacer granjerías y mantenimientos para los cristianos vecinos y moradores de la dicha Isla; y hagáis pagar cada uno el día que trabajare el jornal y mantenimiento que según la calidad de la tierra y de la persona y del oficio... vos pareciere... Cada cacique acuda con el número de indios que vos les señaláredes a la persona o personas que vos nombráredes, para que trabajen en lo que las tales personas le mandaren, pagándoles el jornal que vos fuere trasado; lo cual hagan y cumplan como personas libres, como lo son, y no como siervos; y haced que sean bien tratados los dichos indios”. Citado en Zavala, S., “La encomienda indiana”, p. 4. Verlinden apunta a que los primeros repartimientos se hicieron sin ningún control por parte del Estado: Verlinden, C, “L’etat et l’administration des communautés indigènes dans l’empire espagnol d’amerique: Quelques réflexions”, *Anuario de Estudios Hispanoamericanos*, No. 34, 1977, pp. 695-705.

¹⁰⁰¹ Mira Caballos, E., *El Indio Antillano: repartimiento, encomienda y esclavitud (1492-1542)*, p. 104.

¹⁰⁰² Zavala, S., “La encomienda indiana”, p. 139. En la práctica, pocas personas concentraron casi una tercera parte de los indios encomendados directamente por el rey. Además, más del 60% de las encomiendas concedidas superaron los 200 indios, quedando bien patente el afán del Rey tanto por privilegiar a algunos cortesanos como por establecer una élite propietaria. Ver: Mira Caballos, E., *El Indio Antillano: repartimiento, encomienda y esclavitud (1492-1542)*, p. 121, en unas conclusiones extraídas de la gráfica que muestra las encomiendas otorgadas por el rey en el periodo 1509-1513.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, pp. 26 y ss. La precaria situación lleva a la colonia de la Española al borde de la insurrección.

¹⁰⁰⁴ Anteriormente, en el año 1512, tras las denuncias de Montesinos sobre las primeras encomiendas, se promulgaron las Leyes de Burgos, que intentaron regular la institución y establecieron garantías para los indios, ordenando que debían recibir un trato justo, una retribución equitativa y que el encomendero tenía que cumplir la obligación de evangelizarlos. Ver: Ver: Martín Casares, M., *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, p. 314, y análisis *supra*.

1.5 Otras dinámicas serviles

Enumerar y describir las dinámicas serviles que han tenido lugar en las distintas regiones del mundo excede los límites de este trabajo. No obstante, sin ánimo de ser exhaustivos, un ejemplo representativo por su magnitud es el de sistema de servidumbre por deudas de la India, mantenido y potenciado durante la administración colonial británica.¹⁰⁰⁵ En muchos casos, la situación se agravó por la abolición legal de la esclavitud en las colonias europeas, que originó sistemas de trabajo forzoso muy semejantes a la servidumbre por deudas con la creación de una especie de “contratos de servidumbre” (*indentured labour* o *indentured servitude*).¹⁰⁰⁶

Así, la Ley de Emancipación aprobada por el parlamento británico en 1833, liberó miles esclavos en las colonias británicas,¹⁰⁰⁷ lo que ocasionó una inmediata crisis en las plantaciones de azúcar que eran clave para la política económica imperial.¹⁰⁰⁸ Inicialmente, los propietarios de las plantaciones se aseguraron el trabajo de los antiguos esclavos durante cierto tiempo mediante los regímenes de transición impuestos,¹⁰⁰⁹ pero la creciente falta de fuerza de trabajo comenzó a afectar a la producción. La solución del Imperio Británico para garantizar mano de obra barata y abundante fue la de emplear los mismos esquemas que habían funcionado anteriormente en otras regiones, como Islas Mauricio: la introducción sistemática de “siervos” indios en sus colonias en América, África y el Pacífico Sur.¹⁰¹⁰

Como resalta Mary Bilder, aunque este tipo de forma de trabajo haya pasado desapercibida entre los historiadores, los contratos de servidumbre o de *indentured servitude* fue-

¹⁰⁰⁵ Ver especialmente: Prakash, G., *Bonded histories: Genealogies of labor servitude in colonial India*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. En India también se introdujo la modalidad de “*indentured labour*” en distintas plantaciones dentro de la región: Gupta, R. D., “Structure of the Labour Market in Colonial India”, *Economic and Political Weekly*, 1981, pp. 1781-1806; y de este mismo autor, también: “From Peasants and Tribesmen to Plantation Workers: Colonial Capitalism, Reproduction of Labour Power and Proletarianisation in North East India, 1850s to 1947”, *Economic and Political Weekly*, Vol. 21, 1986, pp. 2-10.

¹⁰⁰⁶ En español no hay una traducción específica de este término –o al menos, no se ha encontrado–. Los textos especializados se refieren a “*indentured servitude*” “*indentured servants*” o “*indentured labour*”. Ver especialmente: Tinker, H., *A New System of Slavery: The Export of Indian Labour Overseas 1830-1920*, Oxford University Press, Londres, 1974; Gaiutra, B., *Coolie Woman: The Odyssey of Indenture*, The University of Chicago, Chicago, 2014; Gemery, H., “A. Markets for migrants: English indentured servitude and emigration in the seventeenth and eighteenth centuries”, en *Colonialism and Migration; Indentured Labour Before and After Slavery*, Emmer, P. C. (ed.), Springer, Dordrecht, 1986, pp. 33-54.

¹⁰⁰⁷ Blackburn, R., *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, p. 423.

¹⁰⁰⁸ Mintz, S. W., *Sweetness and Power. The Place of Sugar in Modern History*, Viking, Nueva York, 1986, p. 36.

¹⁰⁰⁹ Tinker, H., *A New System of Slavery: The Export of Indian Labour Overseas 1830-1920*, pp. 1-19, especialmente p. 16.

¹⁰¹⁰ Según las estimaciones, entre 1834 y 1937 treinta millones de indios abandonaron la India como consecuencia de la división mundial del trabajo, y solo 24 millones volvieron. Ver: Kingsley, D., *The population of India and Pakistan*, Princeton University Press, Princeton, 1951, pp. 99 y ss. Inglaterra no fue la única potencia que recurrió a este sistema de trabajo no libre. También Francia y Portugal, grandes comerciantes de esclavos, jugaron un importante papel: Quirk, J., “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, p. 592.

ron muy relevantes durante el periodo colonial sin tener el alcance del comercio transatlántico de esclavos.¹⁰¹¹ Los siervos estaban vinculados a un contrato de trabajo durante un tiempo predeterminado, para lo que eran transportados largas distancias. Inicialmente se trataba de una forma de trabajo no regulada, pero a partir de 1837 se fijó por el gobierno británico un marco administrativo con ciertas condiciones.¹⁰¹²

Tanto en la normativa como en la práctica se aseguró que este esquema de trabajo no compartiera los caracteres del “trabajo libre”, a pesar de que estaba basado en un contrato.¹⁰¹³ De este modo, se estableció una regulación que asegurara la vinculación de los siervos a un determinado empleador y a una residencia, sin capacidad jurídica de poder cambiar, con sanciones penales por incumplimiento de las condiciones –que no podían negociar–.¹⁰¹⁴ Además, en la práctica se establecieron sistemas de control formal e informal en las plantaciones para confinar a los siervos en las mismas y reducir las alternativas posibles a la terminación del contrato.¹⁰¹⁵ Migrantes de África, el Asia Occidental, Oceanía y el subcontinente Indio tuvieron un papel predominante en este tráfico internacional que afectó a millones de personas en el mundo.¹⁰¹⁶ En definitiva, en el periodo post-emancipación tras la abolición de la esclavitud, en las colonias se implantaron sistemas muy semejantes a los anteriormente existentes, en algunas ocasiones utilizando instituciones feudales como las corveas francesas en Mauritania.¹⁰¹⁷

Por otro lado, además de este tipo de prácticas generalizadas, han existido otras instituciones “serviles” que han variado de país a país. El Comité de Expertos que examinó en 1950 la cuestión de la servidumbre identificó diversas instituciones y prácticas de este

¹⁰¹¹ A pesar de los intentos de algunos autores de equiparar esta figura, denominándola “esclavitud blanca”. Hoffman, M. A., *They Were White and they Were Slaves: the untold history of the enslavement of whites in early America*, Wiswell Ruffin House, 1991, p. 65. Citado en: Bilder, M. S., “The Struggle over Immigration: Indentured Servants, Slaves, and Articles of Commerce”, *Missouri Law Review*, Vol. 61, No. 4, 1996, pp. 11 y ss. Bilder afirma que el surgimiento de un derecho de migraciones se debe a este sistema de *indentured servants*.

¹⁰¹² Ver: Northrup, D., *Indentured Labor in the Age of Imperialism, 1834-1922*, Cambridge University Press, 1995, pp. 25 y ss.; Tinker, H., *A New System of Slavery: the Export of Indian Labor Overseas 1830-1920*; Steinfeld, R. J., *The invention of free labor: the employment relation in English and American law and culture, 1350-1870*, UNC Press Books, 1991, pp. 17-22. Dentro de este concepto, no obstante, se agrupaban diferentes categorías que estaban más o menos vinculadas a los medios de producción. Así, según Steinfeld, el término “indentured servant” englobaba indios, aprendices, deudores, convictos, y aquellos extranjeros que entraban en el país como “siervos”. Además, el significado de este concepto varió durante los siglos XVIII y XIX en Inglaterra y en las colonias, y acabó incluyendo cualquier persona que se encontrase bajo la supervisión de otra, es decir, cualquier asalariado que viviese con el amo durante un periodo de varios años: Steinfeld, R. J., *The invention of free labor: the employment relation in English and American law and culture, 1350-1870*, pp. 126-129

¹⁰¹³ Mahmud, T., “Cheaper than a Slave: Indentured Labor, Colonialism, and Capitalism”, *Whittier Law Review*, Vol. 34, 2013, pp. 234-235

¹⁰¹⁴ Sobre las específicas condiciones de estos siervos, ver: Tinker, H., *A New System of Slavery: the Export of Indian Labor Overseas 1830-1920*, pp. 177-202.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 282

¹⁰¹⁶ Quirk, J., “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, p. 592.

¹⁰¹⁷ Croucher, R./Houssart, M./Michel, D., “The Mauritian Truth and Justice Commission: Legitimacy, Political Negotiation and the Consequences of Slavery”, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, 2017, pp. 326 y ss. La utilización de estos sistemas de *indentured servants* está bien documentada en Mauritania: Allen, R. B., *Slaves, Freedmen, and Indentured Labourers in Mauritius*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

tipo, como por ejemplo: los “anticipos”, “batai”, “begar”, “boxadi”, “casigallu”, “chakran”, “compañía”, “colonato”, “concertaje”, “faena”, “frida”, “gabar”, “ghatawali”, “goti”, “habilitaciones”, “kamiauti”, “kivi”, “levirate”, “marichittu”, “mui-tsai”, “peinu”, “ponguaeje”, “prestation”, “repartimento”, “seringales”, “varam”, “yanaconazgo” y “ya-t’ou”.¹⁰¹⁸ Todas estas instituciones no se han presentado de forma uniforme, ni siquiera dentro de los propios países, y han variado en función del momento histórico.

En definitiva, se trata de modalidades de “trabajo no-libre”, con diferentes grados de sujeción, que han coexistido con el trabajo libre. No obstante, a pesar de que el análisis de la historia de la institución de la servidumbre nos revela sus manifestaciones cambiantes, no deja de ser la historia de una noción colectiva de privación de libertad personal y vinculación al trabajo.

2. La definición de servidumbre en el Derecho internacional

A continuación, vamos a realizar la misma operación que efectuamos con la esclavitud y a determinar si existe un consenso sobre cuál es la definición de servidumbre en vigor en el Derecho internacional.

2.1 La servidumbre en la Sociedad de Naciones

En 1924 la Comisión Temporal sobre la Esclavitud examinó la cuestión de la esclavitud y otras formas de explotación, entre ellas la servidumbre.¹⁰¹⁹ Al someter el informe al Consejo de la Sociedad de Naciones, la Comisión Temporal manifestó que era conveniente incluirlas en la Convención sobre la esclavitud,¹⁰²⁰ sugerencia que no fue aceptada por los Estados que se ciñeron a la prohibición de la esclavitud y excluyeron el resto de prácticas.¹⁰²¹

Sobre la distinción de esclavitud y servidumbre, la propia Comisión Temporal reconocía que se trataban de figuras diferentes y que originaban diferencias de estatus,¹⁰²² y destacaba la dificultad de definir exactamente la servidumbre:

¹⁰¹⁸ Anexo II del informe: ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988; y ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, E/2357, p. 32

¹⁰¹⁹ Dentro del informe de 1925, se incluyen: “las prácticas restrictivas de la libertad de las personas”, que contemplan: a) adquisición de niñas mediante compra disimulada mediante el pago de una dote; b) Explotación de niños disimulada mediante la adopción de niños; c) el empeño de una tercera persona por una deuda (darla en garantía); d) empeñarse a uno mismo (darse en garantía). El informe también se refiere a la servidumbre de la gleba. Ver: Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, pp. 8-11.

¹⁰²⁰ La Comisión entendía “que incluso cuando dichas prácticas [servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonio forzoso y explotación infantil] no entraban en la definición del artículo 1, [...] debían ser combatidas” Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Slavery Convention: Report presented to the Assembly by the Sixth Committee*, A.104.1926.VI, VI.B.Slavery.1926, VI, B.5, 24 Septiembre 1926, pp. 1-2.

¹⁰²¹ Ver: Allain, J., “The Definition of Slavery in International Law”, *Howard Law Journal*, Vol. 52, 2009, pp 245-251.

¹⁰²² La Comisión expone diferentes ejemplos: así, en las colonias francesas del África Tropical, el siervo tiene una posición sustancialmente diferente a la del esclavo, puesto que no puede ser vendido ni cedido.

puede significar la más abyecta servidumbre o una obligación de servicio comparable a la que debe el campesino al señor en el sistema feudal antiguamente extendido en Europa; puede darle al amo o al propietario poderes sobre la vida y la muerte del esclavo o simplemente ciertos privilegios consuetudinarios [...]. Está claro que la institución generalmente conocida como esclavitud doméstica o servidumbre, tal y como se encuentra en las diferentes regiones, está actualmente insuficientemente comprendida, y un análisis más detallado podría revelar que en ocasiones es más un tipo de organización social que una forma de esclavitud.¹⁰²³

La discutida cuestión del concepto de servidumbre volvió a tratarse en el Comité Consultivo de Esclavitud, nombrado por la Sociedad de Naciones con objetivo de examinar la información de los Estados e identificar los principales obstáculos para la erradicación de la esclavitud.¹⁰²⁴ En el informe de 1936, tras reiterar la importancia de distinguir entre esclavitud y otras formas de explotación, rezaba que:

[...] es preciso darse cuenta que el estatus de servidumbre es una condición “análoga a la esclavitud” más que una condición de verdadera esclavitud, y que la cuestión de si equivale a la “esclavitud” en el sentido de la definición de la Convención de 1926 dependerá de los hechos conectados con cada uno de los sistemas de servidumbre.¹⁰²⁵

El Comité fue incluso aún más explícito en relación con la servidumbre por deudas:

[...] las condiciones en las que vive el esclavo de la deuda son a menudo de una naturaleza en la que el reembolso es imposible, y el deudor está, por tanto, vinculado de por vida. Incluso peor que esto, puede suceder que en algunos sistemas haya casos en los que la deuda sea ‘hereditaria’ y que, después de la muerte del deudor, se transmita a sus hijos y a los hijos de sus hijos. Quizás, uno deba darse cuenta claramente que este sistema –cualquiera que sea la forma que tome en los distintos países– no es ‘esclavitud’ en el sentido de la definición establecida en el artículo 1 de la Convención de 1926, a menos que se ejercite alguno o todos los atributos del derecho de propiedad.¹⁰²⁶

De estas consideraciones puede extraerse: primero, que la esclavitud y la servidumbre son dos instituciones de diferente gravedad, y segundo, que engloba situaciones muy dispares que requieren un estudio más profundo para fijar sus caracteres esenciales.

2.2 La definición de servidumbre en la era de Naciones Unidas

El fin de la II Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas supone un impulso para la erradicación internacional de distintas prácticas de explotación como el trabajo forzoso, la trata de personas y la servidumbre. A partir de los años 50 hubo que hacer frente a nuevos problemas graves a causa de la imposición de trabajo forzoso a millones

Señala también, por ejemplo, que en diferentes lenguas existe una distinción entre “siervos” y “esclavos”. Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, p. 10

¹⁰²³ Ibid., p. 10.

¹⁰²⁴ Sobre el Comité de Expertos, ver en general: Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century: the evolution of a global problem*, pp. 197 y ss.

¹⁰²⁵ Sociedad de Naciones, Comité Consultivo, *Report of the Committee of Expert son Slavery, Third Session*, C.189(I).M.145.1936, VI, 13-14, 1936, p. 27.

¹⁰²⁶ Ibid., pp. 24-25

de personas confinadas en campos de trabajo por motivos políticos o ideológicos. Por otro lado, las reformas de redistribución agraria y de arrendamiento de la tierra que se emprendieron en muchos países de Asia y de América Latina se aprovecharon para dar un nuevo impulso a los esfuerzos para erradicar los sistemas laborales de servidumbre, vestigios del “feudalismo agrario” extendido en los países en vías de desarrollo en aquel momento.¹⁰²⁷ A partir de este momento comienza a consolidarse el régimen internacional contra la servidumbre.

2.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

En la DUDH de 1948 se prohíbe la servidumbre bajo la rúbrica “nadie estará sometido a esclavitud o a servidumbre” (artículo 8). La inclusión de la servidumbre tiene un gran valor simbólico porque establece un marco consensuado sobre los Derechos humanos mínimos que todos los Estados deben respetar.¹⁰²⁸

El primer borrador de la Declaración no contenía la prohibición de servidumbre, sino que se refería únicamente a la esclavitud y a la justificación de los trabajos forzados en algunos casos, referencia que sería posteriormente eliminada.¹⁰²⁹ Más adelante, algunos Estados solicitaron la inclusión de la “servidumbre involuntaria” en la definición,¹⁰³⁰ aunque finalmente se eliminó el término “involuntario” para evitar que pudiera suponer una “cláusula de escape para los propietarios de esclavos, de forma que puedan evadir la aplicación de la Declaración diciendo que los esclavos habían entrado en servidumbre voluntariamente”.¹⁰³¹

2.2.2 Convención Suplementaria de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

El Comité Especial sobre la Esclavitud trató de describir las distintas formas de servidumbre según sus características sin ánimo exhaustivo, puesto que reconocía que “es dudoso que esas definiciones abarquen todos los tipos de condición servil, cuya abolición debieran procurar las Naciones Unidas”. Además, el Comité, “al tratar de definir esas formas de servidumbre, se descubre que reina una gran confusión, porque en las distintas regiones del mundo e incluso de país a país a país, se aplican diferentes nombres a esas

¹⁰²⁷ ONU/OIT, *Informe del Comité Especial del Trabajo Forzoso*, 16º Periodo de Sesiones del Comité Económico y Social, Suplemento No. 13, E/2431, 1953, Andrees, B./Belsler, P., *Trabajo forzoso: coerción y explotación en el mercado laboral* (Fernández Farhall, P.), Plaza y Valdés, Madrid, 2010, p. 317,

¹⁰²⁸ Sobre el valor de la DUDH, ver Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights Law and Practice*, pp. 61 y ss. No solo tiene valor simbólico, puesto que también refleja muchas normas de derecho consuetudinario ya formado, o ayudó a cristalizar otras.

¹⁰²⁹ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Drafting Committee, Draft Outline of an International Bill of Rights*, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3, 4 de junio de 1947, p. 4

¹⁰³⁰ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *India and UK: Proposed Amedments to the Draft International Declaration on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/99, 24 mayo 1948, p. 2.

¹⁰³¹ ONU, ECOSOC, *Draft International Declaration of Human Rights, 109th Meeting*, A/C.3/SR.105, 21 de octubre de 1948, p. 216.

prácticas”.¹⁰³² Finalmente, el Comité se decanta por describir cuatro formas de servidumbre que recomendaba que se incluyeran en una convención suplementaria a la de 1926:¹⁰³³

- (a) “La práctica de servidumbre por deudas, que es la situación o condición originada cuando un deudor se compromete a prestar sus servicios personales o los de una tercera persona dependiente de él, si esos servicios no cuentan para el pago de la deuda, o son indefinidos en lo que respecta a su naturaleza y tiempo de prestación, u obligan a dicha persona a someterse a condiciones que no le permiten ejercer los derechos que normalmente disfrutaban los demás individuos con arreglo a las costumbres sociales locales;
- (b) La condición jurídica de siervo, y la práctica en virtud de la cual un individuo queda adscrito por la ley (inclusive el derecho consuetudinario, costumbre o acuerdo) a las tierras de cultivo o pastoreo, y no puede modificar su condición ni disponer libremente del producto de su trabajo, tenga o no que efectuar sin compensación trabajos para el terrateniente [servidumbre de la gleba];
- (c) La práctica por la cual un individuo o grupo de individuos que, estando obligados por derecho consuetudinario o por normas jurídicas de otro tipo a prestar servicios para otro individuo o para la colectividad, con remuneración monetaria o sin ella, no puede cesar en esos servicios por decisión propia;
- (d) La práctica por la cual se entrega una mujer en matrimonio, sin que la interesada pueda negarse a ello, mediante precio y bajo condiciones que dan al marido, a su clan o a su familia, el derecho de disponer de ella y de sus hijos, y permiten su explotación en provecho de otros;
- (e) La práctica por la que los padres o guardianes transfieren un niño a una tercera persona, mediante pago o bajo condiciones que permiten la explotación del niño, sin preocuparse de su bienestar.”¹⁰³⁴

Estas recomendaciones fueron informadas positivamente por el Secretario General en un informe de 1953,¹⁰³⁵ donde indicaba expresamente que todas estas instituciones, “se las designe o no con la palabra esclavitud”, entrarán dentro del ámbito de la definición de la Convención de 1926 si, según se declara en el artículo 1, se ejercitan las facultades vinculadas al derecho de propiedad o algunas de ellas.¹⁰³⁶ Esto significa que cualquiera

¹⁰³² ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, párr. 13.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 19; ONU, ECOSOC, *Summary Record of the 27th Meeting of the Ad Hoc Committee*, E/AC.33/SR.27, 21 de marzo de 1950, p. 5; ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, E/2357, pp. 3-7

¹⁰³⁴ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, Recomendación B. 1. I.

¹⁰³⁵ Informe solicitado por el ECOSOC en su Resolución de 10 de septiembre de 1951, Res 388 (XIII), en la que le pide que les indique “las medidas más adecuadas que las Naciones Unidas y los organismos especializados pueden adoptar para lograr la eliminación de la esclavitud, de la trata de esclavos y de las formas de servidumbre que, por sus efectos, se asemejan a la esclavitud”.

¹⁰³⁶ ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, E/2357, p. 30.

de las prácticas serviles que alcancen el umbral de la esclavitud quedarán incluidas dentro de la prohibición de “esclavitud en todas sus formas”.¹⁰³⁷

Tomando en consideración estos informes, el ECOSOC sometió a consulta de los Estados la necesidad de un nuevo tratado,¹⁰³⁸ tras lo cual se presentó el borrador de una “Convención Suplementaria de Servidumbre”, que constituyó la base para las negociaciones de lo que finalmente sería Convención Suplementaria de 1956.¹⁰³⁹ La fórmula acordada para combatir los distintos tipos de servidumbre fue la de “lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono” (postura gradualista), en contra de las posiciones que pretendían que la Convención las aboliese inmediatamente.¹⁰⁴⁰

Como Jean Allain argumenta de forma convincente, el cambio de nomenclatura de “servidumbre” a “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” se debió precisamente a que los Estados no estaban dispuestos a obligarse a la abolición sin ambages de la servidumbre. Recordemos que la DUDH era de 1948, es decir, anterior a la Convención de 1956, y prohibía de forma absoluta y sin excepciones la servidumbre en su artículo 8, que rezaba: “nadie estará sometido a esclavitud o a servidumbre”. Por tanto, si posteriormente se utilizaban la fórmula “progresivamente y a la mayor brevedad posible” para la abolición de la servidumbre, significaría que los Estados estaban dando un paso atrás en el compromiso adquirido en la DUDH. Para evitar esto, prefirieron eliminar el término “servidumbre” de la Convención Suplementaria de 1956 y sustituirlo por “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, sobre el que no había una prohibición expresa en ningún tratado o Declaración.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁷ De hecho, indica: “[...] en general, esas instituciones o prácticas quedan comprendidas en los términos del inciso b) del artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Esclavitud de 1926, interpretado a la luz de la definición de esclavitud contenida en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención. Las únicas excepciones posibles son algunas de las instituciones o prácticas descritas en los apartados b) y c)”. *Ibid.*, p. 32.

¹⁰³⁸ ECOSOC, Resolución 475 (XV), de 27 abril 1953.

¹⁰³⁹ OIT, *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, 89ª Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión, OIT, Ginebra, 2001, p. 11: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9223119480_es.pdf [último acceso: 22/02/2020]; Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, p. 305.

¹⁰⁴⁰ Los argumentos de las posiciones gradualistas, defendidas principalmente por Reino Unido, Holanda y Australia, se basaban en que la abolición repentina de prácticas tan arraigadas en los países podría perjudicar su estabilidad económica y social, especialmente en aquellos Estados donde las prácticas esclavistas formaban parte integral de la estructura social. Ver especialmente el comentario de la delegación de Reino Unido en: ONU, ECOSOC, *UN Conference of Plenipotentiary, Summary Record of the 4th Meeting*, E/CONF.24/SR.4, 1956, pp. 5-6. Estos argumentos fueron cuestionados por otros Estados, que pusieron de manifiesto acertadamente que las posiciones gradualistas normalmente ocultaban una intención de retrasar el progreso. *Ibid.*, pp. 9-10

¹⁰⁴¹ Por esta razón, cuando el representante de la Unión Soviética propuso que se reemplazara el término “servidumbre” por “instituciones y prácticas similares a la esclavitud”, dicha enmienda fue aceptada y eliminado el término servidumbre del resto del borrador. Al respecto, ver: Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 305 y ss., especialmente p. 306. El vínculo entre la Convención Suplementaria y la DUDH –y los pactos que emanaron del a DUDH, es decir, el PIDCP y PIDESC– fue esbozado por el representante de Egipto, que indicó que “las prácticas cubiertas por la Convención fueron condenadas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 4 requiere la prohibición

A pesar de esto, la Convención se refiere al “estado servil” (artículo 6) y a “persona en condición servil” (artículo 7), y se enumeran una serie de prácticas que habían sido previamente catalogadas como servidumbre. Todas estas razones nos llevan a afirmar que el tratado que se refiere principalmente a la servidumbre en el Derecho internacional es la Convención de 1956, a pesar de que no la mencione expresamente.

Tras haber aclarado esta cuestión, conviene detenerse en la estructura de la Convención de 1956 que no define la servidumbre o las “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”. Por el contrario, enumera y describe cuatro tipos de instituciones y prácticas análogas a la esclavitud –que siempre van a implicar trabajos forzados,¹⁰⁴² y en el artículo 7 se indica que una persona colocada en la condición o estado que resulte de alguna de ellas es una “persona de condición servil”. Las prácticas enumeradas en el artículo 1 son las siguientes:

A) Servidumbre por deudas

La servidumbre por deudas se define en el artículo 1, apartado a):

El estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

Este tipo de servidumbre había sido analizada tanto por la Comisión Temporal en el marco de la Sociedad de Naciones como por el Comité Especial dentro de las Naciones Unidas. La Comisión Temporal, preocupada ante todo por que la deuda condujera a la persona a una situación de esclavitud, se limitó a recomendar a los Estados que legislaran

de la esclavitud y la servidumbre”. ONU, ECOSOC, *UN Conference of Plenipotentiary, Summary Record of the 4th Meeting*, pp. 10-11.

¹⁰⁴² Esta idea de gradación la encontramos en las sentencias del TEDH, especialmente a partir de *CN y V c. Francia*, donde indica que la servidumbre es una “forma agravada de trabajo forzoso”. La OIT va más allá e incluye la servidumbre como una de las modalidades del trabajo forzoso en: OIT, *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, pp. 2, 4-5, 34 y *passim*. Más recientemente, en un documento de la 20ª Conferencia Internacional de Estadísticos del trabajo de 2018 donde se definían las directrices relativas a la medición del trabajo forzoso, se incluye la servidumbre como una de las formas de trabajo forzoso en los siguientes términos: “el término trabajo en régimen de servidumbre es una forma de trabajo forzoso en la cual el trabajo o la actividad se asocian con: i) un préstamo o pago anticipado o cuotas excesivas de reclutadores y/o empleadores al trabajador o a un miembro de su familia; ii) una sanción financiera, en el sentido de que los términos de reembolso no se especifican en el inicio de la relación o constituyen una infracción a leyes y reglamentos con respecto al monto del interés u otras condiciones de reembolso, o bien el trabajo o la actividad están mal pagos (con respecto a las normas jurídicas o el mercado de trabajo); y iii) alguna forma de coacción hasta que un trabajador o un familiar suyo hayan reembolsado el préstamo o pago anticipado”. OIT, *Directrices relativas a la medición del trabajo forzoso*, 20.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, CIET/20/2018/Directrices, 2018, p. 5: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/meetingdocument/wcms_648805.pdf [último acceso: 22/01/2020]. Aunque se considera una forma de trabajo forzoso, la OIT diferencia el trabajo forzoso de la servidumbre de la Convención de 1956, incluyéndolo como “otras figuras relacionadas” con el trabajo forzoso. En la introducción del informe de la OIT, *Global Estimates on Global Slavery: forced labour and forced marriage*, se diferencian los distintos conceptos en la introducción.

sobre las condiciones que debían tener los compromisos de deuda.¹⁰⁴³ Más adelante, el Comité Especial enumeró las condiciones que debían cumplirse para que constituyera una práctica análoga a la esclavitud,¹⁰⁴⁴ que fueron las que se introdujeron en la Convención de 1956: una relación es considerada de servidumbre si los servicios prestados no se aplican al pago de la deuda y si no está delimitada la naturaleza y duración de los mismos.

Algunos Convenios de la OIT establecen medidas de prevención de este tipo de situaciones mediante restricciones para proteger a los trabajadores, por ejemplo, evitando los pagos de salario en formas que favorezcan el endeudamiento. Así, en el Convenio No. 117 se potencia el pago con moneda de curso legal y de forma regular, a intervalos no excesivamente amplios. También dispone que la autoridad competente debe garantizar el cálculo exacto del valor en efectivo de las retribuciones en especie.¹⁰⁴⁵ Esto no ha impedido que la servidumbre por deudas continúe estando presente, en ocasiones de forma sistémica.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, p. 9.

¹⁰⁴⁴ a) Los servicios prestados por el deudor o peón no cuentan para el pago de la deuda; b) Naturaleza o extensión de los servicios que debe realizar el deudor o peón no están definidos; c) El deudor o peón está sometido a unas condiciones que no le permiten ejercitar los derechos que disfrutaban los individuos normalmente en la estructura de las costumbres sociales locales. Ver: ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, p. 8.

¹⁰⁴⁵ Convenio No. 117 sobre política social (normas y objetivos básicos), adoptado en Ginebra, 46ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 22 junio de 1962. Especialmente los de artículos 10 al 13. Rojo Torrecilla describe los instrumentos de la OIT que pueden tener incidencia en la servidumbre por deudas como modalidad de trabajo forzoso: Rojo Torrecilla, E., “Nueva esclavitud y trabajo forzoso. Un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 739-750.

¹⁰⁴⁶ A pesar de los esfuerzos de la OIT y de otros organismos internacionales, en la actualidad existen casos generalizados de servidumbre por deudas: Ver: OIT, *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, pp. 34-47. Está bien documentada la situación extendida de servidumbre por deudas en la región bolivariana y paraguaya del Chaco, que suelen denominarse “comunidades cautivas”, puesto que mediante “empatronamiento” se mantiene el cautiverio de las familias guaraníes en las haciendas a través de deudas fraudulentas –enganche–. Normalmente, el patrón tiene el monopolio de la venta de bienes básicos, lo que le permite ponerlo a precios exageradamente altos. A estas comunidades no les queda más remedio que endeudarse, y dentro de este sistema cerrado de las haciendas, las deudas pueden prolongarse por generaciones. Al respecto, ver: OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 2009; Bedoya, E./Bedoya, A., *Enganche y Servidumbre por deudas en Bolivia*, Organización Internacional del Trabajo, Declaration/WP/41/2004, Ginebra, 2005, p. 51. Otros ejemplos de servidumbre por deudas los vemos en el “enganche” de trabajadores para la cosecha de azúcar en Santa Cruz, donde los enganchadores –que son pagados por los contratistas, y éstos a su vez por los grandes empresarios propietarios de las plantaciones– reclutan agricultores en la época de recogida del azúcar. Estos trabajadores quedan endeudados en los campamentos de las plantaciones azucareras, puesto que deben pagar su estancia y los bienes que consumen a precios desorbitados, que superan con creces lo que ganan con su trabajo. De esta forma, el zafrero o trabajador, queda comprometido con un enganchador, lo que suele ser la fase inicial de un ciclo vicioso de futuras deudas: *Ibid.*, pp. 10 y ss. Este es el mismo mecanismo que se sigue con la industria del carbón vegetal en el Amazonas brasileño donde son los *gatos* quienes reclutan a los trabajadores y los mantienen trabajando sin salario o con un salario ínfimo en las baterías, debido a una deuda fraudulenta, que lejos de disminuir, aumenta cada vez más: Bales, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, pp. 131 y ss. Otro ejemplo de servidumbre por deudas lo encontramos en la extracción de la castaña en el norte amazónico boliviano que se mantiene por una sistemática infravaloración del trabajo de los cosechadores e inflación de los precios de los bienes básicos. De este modo, los trabajadores terminan la cosecha endeudados y forzados a continuar en la barraca hasta saldar sus deudas,

B) Servidumbre de la gleba

La servidumbre de la gleba se define en el apartado b) del artículo 1 de la Convención:

La condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar en ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición.

La esencia de este tipo de servidumbre es su naturaleza predial, de un modo que recuerda al colonato romano y a la servidumbre feudal porque el siervo está atado a la tierra donde trabaja para el propietario de la misma. También fue abordada por primera vez por la Comisión Temporal, aunque ni la definió claramente ni propuso su abolición con rotundidad.¹⁰⁴⁷ Esto se debe en parte al contexto colonial, lo que llevó a decir a la Comisión Temporal que “una repentina abolición de la esclavitud doméstica o predial podría dar lugar a disturbios sociales y económicos que serían más perjudiciales para el desarrollo y el bienestar de los pueblos que la continuación provisional del actual estado de las cosas”.¹⁰⁴⁸

Más adelante, el Comité de Expertos y el Comité Consultivo sobre Esclavitud situaron esta forma de explotación doméstica o predial en sede no de esclavitud sino de servidumbre, aunque no llegaron a un consenso sobre en qué se diferenciaban exactamente.¹⁰⁴⁹ El Comité Consultivo indicó que la esclavitud implicaba el uso de la fuerza para capturar y

o a regresar el siguiente año: Bedoya, E./Bedoya, A., *Enganche y Servidumbre por deudas en Bolivia*, pp. 26 y ss. Más conocida es la situación de servidumbre por deudas en la India, que está muy influenciada por el sistema de castas. Las deudas proceden normalmente de crisis, como la enfermedad, hambruna, etc., o de determinadas ceremonias matrimoniales o religiosas, y es normal que la deuda se transmita de generación en generación: Bales, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, pp. 206 y ss. También es la forma de esclavitud contemporánea más frecuente en Pakistán, y la encontramos en la agricultura, las fábricas de ladrillo y en la industria de las alfombras. La falta de documentación sobre la cantidad reembolsada de la deuda y el pago de un salario ínfimo por debajo del mínimo legal incrementa la deuda y obliga a las familias a que lleven a los niños a trabajar, especialmente en el sector del ladrillo. Además, en el sector agrícola es frecuente seguir el sistema Hari. Los trabajadores son obligados a entregar a los terratenientes la totalidad de la cosecha, y les devuelven una parte como pago en especie. Los trabajadores Hari, para poder afrontar los gastos que no sean de comida y el alojamiento, deben pedir prestado dinero de esos mismos terratenientes, manteniéndose así el círculo vicioso de pobreza, deuda y trabajo forzoso: *Ibid.*, pp. 159 y ss.; OIT, *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, pp. 34 y ss.

¹⁰⁴⁷ “Es difícil definir en qué consiste exactamente la institución conocida como servidumbre de la gleba o servidumbre predial. En cuanto a sus efectos sobre la vida del siervo, éstos varían considerablemente: pueden suponer la más vil de las servidumbres, o por otro lado, una obligación de servicio comparable a la del vasallo a su siervo bajo el antiguo sistema feudal de la Europa medieval; puede suponer el ejercicio por parte del amo de poderes sobre la vida y la muerte del siervo, o darle únicamente ciertos privilegios fruto de la costumbre, pueden incluso implicar que los siervos tengan una posición particularmente favorable en la casa del amo”. Ver: Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI p. 10.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ Había fundamentalmente dos posturas: una que consideraba que la servidumbre predial no era esclavitud puesto que el siervo “permanece con su amo por la fuerza de la costumbre o la gratitud”, haciéndolo por “propia voluntad” y otra que mantenía que el amo ejercía los atributos del derecho de la propiedad sobre su siervo, y por tanto era esclavitud: Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 176.

controlar a la persona que se utilizaba como propiedad, mientras que la servidumbre de la gleba estaba en muchas ocasiones más conectada con la costumbre, las relaciones entre las tribus, u otro tipo de situaciones.¹⁰⁵⁰ Eso no impedía, como más tarde indicó el Comité Especial de las Naciones Unidas, que pudiera tener un doble carácter de situación de esclavitud y servidumbre.¹⁰⁵¹ De estas observaciones y de la definición propuesta por el Comité Especial se aprobó la definición de servidumbre de la gleba o predial que contempla la Convención Suplementaria de 1956.¹⁰⁵²

C) Matrimonio servil o forzado

En el artículo 1, párrafo c) se indica la tercera práctica servil:

Toda institución o práctica en virtud de la cual:

- i) Una mujer, sin que le 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” (artículo 1 c) de la Convención Suplementaria).

Todas las instituciones de “matrimonio servil” –utilizando la nomenclatura frecuente en la literatura– tienen en común la ausencia de un consentimiento libre y no viciado manifestado para contraer matrimonio. Como complemento de esta prohibición, en el artículo 2 de la misma Convención se establece una cautela: “Los Estados Partes se comprometen a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimiento que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa

¹⁰⁵⁰ Sociedad de Naciones, Comité Consultivo, *Report of the Committee of Expert son Slavery, Third Session*, p. 27.

¹⁰⁵¹ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, p. 11.

¹⁰⁵² Como ejemplo contemporáneo de una situación generalizada de servidumbre predial, en Mauritania, a pesar de estar prohibida la esclavitud y la servidumbre, ésta persiste apoyada en el sistema institucional, donde se hallan profundamente arraigadas las diferencias étnicas y raciales entre Moros blancos, Haratinos y afroauritanos. Tradicionalmente, la propiedad de la tierra ha pertenecido a una pequeña parte de la población, y a pesar de que los esclavos han trabajado durante generaciones la misma parcela de tierra, nunca han adquirido la propiedad de la misma. El resultado ha sido una situación de explotación de una parte de la población (la élite) sobre la otra (los Haratinos), que entregan a los terratenientes todos los rendimientos de la parcela que cultivan o la sal que extraen, sin recibir pago por ello. Únicamente se les entrega lo suficiente para vivir y poder trabajar al día siguiente. La institución de la koliya en la India funciona de manera semejante: los braceros no reciben dinero por su esfuerzo diario, tan sólo un poco más de un kilogramo de trigo, arroz o alubias al día. También disponen del derecho a utilizar una parcela donde cultivar otros alimentos. A cambio, trabajan durante toda la jornada, todos los días del año, y no tienen derecho a trabajar para nadie más ni a ausentarse sin permiso del amo: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, Misión de seguimiento a Mauritania*, 27º período de sesiones, A/HRC/27/53/Add.1, 2014; McDougall, E. A., “Living the Legacy of Slavery Between Discourse and Reality”, *Cahiers d'Études africaines*, Vol. 45, No. 179-180, 2005, pp. 957-986.

competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro”.

Al igual que en los casos anteriores, esta forma de servidumbre fue abordada por primera vez por la Comisión Temporal, que señaló que prácticas como el pago de la dote o el concubinato esconden en realidad una compraventa y que se tratan de matrimonio forzoso o servil.¹⁰⁵³ El Comité de Expertos y el Comité Consultivo sobre Esclavitud se mostraron de acuerdo con la Comisión Temporal en que estas prácticas debían ser proscritas, pero matizaron que el pago de la dote no siempre encubría una compraventa o un matrimonio forzoso porque, en ocasiones, simplemente era una garantía de tratamiento adecuado o el certificado de la legalidad del matrimonio,¹⁰⁵⁴ o bien no iba más allá del simple ritual o la costumbre.¹⁰⁵⁵

Finalmente, para evitar que se considerasen matrimonios serviles todos aquellos en los que mediara el pago de una dote, se incluyó en el apartado i) la reserva: “sin que le asista el derecho a oponerse”, que es la clave para diferenciar los casos en los que el pago de la dote oculta la compra de la esposa de aquellos en los que es meramente simbólico y obedece a costumbres locales. Además, sin ese matiz, el artículo hubiera podido entrar en conflicto con la Ley Islámica e impedir la ratificación del Convenio a muchos Estados. El abuso no radica en la existencia de un pago, sino en el hecho de que se produzca en el contexto de un matrimonio no consentido.¹⁰⁵⁶

En el ámbito de los matrimonios serviles resulta especialmente relevante la previsión del artículo 1 “les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud” porque, en muchos casos, se tratará de manifestaciones de una situación de esclavitud más que de servidumbre.¹⁰⁵⁷ Algunos de las facultades

¹⁰⁵³ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, Report of the Commission, A.19.125.VI, p. 8.

¹⁰⁵⁴ Sociedad de Naciones, Comité Consultivo, *Report of the Committee of Experts on Slavery, Second Session*, C.159.M.113.1935.VI, 1935, p. 17.

¹⁰⁵⁵ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, pp. 9-10. En este mismo sentido se pronunciaría el TEDH en la sentencia *M y Otros c. Italia y Bulgaria* de 2012, que indicó: “según el tribunal el intercambio de un pago en un matrimonio no necesariamente va a constituir esclavitud o matrimonio forzoso, sino que puede haber casos donde se trate simplemente de un matrimonio típico de algunas tradiciones culturales, en entre caso, entre personas de etnia gitana. Aunque no lo indique expresamente, del razonamiento del tribunal también pueden extraerse otra importante consecuencia sobre el propio concepto de esclavitud: que en los casos en los que se demostrase que la contribución monetaria equivale a transferencia de la propiedad sí podría constituir esclavitud, incluso aunque se etiquete esta situación como matrimonio”, párr. 161.

¹⁰⁵⁶ Weissbrodt, D./Anti-Slavery International, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, párr. 112. Como ejemplo de este tipo de prácticas en el contexto contemporáneo, la transferencia de esposas se ha dado, por ejemplo, en China, donde la política del hijo único y la desproporción de hombres y mujeres en la población provocó una situación en la que mujeres norcoreanas eran trasladadas ilegalmente a China para casarse, dar hijos y luego ser transferidas a otros hombres a cambio de un precio. Al ser migrantes ilegales, carecían de protección legal: Kim, J., “Trafficked: Domestic Violence, Exploitation in Marriage, and the Foreign-Bride Industry, *Vancouver Journal of International Law*, Vol. 51, 2010-2011, pp. 455 y ss. En Kenia, la legislación sobre la propiedad impide que las viudas puedan heredar, por lo que una vez que el marido ha muerto, la viuda tendrá que elegir entre ser transferida como parte de la herencia a un pariente masculino del fallecido o quedarse sin nada. Ver: Human Rights Watch, “Double Standards: Women’s Property Rights Violations in Kenya”.

¹⁰⁵⁷ El propio SGNU, en su informe de 1953, indica que los matrimonios serviles –junto con otras prácticas de servidumbre– serán situaciones de esclavitud en general, porque quedan comprendidas en el ámbito de la definición de esclavitud. Las únicas excepciones posibles son algunas de las instituciones o prácticas

del derecho de propiedad son la compraventa, transferencia, traspaso como parte de una herencia, uso y disposición de la persona, que son indicios de una situación de esclavitud, incluso aunque se llame de otra forma.

Teniendo esto en cuenta, si analizamos detenidamente los apartados del matrimonio servil –transferencia de una mujer en matrimonio a cambio de dinero y sin que quepa oponerse, derecho a ceder a una mujer o de transmitirla en herencia–, podemos observar que, en realidad, se trata de manifestaciones del derecho de propiedad, concretamente de compraventa, cesión y herencia. Si estos atributos del derecho de propiedad se manifiestan en un contexto de control equivalente a posesión sobre la mujer,¹⁰⁵⁸ no serán “matrimonios serviles”, sino auténticas situaciones de esclavitud encubiertas, como explicamos poniendo el ejemplo de las “*bush wives*” en la guerra civil de Sierra Leona.¹⁰⁵⁹

Esta interpretación fue respaldada por el razonamiento del TESL a partir la sentencia *Taylor*, que sustituye el término “matrimonio forzoso” por “esclavitud conyugal” porque “en la medida en que el autor ejerció las facultades del derecho de propiedad sobre sus ‘esposas rebeldes’ y les impuso una privación de libertad, haciendo que estuvieran obligadas a involucrarse en actos sexuales y de otro tipo”,¹⁰⁶⁰ estos actos entran dentro de la definición de esclavitud.¹⁰⁶¹ En este mismo sentido, en las ocasiones en las que el TEDH se ha pronunciado sobre matrimonios en los que ha mediado un pago, ha aceptado que pueden constituir esclavitud si se demuestra que la contribución monetaria equivale a transferencia de la propiedad, incluso aunque se etiquete esta situación como “matrimonio”.¹⁰⁶²

En definitiva, es muy importante tener en cuenta la definición de esclavitud de la Convención de 1926 en el contexto de los matrimonios forzosos. El mero ejercicio de los atributos del derecho de propiedad –compraventa, cesión, transferencia, etc.–, no es suficiente para afirmar que existe una situación de esclavitud. No obstante, si se produce en un contexto de control absoluto de la persona, podemos afirmar que se estarían alcanzando los estándares fijados por el artículo 1 de la Convención de 1926, y que la situación, aunque se etiquete como matrimonio servil o forzoso, está escondiendo un caso de esclavitud.¹⁰⁶³

D) Explotación infantil o tráfico de niños.

El artículo 1, apartado d) contempla la última práctica servil de las enunciadas en el

descritas en los apartados b) y c). ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, 36, p. 32

¹⁰⁵⁸ Directriz 5 Bellagio-Harvard

¹⁰⁵⁹ Ver análisis *supra*.

¹⁰⁶⁰ TESL, *Taylor* (SPI), párr. 427.

¹⁰⁶¹ En la práctica el estatus de “esposa rebelde” no generaba ninguna obligación propia del matrimonio, sino únicamente esclavitud sexual, embarazos forzosos y trabajos forzados domésticos. *Ibid.*, párr. 418 y ss

¹⁰⁶² STEDH, *M y otros c. Italia y Bulgaria*, párr. 161.

¹⁰⁶³ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 316 y ss.

Convenio de 1956:

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.

Esta cuestión se abordó por primera vez en el informe de la Comisión Temporal,¹⁰⁶⁴ principalmente por la preocupación de que las adopciones falsas encubriesen situaciones de sometimiento a esclavitud, como la institución del *Mui Tsai*.¹⁰⁶⁵ El Comité Especial también la describiría, matizando que sólo constituían servidumbre aquellos casos donde los implicados que entregaban al menor sabían que éste iba a ser explotado y no cuando se hacía de buena fe o por el bien del menor. De ahí que se incluyera en el artículo el requisito de que la entrega se haga “con el propósito de que se explote a la persona o el trabajo del niño o del joven”.¹⁰⁶⁶

Con independencia de que la explotación infantil en los términos del artículo 1. d) de la Convención de 1956 pueda constituir esclavitud, este apartado ha quedado superado con la entrada en vigor del Protocolo Palermo de Naciones Unidas. El Protocolo define la trata de personas como: la captación, el transporte, el traslado, etc., recurriendo a medios como la amenaza o el abuso de una situación de vulnerabilidad, con fines de explotación. Cuando la víctima sea menor no es necesario acreditar que se ha recurrido a alguno de los medios coactivos, fraudulentos o abusivos.¹⁰⁶⁷

Aunque el análisis de la trata de personas se efectúa con mayor profundidad más adelante, pueden advertirse los paralelismos entre esta definición y el apartado d) del artículo 1 de la Convención de 1956. En ambos casos se dan los dos elementos necesarios para que exista trata cuando la víctima es menor: entrega (con remuneración o sin ella), y una finalidad de explotación. Lo importante, a grandes rasgos, es el traslado o traspaso del menor con intención de ser explotado, no la explotación en sí, al igual que en esta modalidad de servidumbre.

En definitiva, como ocurre con los matrimonios serviles, habrá que tener muy en cuenta el resto de definiciones contenidas en el Protocolo de Palermo y en la Convención de 1926, si se ejercen los atributos del derecho de propiedad.

¹⁰⁶⁴ Se estaban refiriendo a sistemas de ‘falsa adopción’, como por ejemplo en China y Hong-Kong con el sistema conocido como *Mui Tsai*. (p. 8). Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, p. 8.

¹⁰⁶⁵ La institución de *Mui Tsai* produce que un gran número de niños, especialmente chicas, son cedidas a otras personas, generalmente a cambio de dinero a los padres. Las obligaciones de cuidado, la naturaleza del contrato y los derechos conferidos a la persona que acoge a los niños, no están muy claros. Normalmente, dicha situación los coloca en una posición de extrema vulnerabilidad. Las discusiones subsiguientes, tanto en el Comité consultivo como en el Comité de Expertos, giraron en torno a este sistema: Sociedad de Naciones, Comité Consultivo, *Report of the Committee of Experts on Slavery, Second Session*, p. 15

¹⁰⁶⁶ *Ibid.* Ver también Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 325-344.

¹⁰⁶⁷ Clasificación de Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, pp. 178 y ss.

2.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (PIDCP)

En el PIDCP se contempla la prohibición absoluta de la servidumbre en el artículo 8.2: “Nadie será sometido a servidumbre”. En el momento de redacción del artículo 8 del PIDCP existía la percepción de que el concepto de “servidumbre” era “más amplio y menos específico” que la esclavitud.¹⁰⁶⁸ Los encargados del borrador observaron que dichos conceptos trataban de lidiar con “dos diferentes niveles de dominación del hombre por el hombre”. En particular, la servidumbre tenía por objeto abordar “formas más generales de dominación”.¹⁰⁶⁹ Así se desprende también de la posición expresada en el momento de realizar el borrador a favor de mantener la palabra “servidumbre”, “con el objetivo de eliminar todas las formas de dominación contrarias a la dignidad del hombre”.¹⁰⁷⁰

El PIDCP no define el concepto de servidumbre, pero de los *travaux préparatoires* se deduce que se consideraba de una forma de dependencia personal y de dominación sobre una persona, de una manera menos intensa o severa que en el caso de la esclavitud.¹⁰⁷¹ En este sentido, durante la negociación del Pacto se indicó que “aunque la esclavitud y la servidumbre se confundan frecuentemente, hay una clara distinción en Derecho: la esclavitud significa la destrucción de la personalidad jurídica, mientras que la servidumbre, en sentido estricto, entraña únicamente un estado de dependencia personal completa”.¹⁰⁷² De la misma forma, uno de los representantes apuntaba que “la esclavitud es una noción relativamente limitada y técnica, mientras que la servidumbre abarca de forma más general las posibles formas de dominación de unos hombres por otros”.¹⁰⁷³ También se barajó la opción de añadir el adjetivo “involuntario”, pero esta propuesta fue rechazada porque “la servidumbre en cualquiera de sus formas, involuntaria o no, debería estar prohibida”.¹⁰⁷⁴ Por último, el Comité de Derechos Humanos no se ha pronunciado específicamente sobre la servidumbre.¹⁰⁷⁵

2.2.4 Otros tratados internacionales

La servidumbre se menciona sin ser definida en otros tratados, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990 (artículo 11); la Convención de Derechos de las Personas con

¹⁰⁶⁸ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, párr. 41-42; Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 403

¹⁰⁶⁹ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, párr. 53.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, párr. 54.

¹⁰⁷¹ Stoyanova, V., Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 424.

¹⁰⁷² ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, párr. 74.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, 79.

¹⁰⁷⁴ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the 94th Meeting*, E/CN.4/SR.94, 20 de mayo de 1949, párr. 10. También: Bossuyt, M. J., Bossuyt, M. J., *Guide to 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, p. 167.

¹⁰⁷⁵ Tuvo la oportunidad en: Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1142/2002, *A. J. v. G. c. Países bajos*, CCPR/C/77/D/1142/2002, 14 de abril de 2003, pero la declaró inadmisibile.

Discapacidad (artículo 27.2);¹⁰⁷⁶ o el Convenio No. 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999, como una de “las peores formas de trabajo infantil”.¹⁰⁷⁷

Por otro lado, el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia también incluyen la servidumbre como una de las finalidades de la trata (artículos 3 y 4, respectivamente) y, como ponen de manifiesto sus *travaux préparatoires*, toman en consideración la Convención de 1956.¹⁰⁷⁸

2.2.5 Tratados regionales

Dentro del ámbito europeo se prohíbe en el artículo 4.1 del CEDH, que indica que “nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”. Dado que no se define, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta como punto de partida la Convención Suplementaria de 1956, pero ofrece su propia definición de servidumbre sin mencionar las prácticas serviles de la Convención: “además de la obligación de realizar ciertos servicios para otros, la noción de servidumbre abarca la obligación para el ‘siervo’ de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de alterar su condición”.¹⁰⁷⁹ En general, el TEDH ha sostenido que existe una relación de gradación entre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.¹⁰⁸⁰

La CDFUE incluya la prohibición de servidumbre (artículo 5.1)¹⁰⁸¹ y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos la menciona como una de las finalidades de la trata (artículo 2. 3). No obstante, ninguno de ellos menciona la Convención Suplementaria de 1956 ni otra definición de servidumbre.

En el continente americano se proscribe la servidumbre en el artículo 6. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰⁸² La Corte Interamericana, al interpretar este artículo en el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* asume la interpretación del TEDH sobre el concepto de servidumbre y la aplica en su propio razonamiento.¹⁰⁸³ En concreto, para afirmar la existencia de una situación servidumbre por deudas, la Corte describe un sistema de “peonaje” por el que crea fraudulentamente una deuda

¹⁰⁷⁶ Literalmente, indica: “los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio”

¹⁰⁷⁷ El artículo 3. a) señala: A los efectos del presente Convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca: (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”

¹⁰⁷⁸ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 358; Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, para 93.

¹⁰⁷⁹ *CN c. Reino Unido*, párr. 90; *Seguin c. Francia*, párr. 4; *Siliadin c. Francia*, párr. 124; *CN c. Francia*, párr. 272.

¹⁰⁸⁰ *Seguin c. Francia*, párr. 4; *Siliadin c. Francia*, párr. 122-124; *CN y V c. Francia*, párr. 277.

¹⁰⁸¹ “Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”. Ver: Flaherty, J. P./Lally-Green, M. E., “Fundamental Rights in the European Union”, *Duquende Law Review*, Vol. 36, 1998, pp. 249 y ss.

¹⁰⁸² “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”

¹⁰⁸³ CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 280.

que no se puede pagar. No obstante, el elemento más relevante que la Corte tiene en cuenta no es la deuda en sí, sino que “los trabajadores estaban sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes. Asimismo, los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación”.¹⁰⁸⁴ Del planteamiento de la Corte a lo largo de la sentencia se puede concluir que existe una gradación entre la esclavitud y la servidumbre cuando afirma, al evaluar los hechos, que estos “sobrepasaban los extremos de servidumbre por deuda y trabajo forzoso, para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud”.¹⁰⁸⁵

Finalmente, en el ámbito regional africano, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, donde no se menciona expresamente, pero se prohíben “todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante”, en el artículo 5.¹⁰⁸⁶

2.2.6 El Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de esclavitud y las Relatoras Especiales

Tanto el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud¹⁰⁸⁷ como las Relatoras Especiales han emitido recomendaciones sobre algunas instituciones serviles como la servidumbre por deudas, especialmente estas últimas. Las Relatoras Especiales han dedicado varios informes temáticos a abordar diversos aspectos de la servidumbre:

¹⁰⁸⁴ Ibid., ver especialmente párr. 303. La Corte indica expresamente: “los hechos del caso indican la existencia de una situación de servidumbre por deuda, visto que a partir del momento en que los trabajadores recibían el adelanto de dinero por parte del gato, hasta los salarios irrisorios y descuentos por comida, medicamentos y otros productos, se generaba una deuda impagable para ellos. Como agravante a ese sistema conocido como *truck system*, peonaje o sistema de *barracão* en algunos países, los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes. Asimismo, los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación en razón de i) la presencia de guardias armados; ii) la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida; iii) la coacción física y psicológica de parte de gatos y guardias de seguridad, y iv) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga. Las condiciones anteriores se potenciaban por la condición de vulnerabilidad de los trabajadores, los cuales eran en su mayoría analfabetos, de una región muy distante del país, que no conocían los alrededores de la Hacienda Brasil Verde y estaban sometidos a condiciones inhumanas de vida”

¹⁰⁸⁵ Ibid., párr. 304.

¹⁰⁸⁶ Aunque no tengan carácter normativo, otras organizaciones internacionales han llevado a cabo acciones dirigidas a luchar contra la servidumbre y han provisto de asistencia técnica, como la OIT, UNICEF y la OMS, por ejemplo, para abordar la servidumbre por deudas en Asia. Ver: OIT, *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, p. 89.

¹⁰⁸⁷ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Formas contemporáneas de la esclavitud, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, 25º período de sesiones, A/68/53/Add. 1*, junio 2000.

servidumbre por deudas,¹⁰⁸⁸ los matrimonios forzosos,¹⁰⁸⁹ la explotación infantil,¹⁰⁹⁰ la servidumbre doméstica,¹⁰⁹¹ o cómo afecta especialmente a ciertas categorías de personas, como a las mujeres migrantes,¹⁰⁹² entre otros.

Estos informes son útiles para analizar diversas prácticas de explotación en diferentes zonas del mundo, pero no ofrecen criterios normativos a los Estados para la interpretación de la servidumbre o para distinguirla de instituciones semejantes como la esclavitud o los trabajos forzados. Se reconoce que se trata de instituciones diferentes, aunque también afirma que en la práctica “la distinción no suele ser muy clara y depende en gran medida del grado de control y poder que se ejerza sobre la persona”.¹⁰⁹³

2.2.7 La definición de servidumbre en el Derecho penal internacional

En los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma se incluye dentro del primer elemento del delito de esclavitud la imposición de “algún tipo similar de privación de libertad”. En el pie de página se aclara que este último término abarca la “reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956”.

¿Esto significa que la servidumbre es un delito incluido en el de esclavitud que genera competencia de la Corte Penal Internacional? Como analizamos en el apartado de la esclavitud, las prácticas serviles deben realizarse en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad por lo que, si no alcanza este umbral, queda fuera de la competencia de la Corte.

3. Concepto de servidumbre

Los tratados anteriormente señalados apuntan hacia un consenso sobre que la norma que se refiere específicamente a la servidumbre es la Convención de 1956, pero el consenso acaba ahí porque la Convención de 1956 no establece una definición. Así, en lugar de fijar los elementos normativos que deben concurrir para que una situación sea consti-

¹⁰⁸⁸ En general, todos ellos pueden encontrarse en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/AnnualReports.aspx> [último acceso: 22/01/2020]. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, A/HRC/12/21 10 de julio de 2009.

¹⁰⁸⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Gulnara Shahinian, A/HRC/21/41, 10 de julio de 2012.

¹⁰⁹⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, A/HRC/9/20, 28 de julio de 2008.

¹⁰⁹¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, Gulnara Shahinian, A/HRC/15/20, 18 de junio de 2010.

¹⁰⁹² ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, A/HRC/39/52, 27 de julio de 2018.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, pp. 4 y ss.

tutiva de servidumbre –como hace la Convención de 1926 sobre la esclavitud o el Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso–, se limita a establecer en el artículo 7 que:

la expresión persona de condición servil indica *toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención.*

Es decir, para la Convención de 1956 hay servidumbre si se producen las prácticas descritas, que son: la servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonio forzoso o servil, o explotación infantil o tráfico de niños. Además, las conductas pueden tener un doble carácter:¹⁰⁹⁴ servidumbre propiamente dicha, como sinónimo de “prácticas análogas a la esclavitud”, o constitutivas de esclavitud si se cumplen los requisitos examinados anteriormente:

Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, *les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1.*¹⁰⁹⁵

Partiendo de este marco normativo, ¿en qué consiste exactamente la servidumbre en el derecho internacional? ¿en qué se diferencia de otras figuras análogas? Para responder estas preguntas, es necesario aclarar las siguientes cuestiones: en primer lugar, si la Convención de 1956 establece un sistema *numerus clausus* de prácticas que se consideran servidumbre; y en segundo lugar, en caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa, si es posible identificar elementos normativos en la definición de servidumbre en el derecho internacional.

3.1 La servidumbre, ¿sistema de *numerus clausus*?

La ausencia de una definición que identifique los caracteres esenciales de la institución de la servidumbre nos plantea un importante dilema: ¿la Convención de 1956 establece un sistema *numerus clausus* de prácticas que se consideran servidumbre? Es decir, ¿únicamente hay servidumbre cuando se da uno de los *modus operandi* enumerados en el artículo 1 (servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonio servil o forzoso, o tráfico de niños o explotación infantil)? Es necesario responder cuidadosamente esta

¹⁰⁹⁴ El reconocimiento en la Convención de ese doble carácter se debe, en parte, a las consideraciones del Comité Especial sobre la Esclavitud (cuyos informes fueron el punto de partida para las negociaciones de la Convención Suplementaria), que habían expresado que los tipos de servidumbre podían encajar también en la definición de esclavitud: Ver ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, p. 10. Por otro lado, en su informe de 1953, el Secretario General señaló que las obligaciones impuestas por la Convención de 1926 se extendían a todas las instituciones o prácticas en las que se ejercieran los atributos del derecho a la propiedad, independientemente de cómo se denominaran. Habrá que examinar cada caso y las circunstancias concretas para determinar ante qué nos encontramos. Ver: ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, p. 27.

¹⁰⁹⁵ Artículo 1

pregunta, puesto que inclinarse por una opción u otra –afirmativa o negativa– tiene importantes consecuencias prácticas.

Frente a los autores que indican que la Convención de 1956 establece un sistema *numerus clausus* de servidumbres convencionales,¹⁰⁹⁶ en este trabajo nos decantamos por considerar que no es así.¹⁰⁹⁷ Para ello se esgrimen dos argumentos: en primer lugar, porque a la luz de los *travaux préparatoires* de la Convención de 1956, no existía una intención de ser exhaustivos en la enumeración de las prácticas serviles; y, en segundo lugar, porque la práctica subsiguiente de los órganos que se han encargado de interpretar el concepto de servidumbre, aunque parten de la Convención de 1956, han desarrollado otros criterios normativos ajenos a la misma.

La relación entre servidumbre y las “prácticas serviles” de la Convención de 1956 está fuera de toda duda. Por ejemplo, el propio TEDH ha utilizado esta Convención como punto de partida o medio “para informar el enfoque” del concepto de servidumbre,¹⁰⁹⁸ y es frecuente que se mencione la Convención como punto de partida de la regulación jurídica internacional en organismos de derechos humanos.¹⁰⁹⁹ No obstante, si tenemos en cuenta el contexto en el que fue redactada y los *travaux préparatoires*,¹¹⁰⁰ la Comisión Especial sobre Esclavitud reconoce que:

es dudoso que esas definiciones abarquen todos los tipos de condición servil, cuya abolición debieran procurar las Naciones Unidas (...) Al tratar de definir esas formas de servidumbre, se descubre que reina una gran confusión, porque en las distintas regiones del mundo e incluso de país a país a país, se aplican diferentes nombres a esas prácticas”.¹¹⁰¹

Por esa razón, finalmente se decanta por enumerar una lista de métodos mediante los cuales se puede someter a una persona a servidumbre. Esto se confirma por el tenor literal del artículo 1, que indica que todas las prácticas enumeradas pueden ser también esclavitud. Esto significa que no tienen una esencia particular que las convierta en prácticas serviles, sino que se trata de una cuestión de *grado*. En definitiva, de estos informes podemos concluir que, por un lado, la enumeración de las instituciones y prácticas de servi-

¹⁰⁹⁶ Principalmente Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, especialmente en pp. 8 y 202.

¹⁰⁹⁷ En el mismo sentido, Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 427.

¹⁰⁹⁸ SSTEDH *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párr. 71; *Siliadin c. Francia*, párr. 123.

¹⁰⁹⁹ Los informes de las Relatoras Especiales los contemplan como parte del marco que define la esclavitud y la servidumbre. Por ejemplo, ver: ONU, Asamblea General, *Contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, A/73/139, 10 de julio de 2018. En las Directrices de la 20.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, donde se aprueban los parámetros para la medición del trabajo forzoso, también se utiliza la Convención de 1956 como punto de referencia. OIT, *Directrices relativas a la medición del trabajo forzoso*, para. 10.

¹¹⁰⁰ Especialmente relevantes cuando, como indica el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el sentido del tratado sea ambiguo u oscuro, o conduzca a un resultado absurdo o irrazonable.

¹¹⁰¹ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, párr. 13.

dumbre no es exhaustiva y cabe la posibilidad de que existan otras prácticas que no estaban inicialmente incluidas; y, por otro, aunque tenga lugar alguna de las prácticas enumeradas, pueden tener otro carácter, como esclavitud, trabajos forzosos o trata.

El segundo argumento tiene que ver con la práctica subsiguiente de los órganos con competencia para interpretar el concepto de servidumbre, aunque parten de la Convención de 1956, han desarrollado otros criterios normativos ajenos a la misma.¹¹⁰² Por ejemplo, cuando se redactó el artículo 8 del PIDCP, expresamente se rechazó la inclusión de una referencia expresa a la Convención de 1956 porque existía el temor de que una referencia explícita a la Convención pudiera reducir el ámbito de aplicación del artículo 8.¹¹⁰³ Por eso, aunque la Convención de 1956 se utiliza como punto de partida en todo lo relativo a la servidumbre, en la práctica se han fijado unos elementos definitorios distintos a los que encontramos en la Convención, especialmente en la jurisprudencia de los Tribunales de derechos humanos.

En este sentido, el Tribunal que ha ofrecido la definición más aceptada de servidumbre ha sido el TEDH.¹¹⁰⁴ En términos generales, la ha definido como una forma agravada de trabajo forzoso, donde la mayor gravedad deriva del sentimiento de las víctimas de que su condición es permanente y que probablemente no cambiará.¹¹⁰⁵ Esta definición ha sido respaldada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando expresamente afirmó que:

la Corte coincide con la definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre “servidumbre”, y considera que esa expresión del artículo 6.1 de la Convención debe ser interpretada como “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.¹¹⁰⁶

En definitiva, de los argumentos expresados se puede concluir que, aunque la Convención de 1956 ofrece un punto de partida para la interpretación del concepto de servidumbre, no puede afirmarse que establezca un sistema cerrado de “prácticas serviles”, fuera de las cuales no pueda existir. En cambio, estas prácticas serviles enumeradas en la Convención constituyen: métodos o formas de someter a una persona a explotación, como la imposición de una deuda fraudulenta o el tráfico de niños, o figuras similares, como trata de personas, esclavitud o trabajos forzosos.

¹¹⁰² El artículo 31. 2 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, contempla como criterio de interpretación de los tratados la práctica subsiguiente en la aplicación del mismo en la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

¹¹⁰³ Ver: Bossuyt, M. J., *Guide to 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, p. 184; Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 427 Además, se preferían enunciados más generales.

¹¹⁰⁴ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 257.

¹¹⁰⁵ SSTEDH *Seguin c. Francia*, p. 4; *Siliadin c. Francia*, párr. 123; *CN y V c. Francia*, párr. 91; *CN c. Reino Unido*, párr. 80.

¹¹⁰⁶ SCIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 280.

3.2 Elementos de la definición de servidumbre en el Derecho internacional

La Convención no ofrece *prima facie* criterios normativos que permitan diferenciarla de instituciones semejantes, como la esclavitud o el trabajo forzoso. Las prácticas serviles enumeradas en la Convención de 1956 son de nociones demasiado ambiguas como para extraer criterios generales comunes en un ejercicio inductivo. Por ejemplo, un rasgo común a las cuatro prácticas es la “involuntariedad”, que también comparte con otras formas de explotación laboral como el trabajo forzoso, y que no puede ser el único criterio para determinar que una práctica es constitutiva de servidumbre.¹¹⁰⁷

Ante la ausencia de criterios en el tratado, es útil apoyarnos en el concepto histórico-sociológico de servidumbre, que fue el utilizado inicialmente por la Comisión Temporal y más adelante por el Comité Especial de la Esclavitud. Posiblemente, la intención de los autores del borrador de la Convención de 1956 era simplemente erradicación de distintas instituciones o prácticas en distintas partes del mundo, y no el establecimiento de criterios legales que fuesen útiles para definir la conducta de un particular que ha sometido a otra persona a servidumbre.

Si analizamos la institución social de la servidumbre desde un punto de vista histórico, podemos afirmar que dos de sus elementos esenciales son el estado de dependencia personal del siervo respecto al amo y su vinculación a los medios de producción. El grado de dependencia varía profundamente en función de la región y del momento histórico porque los siervos disponían de más o menos libertad, pero todas las instituciones consideradas serviles (colonato, encomienda, servidumbre feudal, etc.) se caracterizaban por el vínculo indisoluble con los medios de producción, como la tierra o los talleres artesanales. También conservaban cierta autonomía que, en casos como el colonato romano, era lo que distinguía una situación de servidumbre de la esclavitud¹¹⁰⁸ aunque, a diferencia de los campesinos libres, los colonos no tenían la capacidad de alterar su condición.

Patterson apunta dos características útiles para la distinción: por un lado, los siervos no estaban socialmente aislados como los esclavos,¹¹⁰⁹ y, por otro, tampoco eran físicamente controlados, por lo que conservaban un mayor grado de autonomía.¹¹¹⁰ Estas características de la servidumbre tradicional han sido matizadas por lo que se ha denominado como “nueva servidumbre” o “*neo-bondage*”. Basile y Mukhopadhyay conceptualizan el *neo-bondage* como una “forma de servidumbre menos personalista y más contractual y monetizada, que no ofrece, como en el pasado, protección y garantía de subsistencia a los siervos”. Además, está “basada en la asimetría de las relaciones de poder entre el capital y el trabajo”, que resulta en una “figura que es intermedia a la mercantilización autónoma (por parte del propio trabajador) del trabajo asalariado y la mercantilización

¹¹⁰⁷ Además, fue expresamente eliminado de los borradores de los tratados que se han ocupado de la servidumbre, ver análisis *supra*.

¹¹⁰⁸ Mirkovic, M., *The Later Roman Colonate and Freedom*, pp. 23 y ss.

¹¹⁰⁹ Patterson, O., “Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present”, p. 327. Recordemos que en *Slavery and Social Death*, Patterson definía la esclavitud en base a tres características: dominio corporal absoluto, aislamiento social y degradación parasitaria, pp. 9 y ss.

¹¹¹⁰ Patterson, O., “Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present”, p. 328.

heterónoma (por un tercero) de la esclavitud”.¹¹¹¹

El concepto sociológico de servidumbre es útil porque nos ayuda a orientarnos en el concepto jurídico para que el Derecho no sea demasiado abstracto ni ajeno a la realidad –a riesgo de resultar socialmente inútil–, pero los criterios sociológicos no pueden sustituir los jurídicos o normativos. Los criterios jurídicos los ofrecen las normas válidamente aprobadas en instrumentos jurídicos y los organismos que tienen competencia para interpretarlas.

En el caso de la esclavitud es sencillo porque la Convención de 1926 nos indica los parámetros jurídicos a tener en cuenta, pero la ausencia de criterios normativos en la Convención de 1956 nos obliga a acudir a otras fuentes de interpretación de conceptos jurídicos: la práctica subsiguiente de los órganos con competencia para interpretar el concepto de servidumbre, especialmente la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de derechos humanos. En este sentido, ha jugado un papel muy relevante la jurisprudencia del TEDH secundada por la CIDH.¹¹¹²

En términos generales, el TEDH ha utilizado la Convención de 1956 como punto de partida.¹¹¹³ Esto lo confirma en sus posteriores pronunciamientos sobre el artículo 4.¹¹¹⁴ La jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo apunta que se “prohíbe una forma de negación de la libertad particularmente grave”, que engloba, “además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios [...] la obligación para el ‘siervo’ de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición”,¹¹¹⁵ vinculado a la noción de esclavitud.¹¹¹⁶

De ello resulta que la servidumbre es una forma agravada de trabajo forzoso, que se diferencian en que en la servidumbre “el sentimiento de la víctima de que su condición es permanente y que su situación es improbable que se altere”,¹¹¹⁷ y que es un “crimen específico” que engloba un complejo conjunto de dinámicas para obligar a la víctima a realizar un trabajo, incluyendo formas más o menos sutiles de coacción.¹¹¹⁸ Esto significa que es preciso tener en cuenta todo el abanico de medios coactivos con el que una persona puede estar sometida a control, especialmente si es migrante.

Este planteamiento del TEDH es coherente con la noción de servidumbre que se desprende de los trabajos para la redacción PIDCP. Los encargados del borrador observaron que, a diferencia de la esclavitud, la servidumbre tenía por objeto abordar “formas más generales de dominación”, que eran contrarias a la dignidad del hombre. Aunque el

¹¹¹¹ Basile, E./Mukhopadhyay, I., *The Changing Identity of Rural India: A socio-historical Analysis*, Anthem Press India, 2009, p. 48.

¹¹¹² CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 280.

¹¹¹³ Entre ellas: *Siliadin c. Francia*, párr. 86; *CN y V c. Francia*, párr. 51.

¹¹¹⁴ Especialmente en *Siliadin c. Francia*, *C.N. c. Reino Unido y CN y V. c. Francia*.

¹¹¹⁵ *Siliadin c. Francia*, párr. 123; *C.N. c. Reino Unido*, párr. 48, y *CN y V c. Francia*, párr. 89-91.

¹¹¹⁶ *Siliadin c. Francia*, párr. 124

¹¹¹⁷ *CN y V c. Francia*, párr. 91.

¹¹¹⁸ *C.N. c. Reino Unido*, párr. 80.

PIDCP no define el concepto de servidumbre, de los *travaux preparatoires* se deduce que se consideraba una forma de dependencia personal y de dominación sobre una persona, de una manera menos intensa o severa que en el caso de la esclavitud.¹¹¹⁹

A continuación, vamos a describir detalladamente los elementos del concepto de servidumbre, coherentes con el concepto histórico-sociológico anteriormente esbozado:

3.2.1 Utilización de la fuerza de trabajo

La servidumbre incluye la obligación de realizar ciertos servicios impuesta de forma coactiva. Esto significa que la servidumbre siempre implica trabajos forzosos, pero no al contrario, lo que es congruente con la interpretación de que se trata de conductas que van de menor a mayor gravedad.¹¹²⁰ Por esta razón, en *Siliadin* el Tribunal comprueba primero que existen trabajos forzosos y después pasa a examinar la cuestión de la servidumbre.¹¹²¹ Este criterio también es uno de los elementos tenidos en cuenta para afirmar la existencia de servidumbre por la CIDH en el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*.¹¹²²

Para valorar que se haya impuesto trabajo coactivamente, el TEDH tiene en cuenta principalmente dos elementos: la percepción subjetiva de la víctima sobre la magnitud de la amenaza¹¹²³ y el tipo de trabajo impuesto. Esto significa que no tiene en cuenta exclusivamente que exista una amenaza objetiva y cierta, sino la percepción subjetiva de la víctima de que se encuentra en una situación de riesgo. Para ello se tienen en cuenta los medios más o menos sutiles con los que puede ser sometida a control¹¹²⁴ y sus características personales. Esto es muy importante porque en muchas situaciones no van a existir formas abiertas de control, sino otras mucho menos evidentes, especialmente si se da en un contexto de abuso de situación de vulnerabilidad o de situación administrativa irregular.¹¹²⁵

Además, el Tribunal también tiene en cuenta el “tipo y volumen de trabajo impuesto”,

¹¹¹⁹ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, párr. 41 y ss. En el párrafo 74 se indica expresamente: que “aunque la esclavitud y la servidumbre se confundan frecuentemente, hay una clara distinción en Derecho: la esclavitud significa la destrucción de la personalidad jurídica, mientras que la servidumbre, en sentido estricto, entraña únicamente un estado de dependencia personal completa”.

¹¹²⁰ *CN y V c Francia*, párr. 91

¹¹²¹ Se analiza más en detalle el concepto de trabajo forzoso en el siguiente Capítulo.

¹¹²² En párr. 303, donde indica que: “los trabajadores eran sometidos a *jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia*, viviendo en condiciones degradantes”

¹¹²³ *Siliadin c. Francia*, párr. 118; *CN y V c. Francia*, párr. 77.

¹¹²⁴ *CN c. Reino Unido*, párr. 70.

¹¹²⁵ En *Chowdury*, el tribunal llama la atención de que “los demandantes no tenían permiso de residencia ni de trabajo, siendo estos conscientes de que su situación irregular conllevaba el riesgo de ser detenidos y expulsados del territorio griego. Un intento de abandonar sus puestos de trabajo habría conllevado sin ninguna duda un mayor riesgo de que aquello ocurriera, así como la pérdida de toda esperanza de cobrar los salarios que les eran debidos, ni siquiera parcialmente. Además, los demandantes que no habían recibido pago alguno no podrían ni vivir en otra parte de Grecia ni abandonar el país”: *Chowdury y otros c. Grecia*, párr. 94

tanto para diferenciar el trabajo forzoso de “echar una mano” en el contexto de la convivencia familiar,¹¹²⁶ como para determinar si la persona podía consentir válidamente. Por ejemplo, en *Chowdury* el TEDH consideró que eran determinantes las condiciones impuestas y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los trabajadores para inadmitir la validez del consentimiento.¹¹²⁷

Este criterio se desmarca de los contenidos en la Convención de 1956. Así, el matrimonio servil del art. 1 c) no requiere la utilización de la fuerza de trabajo de la víctima, aunque supone una privación de libertad y aislamiento. Si definiésemos la servidumbre basándonos únicamente en la Convención de 1956 y en las características comunes de las cuatro prácticas serviles enumeradas, correríamos el riesgo de no poder establecer unos criterios claros, dada la heterogeneidad de las conductas recogidas. El TEDH ha esquivado este riesgo estableciendo como elemento necesario la imposición coactiva de realización de trabajos o servicios.

3.2.2 Forma particularmente grave de negación de la libertad

Este criterio fue introducido a partir de la sentencia *Van Droogenbroeck*,¹¹²⁸ y es lo que convierte en “agravada” la situación de trabajo forzoso. Implica la obligación del siervo de vivir en la propiedad ajena, lo que no debe interpretarse literalmente en el sentido de puertas cerradas, detención o incapacidad de salir del domicilio, porque la servidumbre no se limita a la esfera doméstica. La imposición de trabajos bajo la amenaza de una pena –o percepción subjetiva de la amenaza–, llevan al Tribunal a que afirme la existencia de trabajos forzosos, y la concurrencia de las circunstancias de aislamiento y limitación de movimientos determinan que, *además*, existe una situación de sometimiento a servidumbre.

El TEDH confirma esta interpretación en *Chowdury*, donde critica la confusión entre los delitos de servidumbre y trata de seres humanos por parte del Tribunal griego: “constatando que las condiciones laborales y de vida de los demandantes no derivó en un estado de exclusión del mundo exterior, sin posibilidad de renunciar y buscar otro trabajo [...] parece que el Tribunal [griego] confundió servidumbre con trata de seres humanos con fines de explotación laboral”.¹¹²⁹ En las sentencias en las que se ha pronunciado al respecto, ha valorado circunstancias tener algún tipo de formación que le permitiese albergar esperanzas de encontrar un trabajo fuera del domicilio;¹¹³⁰ haber creado redes de contacto,¹¹³¹ el hecho de convivir con los empleadores,¹¹³² o tener restringida la libertad

¹¹²⁶ *CN y V c. Francia*, párr. 74. Si el trabajo supera ciertas cotas, que el tribunal equipara con el “trabajo de un profesional remunerado”, entonces se trata de trabajo forzoso. *Ibid.*, párr. 75; *Siliadin c. Francia*, párr. 126

¹¹²⁷ *Chowdury y otros c. Grecia*, párr. 90.

¹¹²⁸ *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párr. 58.

¹¹²⁹ *Chowdury y otros c. Grecia*, párr. 98

¹¹³⁰ *CN y V c. Francia*, párr. 92; *Siliadin c. Francia*, párr. 120.

¹¹³¹ *CN y V c. Francia*, párr. 93; porque le impidió crear contactos fuera del domicilio de los empleadores.

¹¹³² *Ibid.* Valoró que era menor de edad, sin recursos, vulnerable y sola, sin ningún otro medio de vida fuera de la casa del matrimonio donde compartía la habitación de los niños. Esto significaba que estaba totalmente a merced del matrimonio, puesto que sus papeles le habían sido confiscados.

deambulatoria.¹¹³³

En definitiva, se trata de un estado de dependencia personal o dominación de un individuo por otro que restringe la autonomía individual de la víctima. En situaciones de servidumbre, la víctima es privada de libertad en otros aspectos de su vida más allá de la prestación de trabajo o servicios. Este nivel de control se alcanza, por ejemplo, cuando la persona vive en el mismo domicilio o en las dependencias del empleador, de forma que el empleador controla otras esferas privadas de la vida del individuo aparte de la laboral. Los medios para efectuarlo pueden ser fraudulentos –como una deuda que no hace más que aumentar ilícitamente–; coactivos –creados por la persona que somete a otra–, etc., facilitados por las condiciones sociales y estructurales de una determinada sociedad.¹¹³⁴ Por eso será necesario analizar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso, porque lo que limita la autonomía de una mujer migrante no educada no es lo mismo que lo que limita la de un nacional educado de ese mismo país.¹¹³⁵

3.2.3 Inevitabilidad: el sentimiento de la víctima de que su situación es permanente y que no cambiará ni mejorará

Para el TEDH, la diferencia entre el trabajo forzoso y la servidumbre radica en el sentimiento de la víctima de que su condición es permanente.¹¹³⁶ Esto se deriva del aislamiento debido al control ejercido sobre distintos aspectos de su vida y dependerá de las circunstancias. La duración de la relación de servidumbre no es un factor determinante en sí mismo, pero el sometimiento de una persona durante un periodo prolongado de tiempo puede considerarse como una prueba relevante que apunte a la situación de aislamiento de la víctima.¹¹³⁷

En *Chowdury*, el criterio determinante para que el TEDH concluya que no había constituido servidumbre era que los trabajadores habían sido “contratados” exclusivamente para la temporada de la fresa, por lo que no podían tener la percepción de que su situación era permanente, además de que no habían estado completamente aislados.¹¹³⁸ La CIDH también aplicó este criterio en el caso de los *Trabajadores de Fazenda Brasil Verde*, indicando que “los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación por: i)

¹¹³³ *Siliadin c. Francia*, párr. 127 Además, la demandante, que temía ser detenida por la policía, no estaba en todo caso autorizada a salir sino para acompañar a los niños a clase y a sus distintas actividades. No disponía pues de ninguna libertad de movimiento ni de ningún tiempo libre.

¹¹³⁴ Bales lo explica con las siguientes palabras: “La honestidad se alimenta de la honestidad. Las propias reglas de confianza y honestidad que guían la mayoría de estos pobres trabajadores cuando tratan entre sí son fundamentales para su esclavización. Todos los trabajadores que conocí estaban convencidos de que las deudas había que saldarlas, de que una persona que no pagase sus deudas era mezquina y ruin. Para el gato, la astuta manipulación de esta creencia es más efectiva que la violencia: los inconvenientes son menores y la productividad de los trabajadores mayor. De hecho, una vez que el gato recurre a la violencia, los trabajadores se dan cuenta de que nunca podrán saldar su deuda, y su sentimiento de orgullo ya no puede utilizarse contra ellos. Por eso el gato apela al ‘juego limpio’ todo lo posible”. Ver: Bales, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, p. 146.

¹¹³⁵ Idea implícita en *CN c. Reino Unido*, párr. 80.

¹¹³⁶ *CN y V c. Francia*, párr. 91.

¹¹³⁷ También en este sentido, ver: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 257-259

¹¹³⁸ *Chowdury y otros c. Grecia*, párr. 98.

la presencia de guardias armados; ii) la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida; iii) la coacción física y psicológica de parte de gatos y guardias”.¹¹³⁹

Es llamativo que el Tribunal determine que la nota definitoria entre ambas figuras sea el “sentimiento de la víctima de que su condición es permanente”, porque otorga demasiada relevancia a un elemento de naturaleza subjetiva, incluso aunque se tengan en cuenta las circunstancias objetivas. En su lugar, parece más razonable que este elemento se evalúe como una *consecuencia* de la situación de aislamiento de la víctima, que determina que se trate de una “forma particularmente grave de privación de libertad”. De hecho, los elementos que se tienen en cuenta para determinar que se trata de una “forma particularmente grave de privación de libertad” –situación administrativa irregular, la ausencia de contactos– también se utilizan en la determinación de la existencia de una amenaza de pena y la ausencia de consentimiento.

A pesar de esto, los criterios normativos desarrollados por el TEDH resultan muy útiles para dotar de contenido a la prohibición de servidumbre como figura “bajo el imperio de la coacción”, fuera de los métodos descritos en la Convención de 1956.

3.3 Conclusión

El TEDH ha identificado tres elementos: el primero, la utilización coactiva de la fuerza de trabajo; el segundo, la privación significativa de libertad; y, por último, el sentimiento de la víctima de que su situación es permanente. De este modo, configura la servidumbre como una modalidad agravada de trabajo forzoso que no alcanza la intensidad de la injerencia en la libertad de la esclavitud, desarrollada “bajo el imperativo de la coacción”, a diferencia de la explotación laboral.

A la hora de determinar el primer elemento, debe de tenerse en cuenta la percepción subjetiva de la amenaza y el tipo y volumen del trabajo impuesto, valorando las características personales y objetivas para determinar si ha podido consentir. Es decir, debe existir una amenaza de pena “lo suficientemente intimidante” teniendo en cuenta que determinadas circunstancias como la edad o la condición administrativa pueden influir en la valoración. Tras este primer paso, se examina si la persona se encontraba en una situación de aislamiento que la ha llevado a la percepción de que su situación es permanente. El aislamiento se provoca por el control sobre distintos aspectos de la vida de la víctima aparte del trabajo, valorando circunstancias como la ausencia de redes de contacto o la imposibilidad de formarlas, la restricción de la libertad deambulatoria o la obligación de convivir con los empleadores, entre otros aspectos. La servidumbre es un fenómeno complejo, por lo que habrá que tener en cuenta las distintas formas de coacción que pueden generar aislamiento y que no siempre van a consistir en una amenaza directa.

¹¹³⁹ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 303.

III. TRABAJO FORZOSO

1. Contexto histórico

El significado contemporáneo de los trabajos forzados –especialmente los impuestos por particulares– está más relacionado con el desarrollo experimentado a partir de los años 70 que con su significado histórico estrechamente vinculado al ámbito público y, por esa razón, nos vamos a centrar en el periodo post Segunda Guerra Mundial. Los trabajos forzados han estado históricamente vinculados a la exigencia de realización de ciertas actividades por parte de organismos públicos, ya fuera por la imposición de una condena o para contribuir en obras públicas como una respuesta a la creciente necesidad de mano de obra.¹¹⁴⁰

Belaustegui Mas expone algunos ejemplos de dinámicas de trabajos forzados como consecuencia de la imposición de penas: algunos documentos apuntan a que en la China del siglo II a.C. se contemplaban los trabajos públicos junto con las penas de prisión;¹¹⁴¹ y en Egipto también se preveía la realización de trabajos por parte de los presos en las minas.¹¹⁴² En el Imperio Romano, la pena de *damnatio in metallum* era una pena durísima que seguía en gravedad a la de muerte, que obligaba a los condenados al trabajo en las minas a la vez que eran sometidos a otro tipo de sufrimientos.¹¹⁴³

En el caso de España, el Código de las Siete Partidas estableció esta forma de trabajos forzados como forma de expiación y, al clasificar las penas en *mayores* y *menores*, la incluye entre las primeras.¹¹⁴⁴ En un primer momento esta práctica se impone ocasionalmente,¹¹⁴⁵ pero a partir del siglo XVI se aplica con mayor frecuencia la sanción con trabajos obligatorios para la Corona y, a partir de la segunda mitad del XVIII, al trabajo en obras públicas.¹¹⁴⁶

¹¹⁴⁰ Oliver Olmo, P., “Historia y reinención del utilitarismo punitivo”, en *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, Gastón Aguas, J. M./Mendiola Gonzalo, F. (coord.), 2007, pp 18-29; Fernández Artiach, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Universitat de València, Valencia, 2006, pp. 36 y ss., que cita a Rusche y Kirchheimer, *Pena y estructura social*, Olejnik, Buenos Aires, 2018, pp. 25 y ss.

¹¹⁴¹ Ver: Belastegui Mas, C., *Fundamentos del Trabajo Penitenciario*, Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares, Madrid, 1952, pp. 4 y ss; Thot, L., *Ciencia Penitenciaria*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 1937.

¹¹⁴² Toth, L., partes II y VIII.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 20; Kriegsmann, N.H., *Preceptiva Penitenciaria*, Vers. Esp. Madrid, 1917, pp. 8 y ss.; Cadalso, F., *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Góngora, Madrid, 1922, p. 107; Serafini, F., *Instituciones de Derecho Romano*, Espasa, Madrid, 1927, tomo 1, pp 152-153; Belastegui Mas, C., *Fundamentos del Trabajo Penitenciario*, p. 4.

¹¹⁴⁴ Las siete partidas lo contemplan de la siguiente forma: “La segunda es condenarlo a que esté en fierros para siempre, cavando en los metales del Rey o labrando en las otras sus labores o sirviendo a los que lo fiziesen”. Partida VII, Título XXXI, Ley IV.

¹¹⁴⁵ Martínez Martínez, M., *Los forzados de marina en la España del siglo XVIII (1700-1775)*, Editorial Universidad de Almería, 2013, pp. 52 y ss.

¹¹⁴⁶ Oliver Olmo, P., “Historia y reinención del utilitarismo punitivo”, p. 19. Este autor lo denomina “utilitarismo punitivo o penal”. También: Oliver Olmo, P., “Dos perspectivas de la historiografía del castigo en España”, en *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje al profesor Roberto Bergalli*, VVAA, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 482-486.

La pena de las galeras es un buen ejemplo de este tipo de trabajo. Según Masson, la pena de galeras tiene su origen en Francia, inventada por el armador de galeras Jacques Coeur. En 1443, en vista de la escasez de remeros voluntarios, obtuvo de Carlos VII el derecho a tomar por la fuerza a vagabundos, ociosos y mendigos.¹¹⁴⁷ Este tipo de pena se extendió a otros países europeos, respondiendo a una creciente necesidad de remeros,¹¹⁴⁸ y durante los siglos XVI y XVII se hizo trabajar en las galeras a los condenados a muerte o a determinadas categorías de personas.¹¹⁴⁹ Por el mismo motivo se condenaba a trabajos forzados en las minas, en las fortificaciones, presidios, arsenales o en obras públicas.¹¹⁵⁰ Frecuentemente, el trabajo de los presos también fue cedido a particulares.¹¹⁵¹

También se imponían otro tipo de penas privativas de libertad en las que el recurso al trabajo se justificaba como elemento correccional, como las penas de encierro en una casa galera¹¹⁵² o en las casas de corrección.¹¹⁵³ En general, la evolución de las características de los trabajos en prisión está muy vinculada a los fines que se perseguían con la imposición de las penas,¹¹⁵⁴ y algunos autores sostienen que la redefinición de los delitos y el

¹¹⁴⁷ Citado en Rodríguez Ramos, L., “La pena de las galeras en la España Moderna”, en *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, VVAA, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 263. Sobre el origen de la pena de galeras, ver: Martínez Martínez, M., *Los forzados de marina en la España del siglo XVIII (1700-1775)*, especialmente pp. 18 y ss.

¹¹⁴⁸ Fernández Artiach, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, p. 37; Kirchemer, O./Rusche, G., *Pena y estructura social*, pp. 65 y 66.

¹¹⁴⁹ Lasala Navarro, G., *Galeotes y presidiarios al servicio de la marina de guerra en España*, Editorial Naval, Madrid, 1961; Rodríguez Ramos, L., “La pena de galeras en la España moderna”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 31, No. 2, 1978; Cadalso, F., *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. De manera más general, Sellin, “Reflexiones sobre el trabajo forzado”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, No. 174, 1966, pp. 45 y ss; Alejandre, J. A., “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia*, Vol. 16, 1975, pp. 47-54.

¹¹⁵⁰ Cuello Calón, E., *Penología. Las penas y las medidas de seguridad*, Reus, Madrid, 1920, pp. 133 y ss.; Cuello Calón, E., *Moderna penología*, Bosh, Barcelona, 1974, cit., pp. 302, 360 y ss.; Neuman, E., *La evolución de la pena privativa de libertad y los regímenes carcelarios*, Pannedille, Buenos Aires, 1971, pp. 37 y ss.; Marcó del Pont, L., *Penología y sistemas carcelarios*, Depalma, Buenos Aires, 1974, pp. 41 y ss.; Garrido Guzmán, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 152 y ss.; García Valdés, C., *Introducción a la penología*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pp. 80 y ss.

¹¹⁵¹ En algunos casos, los condenados a pena de cadena fueron cedidos a particulares, lo que dio pie a abusos y a que se obligase a los reos a realizar trabajos que la ley no disponía. Ver: Vicente y Caravantes, J. V., *Código penal reformado comentado novísimamente*, Librerías de Don Ángel Callejar, Madrid y Santiago, 1851, p. 216; Vizmanos, T. M., Álvarez Martínez, C., *Comentarios al Código penal*, vol. I, 1848, pp. 353 y 354; Pacheco, J. F., *El Código penal Concordado y Comentado*, vol. I, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856, pp. 463 y 464.

¹¹⁵² Cuello Calón, E., *Penología*, p. 135; Cuello Calón, E., *Moderna penología*, p. 362; Neuman, E., *La evolución de la pena privativa de libertad y los regímenes carcelarios*, p. 40; Neuman, E., *Prisión abierta: una nueva experiencia penológica*, Depalma, Buenos Aires, 1962 pp. 27 y 28; García Valdés, C., *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 35; De La Cuesta Arzamendi, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipuzcoa, 1982, pp. 42 y 43; Mapelli Caffarena B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª edición, Cívitas, Madrid, 2011, p. 89.

¹¹⁵³ Sobre las casas de corrección hay ejemplos a partir de 1555: Sellin, T., *Pioneering in Penology. The Houses of Correction in the sixteenth and seventeenth centuries*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1946; Cuello Calón, E., *Penología*, pp. 105 a 107; Cuello Calón, E., *Moderna penología*, pp. 301 y *passim*; Neuman, E., *La evolución de la pena privativa de libertad y los regímenes carcelarios*, pp. 27 y ss.; De la Cuesta Arzamendi, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, pp. 40, 42 y 43; Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 8.

¹¹⁵⁴ Ver Belaustegui Mas., C. *Fundamentos del Trabajo Penitenciario*, pp. 4 y ss.

consiguiente aumento de los trabajos forzados dependió en gran medida de la necesidad mano de obra.¹¹⁵⁵ En muchos casos, las condiciones en las que se realizaban este tipo de trabajos eran muy similares o incluso peores a la esclavitud.¹¹⁵⁶

A nivel internacional, la historia de la abolición de la esclavitud y el auge del trabajo forzoso están estrechamente vinculados. Como analizamos anteriormente, a partir del siglo XIX comenzaron a proliferar los instrumentos internacionales que prohíben tanto la trata de esclavos como la esclavitud. El discurso antiesclavista del movimiento abolicionista permeó en la comunidad internacional hasta el punto de que, a mediados del siglo XIX, brindó a las potencias coloniales los argumentos y la justificación moral para la conquista de África.¹¹⁵⁷ Esto queda bien ilustrado con el Acta de la Conferencia de Bruselas de 1890 donde se refleja el carácter anti-esclavista y civilizatorio de la ocupación colonial.¹¹⁵⁸

Hacia la Primera Guerra Mundial la trata de esclavos a larga escala había cesado en África,¹¹⁵⁹ y no se reconocía el estatus legal de la esclavitud en la mayoría de las colonias.¹¹⁶⁰ No obstante, las potencias introdujeron otros mecanismos muy semejantes de explotación laboral, especialmente mediante los sistemas de trabajo forzoso.¹¹⁶¹ El trabajo

¹¹⁵⁵ Alan Pargas, D./Rosu, F., “Authority, Alienation and Social Death”, *Critical Readings on Global Slavery*, Brill, Leiden, Boston, 2017, p. 103.

¹¹⁵⁶ Para hacer esta afirmación, me baso fundamentalmente en los trabajos de Sellin, T., *Slavery and the Penal System*; y Weisser, M. R., *Crime and Punishment in Early Modern Europe*, Harvester Press, Sussex, 1979. Sellin parte de que las demandas del mercado de trabajo moldearon el sistema penal y determinaron su transformación a lo largo de los años, más o menos afectados por las teorías de la función de la pena en voga. Esta idea había sido desarrollada en el libro de: Kirchheimer y Rusche: *Pena y estructura social*. Mintz, S. W., “The Dignity of Honest Toil: A Review Article”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol 21, 1979, p.p. 558-566.

¹¹⁵⁷ Las potencias europeas justificaron la colonización de África, en parte, por la intención civilizatoria, que pasaba por abolir las incursiones para obtener esclavos y la trata dentro del continente. Quirk ha señalado que la esclavitud se convertiría en un emblema del “atraso civilizatorio” del continente que debía ser conjurado por la civilización europea, aunque advierte que no se puede reducir el movimiento abolicionista a intereses estratégicos. Ver: Quirk, J., “Ending Slavery in all Its Forms: Legal Abolition and Effective Emancipation in Perspective”, Vol. 2, No. 4, *The International Journal of Human Rights*, 2008, pp. 529, 539. Sobre esto, ver también: Miers, S./Roberts, R., *The End of Slavery in Africa*, University of Wisconsin Press, 1988, y Miers, S., “Slavery: A question of definition”, en *Critical Readings on Global Slavery*, Pargas, A./Rosu, F., (ed.), Brill, Leiden, 2017, p. 195 y ss.

¹¹⁵⁸ Cuando en su preámbulo indica: “Animados igualmente de la firme voluntad de poner un término a los crímenes y devastaciones que engendra el comercio de esclavos africanos, de proteger eficazmente las poblaciones aborígenes de África y asegurar a aquel vasto continente los beneficios de la paz y la civilización”.

¹¹⁵⁹ Miers, S./Roberts, R., *The End of Slavery in Africa*, pp. 3, 21. La excepción fue Etiopía, donde la esclavitud se redujo gradualmente en la década de 1920. La exportación de esclavos se redujo al tráfico de inmigrantes hacia Arabia Saudí y el Golfo Pérsico: Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century*, p. 43.

¹¹⁶⁰ Miers, S., “Slavery and the Slave Trade as International Issues 1890–1939”, pp. 16, 22.

¹¹⁶¹ Ver también Duffy, J., *A Question of Slavery*, Harvard University Press, Cambridge, 1967, p. 168; Heywood, L., “Slavery and Forced Labour in the Changing Political Economy of Central Angola, 1850-1949”, 1988, en Miers, S./Roberts, R., *The End of Slavery in Africa*, University of Wisconsin Press, 1988, pp. 415-436; Newitt, M., *Portugal in Africa: the Last Hundred Years*, Longmans, Essex, 1981; Clarence-Smith, G., *The Third Portuguese Empire 1825-1975: a Study in Economic Imperialism*, Manchester University Press, Manchester, 1993. Miers sugiere que las razones del recurso al trabajo forzoso fueron, básicamente, el deseo de las potencias coloniales en convertir a los africanos en trabajadores disciplinados que contribuyeran al fisco y al mercado. En el momento de la partición de África, la economía de muchas familias africanas era de subsistencia, de forma que cada unidad familiar obtenía lo suficiente para cubrir sus necesidades. No obstante, conseguir una masa de trabajadores que produjeran en el mercado requería

forzoso se convirtió en un aspecto muy arraigado de la economía de las colonias, donde se utilizaban sistemas de amenazas o coacción directa para captar trabajadores locales y mantenerlos en los puntos de producción.¹¹⁶² Esto permitía obtener mano de obra para el desarrollo de las comunicaciones y de la infraestructura económica, para el trabajo en las minas y en las plantaciones y, en definitiva, para todo tipo de actividades.¹¹⁶³

Podríamos enumerar una infinidad de casos de abusos de este tipo en toda África y en otras partes del mundo.¹¹⁶⁴ Uno de los más atroces y conocidos tuvo lugar en el Estado Libre del Congo durante el reinado de Leopoldo II de Bélgica, que estableció un sistema opresivo y generalizado de trabajo forzoso y lo mantuvo mediante un brutal ejercicio de violencia.¹¹⁶⁵

No obstante, la creación del concepto actual de trabajo forzoso y del movimiento que llevó a su erradicación es un proceso que no se entiende sin comprender previamente cómo se formó a nivel normativo, primero en la Sociedad de Naciones y después en el sistema de Naciones Unidas.

1.1 El trabajo forzoso en el periodo de la Sociedad de Naciones

La preocupación a nivel internacional ante los abusos por el trabajo forzoso en las colonias aparece durante el primer cuarto del siglo XX, como muestran los informes de la Comisión Temporal de la Esclavitud.¹¹⁶⁶ La Comisión mantuvo una postura ambivalente: por un lado, alertaba de la necesidad de poner fin a los intolerables abusos que entrañaba esta práctica en algunos lugares, que a veces era “una forma de esclavitud más o menos encubierta”,¹¹⁶⁷ pero por otro consideraba que era una cuestión interna de la

separar a algunos de ellos de la tierra. Los Gobiernos coloniales no tenían el suficiente capital como para pagar la cantidad de trabajo necesaria para construir la infraestructura -carreteras, vías de ferrocarril, puertos, etc. Atraer de esta forma a los trabajadores era difícil, por lo que tuvieron que recurrir a otras formas coactivas de obtener mano de obra. Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century*, pp. 47 y ss.

¹¹⁶² Rodney, W. “The Colonial Economy”, pp. 332, 337; Killingray, D., Mathews, J., “Beasts of Burden: British West African Carriers in the First World War”, p. 6; Mason, M., “Working on the Railway: Forced Labor in Northern Nigeria, 1907–1912”, en *African Labor History*, Gutkind, P./Cohen, R./Copans, J. (eds), Sage, 1978, p. 56; Klein, M./Miers, S. *Slavery and Colonial Rule in Africa*.

¹¹⁶³ Ver especialmente el informe de la OIT sobre la situación del trabajo forzoso en los Estados: OIT, *Forced Labour Report and Draft Questionnaire Item III on the Agenda*, 12ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1929, 341.2506N.

¹¹⁶⁴ Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century*, p. 53

¹¹⁶⁵ Existe una amplia bibliografía sobre el régimen implantado por Leopoldo II de Bélgica, pero son especialmente relevante la obra de Nelson, S. H., *Colonialism in the Congo Basin 1880-1940*, Ohio University Center for International Studies, Atenas, 1994, pp. 79-112; Northrup, D., *Beyond the Bend in the River: African Labor in Eastern Zaire, 1865-1940*, Ohio University for International Studies, Atenas, 1988; y Hochschild, A., *King Leopold's Ghost: A story of Greed, Terror and Heroism in Colonial Africa*, Houghton and Mifflin, Boston, 1999.

¹¹⁶⁶ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, pp. 3, 4, 6, 10, 25. Esta preocupación se debe posiblemente al gran número de escándalos que se destapaban periódicamente, que afectaban a la opinión pública y que llegaron a originar boicots de determinados productos, como el cacao, cuando se tuvo conocimiento que se obtenía mediante abusos y explotación laboral en las colonias portuguesas: Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century*, pp. 47- 55.

¹¹⁶⁷ En el informe llegaban a afirmar que “el trabajo exigido por las potencias coloniales podía ser incluso más opresivo que la esclavitud aún practicada por los indígenas”: Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, párr. 112.

soberanía de cada Estado¹¹⁶⁸ y que la “indolencia natural” de las “razas atrasadas” hacía necesario en ocasiones el recurso al trabajo forzoso.¹¹⁶⁹

En este contexto se aprueba la Convención de 1926 sobre Esclavitud, cuyo artículo 5 se refiere a los trabajos forzados sin definirlos.¹¹⁷⁰ Lo relevante de este artículo es que traza una línea entre el trabajo forzoso con fines de utilidad pública, que está permitido, y el trabajo forzoso con fines privados, que se desalienta pero que se admite en determinadas circunstancias.¹¹⁷¹ Como el objetivo de la Convención era la prohibición de la esclavitud y el tráfico de esclavos, todas las referencias al trabajo forzoso están vinculadas a la preocupación de que dicha situación deviniera en esclavitud.¹¹⁷² No obstante, en la práctica era difícil determinar qué tenía que ocurrir exactamente para que el trabajo forzoso se convirtiera en esclavitud puesto que, como había señalado el Comité Temporal anteriormente, “el trabajo exigido por las potencias coloniales podía ser en ocasiones más opresivo que la esclavitud aún practicada por los indígenas”.¹¹⁷³

1.2 El trabajo forzoso en la OIT

Poco después de la aprobación de la Convención de 1926, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se arrojó la lucha contra el trabajo forzoso,¹¹⁷⁴ ocupando el lugar

¹¹⁶⁸ Ibid., párr. 102

¹¹⁶⁹ Ibid., párr. 127. Por eso, expresaba la Comisión, “se debe prohibir todo trabajo forzoso y obligatorio, salvo para obras y servicios públicos esenciales, y siempre que se remunere adecuadamente”, párr. 112-116.

¹¹⁷⁰ Si se analizan los *travaux préparatoires* y los comentarios de los Estados a la Convención de 1926, se puede observar la falta de voluntad política de los mismos de definir el trabajo forzoso. También se enfrentaron a este problema los miembros de la Comisión Temporal, que señalaron que los Estados no estaban dispuestos a someter sus prácticas en las colonias a la regulación internacional. En el proceso de redactar la Convención de 1926, hubo Estados que propusieron que “el trabajo debía ser obligatorio no solo para trabajos de utilidad pública, sino con los objetivos de alcanzar bienestar social y educación”, para “asistirlos para que logren un estado más avanzado de civilización”. Finalmente, el Relator Especial de la Convención decidió no aceptarlo porque “esta propuesta podría llevar a que se produjeran el tipo de abusos que la Convención estaba diseñada para evitar y suprimir”. Ver: OIT, *Forced Labour Report and Draft Questionnaire Item III on the Agenda*, p. 13.

¹¹⁷¹ “En los territorios en los cuales el trabajo forzoso u obligatorio existe aún para otros fines que los de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se esforzarán en ponerle término tan pronto como sea posible, y que, mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia”.

¹¹⁷² Así, en el Preámbulo se establece: “considerando que es necesario impedir que el trabajo forzoso se llegue a producir en condiciones análogas a la esclavitud” y el artículo 5: “Las Altas Partes contratantes reconocen que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio o tutela a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud”.

¹¹⁷³ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, párr. 112.

¹¹⁷⁴ Esto se debe a que, junto con la aprobación de la Convención de 1926, la Asamblea de la Sociedad de Naciones también aprobó una resolución en la que encomendaba la lucha contra el trabajo forzoso a la Oficina Internacional del Trabajo: Documento A. 123.1926.VI de la Sociedad de las Naciones, citado en ONU/OIT, *Informe del Comité Especial del Trabajo Forzoso*, p. 136. Como consecuencia de este mandato, el Consejo de Administración de la OIT creó en 1926 una Comisión de Expertos que fue crucial para la redacción del texto del Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso. Estos expertos habían estudiado previamente las leyes y prácticas llevadas a cabo en las colonias, y en dicho estudio se ponía de manifiesto la brutalidad de las prácticas impuestas a la población indígena, tanto por gobiernos como por compañías

de la Sociedad de Naciones.¹¹⁷⁵ Para ello, en 1926 el Consejo de Administración de la OIT creó una Comisión de Expertos que fue crucial para la redacción del texto del Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso. Los expertos habían estudiado previamente las leyes y prácticas llevadas a cabo en las colonias, y en dicho estudio se ponía de manifiesto la brutalidad contra la población indígena, tanto por gobiernos como por compañías privadas,¹¹⁷⁶ y en 1930 se aprobó el texto final del Convenio No. 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio y dos Recomendaciones vinculadas.¹¹⁷⁷ En este Convenio se sentaron las bases, si no para la abolición inmediata y obligatoria del trabajo forzoso, por lo menos para una reglamentación en la órbita internacional que proscibiera los métodos más condenables y allanara el camino para una supresión gradual de las prácticas tolerables.¹¹⁷⁸ No obstante, el Convenio No. 29 es fruto del consenso,¹¹⁷⁹ lo que significa que la obligación más tangible que se pudo obtener fue la de “suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas” (art. 1).¹¹⁸⁰

El Convenio No. 29 define el trabajo forzoso en el apartado 1 del artículo 2: “cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar”, y en el segundo apartado enumera las formas de trabajo obligatorio excluidas que no quedan prohibidas ni reglamentadas en virtud del Convenio.¹¹⁸¹ Por lo demás, en los siguientes artículos (8 a 21) se establece un régimen

privadas: Ibid., p. 140; Maul, D. R., “The International Labour Organizations and the Struggle against Forced Labour from 1919 to the Present”, *Labor History*, No. 48, 2007, pp. 477 y ss.; Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century: the evolution of a global problem*, p. 62; Swepston, L., *Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law*, ILO Working Paper, 2015, pp. 6 y ss.: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_342966.pdf [último acceso: 23/01/2020].

¹¹⁷⁵ Únicamente se ocupó de la cooperación con el gobierno de Liberia para investigar sobre la existencia de condiciones de esclavitud y trabajos forzosos en ese país: Sociedad de Naciones, *International Commission of Enquiry in Liberia*, C.658.M.272.1930.VI., 15 de diciembre de 1930; ONU/OIT, *Informe del Comité Especial del Trabajo Forzoso*, p. 138.

¹¹⁷⁶ Ibid., p. 140. La OIT había preparado previamente un informe sobre el trabajo forzoso que la Comisión de Expertos estudió y revisó en julio de 1927. Este informe se sometió al 12º período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1929, junto con un proyecto de cuestionario para enviar a los estados, sobre las prácticas y leyes sobre el trabajo forzoso, y que sirvió de base para el proyecto de Convenio: OIT, *Forced Labour Report and Draft Questionnaire Item III on the Agenda*.

¹¹⁷⁷ Recomendación No. 35 sobre la imposición indirecta del trabajo, y la Recomendación No. 36 sobre la reglamentación del trabajo forzoso u obligatorio, adoptadas en la 14ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 28 junio 1930.

¹¹⁷⁸ OIT, *Forced Labour Report and Draft Questionnaire Item III on the Agenda*, p. 143. Para una visión general sobre el proceso de elaboración del borrador, ver: OIT, “The Fourteenth Session of the International Labour Conference”, Vol. 22, No. 3, *International Labour Review*, 1930, pp. 265 y ss.

¹¹⁷⁹ Únicamente Portugal estaba abiertamente en contra del Convenio, puesto que sostenía que la Convención de 1926 ofrecía suficiente regulación respecto al uso del trabajo forzoso. Por su parte, Bélgica y Francia trataron de incrementar el número de situaciones en las que era posible la utilización del trabajo forzoso. Ver: Miers, S., Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century: the evolution of a global problem*, pp. 147 y ss.

¹¹⁸⁰ Ibid., p. 141-148.

¹¹⁸¹ “a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar; b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en caso de fuerza mayor, es decir, guerra,

transitorio en el que está permitido el trabajo forzoso, aunque “únicamente para fines públicos y a título excepcional”, y sujeto a ciertos límites y garantías.¹¹⁸² En la práctica, los límites y garantías constituyeron subterfugios que excluían la aplicación Convenio No. 29,¹¹⁸³ y las reservas al tratado diluyeron la eficacia práctica del mismo.¹¹⁸⁴

Más adelante, durante el periodo entreguerras y durante la Segunda Guerra Mundial se había generalizado la imposición de trabajo forzoso, tanto fuera como dentro de las estructuras coloniales. Una descripción detallada del problema global del trabajo forzoso excede los límites de este trabajo, pero es de sobra conocida la utilización del trabajo forzoso a una escala sin precedentes en Japón¹¹⁸⁵ y, sobre todo, en la Alemania nazi y en los países bajo ocupación alemana.¹¹⁸⁶

1.3 El trabajo forzoso en la era de Naciones Unidas

El fin de la Segunda Guerra Mundial no puso fin a los abusos. En el contexto de la Guerra Fría empezaron a surgir acusaciones contra la Unión Soviética y los nuevos gobiernos comunistas por la utilización de sistemas de trabajo forzoso a gran escala para el desarrollo económico de dichos regímenes, especialmente en los “gulags”.¹¹⁸⁷ Además, se hizo cada vez más evidente que el trabajo forzoso no era utilizado únicamente por las

sinistros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población; e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.”

¹¹⁸² Por ejemplo, el artículo 11 indica que únicamente podrán ser sometidos a trabajo forzoso los varones mayores de dieciocho años y menores de cuarenta y cinco, y los siguientes artículos se refieren a cuestiones como la proporción de personas a las que se puede someter sin remuneración, o cuánto tiempo puede durar dicha situación. No obstante, actualmente la OIT considera derogado el régimen transitorio: OIT, *Report for Discussion at the Tripartite Meeting of Experts concerning the possible adoption of an ILO instrument to supplement the Forced Labour Convention, 1930(No. 29)*, OIT TMELE/2013, Ginebra, 11-15 de febrero de 2013, pp. 5-6: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meeting-document/wcms_203982.pdf [último acceso: 23/01/2020].

¹¹⁸³ Como pone de manifiesto McGeehan, el trabajo forzoso como forma de pago de un impuesto estaba fuera del ámbito de aplicación del Convenio No. 29: McGeenan, N. “Misunderstood and Neglected: The Marginalisation of Slavery in International Law”, p. 436.

¹¹⁸⁴ Por ejemplo, la reserva de Bélgica impedía considerar trabajo forzoso cualquier tipo de trabajo que tuviese utilidad pública: OIT, *Report of the Governing Body of the International Labour Office on the Working of the Convention (No. 29) concerning Forced or Compulsory Labour, 1930*, OIT, Ginebra, 1949, p. 7: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1949/49B09_78_engl.pdf [último acceso: 23/01/2020].

¹¹⁸⁵ La utilización de ciudadanos coreanos en regímenes de trabajos forzados está bien documentada en: Eckert, C., “Total War, Industrialization, and Social Change in Late Colonial Korea,” en *The Japanese Wartime Empire, 1931–1945*, Duus, P./Myers, R. H./Peattie, M. R., Princeton University Press, 2010, pp. 3 y ss; Kotkin, S., “Wartime economies and the mobilization of labor. World War Two and Labor: A Lost Cause?”, *International Labor and Working-Class History*, No. 58, 2000, pp. 181–191.

¹¹⁸⁶ Sobre esto existe una amplísima bibliografía. Por todos: Buggeln, M., *Slave Labor in Nazi Concentration Camps. Index of Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 335 y ss.; Beyer, J. C./Schneider, S. A., *Forced Labour under Third Reich*, Nathan Associates, 1999.

¹¹⁸⁷ Sobre las condiciones en los campos, ver: Solzhenitsyn, A., *The Gulag Archipelago 1918-1956: An experiment in Literary Investigation*, vol. I, Perennial Classics, 1973; Conquest, R., *The Great Terror: A Reassessment*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

potencias coloniales en algunos territorios distantes, sino también por los regímenes dictatoriales en el propio corazón Europa.¹¹⁸⁸ Con el sistema de Naciones Unidas recién estrenado, se crea el Comité Especial del Trabajo Forzoso para estudiar esta cuestión y presentar un informe tanto al ECOSOC como al Consejo de Administración de la OIT.¹¹⁸⁹

En este informe se revela que existen principalmente dos sistemas de trabajo forzoso: el que se aplica como instrumento de coerción política o como castigo a las personas expresan determinadas ideas políticas, y el que se impone con fines económicos importantes.¹¹⁹⁰ El Comité expresó su preocupación al respecto porque, “por atrayente que pueda parecer la idea de servirse de esos métodos para favorecer el progreso económico de un país, los mismos conducen a un sistema que no sólo somete a un sector de la población a duras condiciones de vida y a una situación indigna, sino que gradualmente hace descender la condición y la dignidad de los propios trabajadores libres de esos países”.¹¹⁹¹

Tras el informe se creó un Comité sobre el Trabajo Forzoso de la OIT, que redactó el Convenio No. 105, cuyos miembros signatarios se obligan a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio, aunque seguían existiendo excepciones.¹¹⁹² El Convenio de 1957 complementa al Convenio No. 29, sin sustituirlo. En otras palabras, no ofrece una nueva definición de trabajo forzoso, sino que llama la atención sobre la necesidad de suprimir y no hacer uso de ciertas modalidades de trabajo forzoso:

- (a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- (b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento

¹¹⁸⁸ Andrees, B., “The International Labour Organization’s Work on Forced Labour”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, 2016, p. 347.

¹¹⁸⁹ Este órgano, liderado por Ramaswami Mudaliar, es una muestra de la colaboración entre la OIT y las Naciones Unidas. El 19 de marzo de 1951, el ECOSOC aprobó la resolución 350 (XII), en la que invitaba a colaborar a la OIT y establecía el mandato del Comité Especial del Trabajo Forzoso con el objetivo de: “Estudiar la naturaleza y el alcance de los problemas planteados por la existencia en el mundo de sistemas de trabajo forzoso “correcional” que se apliquen como medio de coerción política o de castigo a personas que sustentan o expresan ciertas opiniones políticas y cuyo desarrollo sea tal que constituyan un elemento importante en la economía de un país dado, examinando los textos legislativos y reglamentarios, así como su aplicación, en relación con los principios recordados antes y, si el Comité lo estima conveniente, tomando en consideración nuevos testimonios.” En realidad, como Miers pone de manifiesto, se trata de una jugada política de los países del bloque del oeste para obtener una cierta ventaja moral en el juego de “guerra política”: Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century: the evolution of a global problema*, pp. 321. No obstante, aunque se previó que la investigación se limitaría a los países del Bloque del Este, el Comité de Mudaliar interpretó su mandato de manera bastante liberal, reabriendo así el debate sobre el trabajo forzoso en los territorios coloniales. Andrees, B., “The International Labour Organization’s Work on Forced Labour”, p. 347; Maul, D. R., “The International Labour Organizations and the Struggle against Forced Labour from 1919 to the Present”, p. 477.

¹¹⁹⁰ ONU/OIT, *Informe del Comité Especial del Trabajo Forzoso*, p. 126.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 127-129.

¹¹⁹² OIT, *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, p. 11; Plant, R., “Modern Slavery: The Concepts and their Practical Application”, ILO Working Paper, 2015, pp. 6-7: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_355052.pdf [ultimo acceso: 23/01/2020]; Andrees, B., “The International Labour Organization’s Work on Forced Labour”, p. 348

económico;

(c) como medida de disciplina en el trabajo; (d) como castigo por haber participado en huelgas;

(e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.¹¹⁹³

Con el tiempo, la OIT ha desarrollado una infraestructura que le ha permitido “ganar la causa” –al menos legalmente– de la erradicación del trabajo forzoso en todo el mundo. A esta estructura se han ido incorporando Convenios que afectan tangencialmente a los elementos del trabajo forzoso,¹¹⁹⁴ como el Convenio No. 95 sobre la protección del salario; el Convenio No. 122 sobre la política del empleo;¹¹⁹⁵ el Convenio No. 138 sobre la edad mínima;¹¹⁹⁶ el Convenio No. 143 sobre los trabajadores migrantes;¹¹⁹⁷ el Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales;¹¹⁹⁸ el Convenio No. 181 sobre las agencias de empleo privadas;¹¹⁹⁹ y el Convenio No. 189 sobre los trabajadores domésticos.¹²⁰⁰ Otros Convenios han abordado más directamente la cuestión del trabajo forzoso, como el Convenio No. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

2. La definición de trabajo forzoso en el Derecho internacional: ¿cuál es la definición en vigor?

Salvo la definición del Convenio No. 29 de la OIT, los instrumentos internacionales que se refieren a los trabajos o servicios forzosos posteriormente no los definen. Esto puede llevarnos a afirmar, sin mayor discusión, que la definición contenida en el artículo

¹¹⁹³ Artículo 1.

¹¹⁹⁴ Una enumeración exhaustiva se puede encontrar en: Rojo Torrecillas, “Nueva esclavitud y trabajo forzoso. Un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral”, pp. 739 y ss.; Cavas Martínez, F., “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, No. 5, /2001, pp. 83-96.

¹¹⁹⁵ Este Convenio, uno de los prioritarios de la OIT, establece en el apartado 1 del artículo 1 que los Miembros “declararán y perseguirán, como objetivo principal, una política activa destinada a promover el empleo pleno, productivo y libremente elegido”. Con la expresión “libremente elegido” se refiere al derecho a no ser sometido a trabajo forzoso u obligatorio, en particular cuando sea impuesto por los gobiernos. También hace referencia a la intervención positiva del mercado de trabajo y otras medidas que puedan contribuir a erradicar los sistemas de trabajo coercitivos: Swepston, L., *Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law*, p. 13

¹¹⁹⁶ Este Convenio exige que los Estados que lo ratifiquen prohíban “todo tipo de empleo o trabajo que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se lleve a cabo, pueda poner en peligro la salud, la seguridad o la moralidad de los jóvenes”, lo que incluye implícitamente el trabajo forzoso y obligatorio. Esta prohibición se haría más explícita en el Convenio No. 182 sobre Peores Formas de Trabajo Infantil.

¹¹⁹⁷ Cuyo artículo 1 exige a los Estados que lo ratifiquen que “respeten los derechos humanos básicos de todos los trabajadores migrantes”, lo que incluye necesariamente la prohibición del trabajo forzoso. Tras llamar la atención sobre la especial vulnerabilidad de este colectivo ante los abusos, prevé medidas de protección a los trabajadores migrantes que pudieran correr riesgo de encontrarse en este tipo de situaciones.

¹¹⁹⁸ Este Convenio dispone en su artículo 11 que “la prestación de servicios personales obligatorios, remunerados o no, por parte de los miembros de los pueblos interesados, está prohibida y es punible por la ley, salvo en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”.

¹¹⁹⁹ Además de recordar el Convenio No. 29 sobre trabajo forzoso en su Preámbulo, reconoce el papel que las agencias privadas de colocación pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo y prevé algunas medidas para prevenir el abuso de los trabajadores que utilicen sus servicios.

¹²⁰⁰ En el artículo 3 establece que todos los Estados Miembros deben adoptar medidas para “respetar, promover y realizar los principios y derechos fundamentales en el trabajo” de los trabajadores domésticos, incluida la eliminación del trabajo forzoso y obligatorio. Este Convenio destaca la necesidad de tomar medidas para evitar las violaciones de derechos a las que son especialmente propensos.

2.1 del Convenio No. 29 es la que se encuentra en vigor actualmente. No obstante, en algunas ocasiones los encargados de los borradores y los organismos de supervisión de los tratados se han distanciado expresamente de la definición del Convenio No. 29,¹²⁰¹ que fue concebido en un contexto muy diferente al actual y dirigido principalmente al Estado. Esto hace que sea muy relevante la cuestión de si la definición sigue en vigor hoy en día, o si se trata únicamente de un punto de partida de escasa utilidad práctica.

Vamos a esgrimir dos argumentos que permiten afirmar que la definición del artículo 2.1 del Convenio No. 29 continúa en vigor: en primer lugar, porque la acción de la propia OIT ha logrado reinterpretar la definición de trabajo forzoso y adaptarla al contexto actual; y, en segundo lugar, porque esa parece haber sido la voluntad ulterior de los Estados que ratificaron el Convenio de 1930.

En relación con el primer argumento, el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha sido crucial para la interpretación del concepto de trabajos forzosos.¹²⁰² Lo ha hecho a través de sus Estudios Generales, que son exámenes detallados sobre el significado y aplicación de los instrumentos normativos de la OIT, tanto por países que los han ratificado como por los que no.¹²⁰³ El quinto y último que se ha presentado sobre los Convenios No. 29 y 105 es de 2012¹²⁰⁴. Estos Estudios reflejan la posición de la OIT sobre el trabajo forzoso, adaptando la definición a la realidad actual y reafirmando su vigencia.

En segundo lugar, atendiendo a las reglas de interpretación del Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, además de la buena fe, del sentido corriente de los términos del tratado en su contexto, y de su objeto y fin (artículo 31.1), para la interpretación de los tratados debe tenerse en cuenta “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” (artículo 31.3). Para determinar si existe un “acuerdo ulterior” vamos a examinar la práctica seguida por los Estados expresada a través de los tratados subsiguientes y la interpretación de los

¹²⁰¹ Como se deduce de los *travaux préparatoires* del PIDCP. Ver: ONU, Asamblea General, *Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights prepared by the Secretary-General*. A/2929, 1955, p. 33: https://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/A-2929.pdf [último acceso: 23/01/2020].

¹²⁰² Sobre la relevancia del papel del CEACR en el marco de la OIT, ver: OIT, *Rules of the Game. An introduction to the standards-related work of the International Labour Organization*, ILO, Ginebra, 2019, pp. 106 y ss.: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_672549.pdf [último acceso: 25/07/2019]. Ver también: Ollus, N., “Regulating forced labour and combating human trafficking: the relevance of historical definitions in a contemporary perspective”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 63, No. 5, 2015, p. 229.

¹²⁰³ El primer Estudio General, que tenía carácter preliminar, se realizó en 1962; el segundo en 1968; el tercero en 1979; el cuarto en 2007 y el último en 2012; Andrees, B., “The International Labour Organization’s Work on Forced Labour”, 2016, p. 351; Swepston, L., “Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law”, p. 10; Otro mecanismo de supervisión es la presentación de informes por parte de los Estados que han ratificado, a los que el CEACR hace comentarios en forma de observaciones publicadas o solicitudes directas inéditas.

¹²⁰⁴ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2012: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf [último acceso: 18/01/2020].

organismos que los supervisan.

2.1 La definición de trabajo forzoso en el marco de la OIT

En el Convenio No. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil la OIT engloba los trabajos forzosos entre las “peores formas de trabajo infantil”, haciendo alusión al Convenio No. 29 en el Preámbulo. Todos estos Convenios sobre el trabajo forzoso forman parte de los ocho Convenios fundamentales del trabajo, que son las normas que la OIT considera básicas, incluidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.¹²⁰⁵ Alston y Heenan señalan que la Declaración es relevante por dos razones: por un lado, porque muestra el consenso alcanzado sobre ciertas normas básicas y la importancia de la abolición del trabajo forzoso y, por otro, porque es un punto de referencia para evitar discrepancias en cuanto a definiciones.¹²⁰⁶

En junio de 2014 la OIT adoptó el Protocolo relativo al Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso de 1930 y una Recomendación que complementa tanto al Protocolo como al Convenio No. 29.¹²⁰⁷ El Protocolo refuerza el compromiso de la OIT con la lucha efectiva del trabajo forzoso y reafirma expresamente la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio No. 29.¹²⁰⁸

2.2 La definición de trabajo forzoso en el sistema de Naciones Unidas y en otros organismos regionales

2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

Es reseñable que la DUDH se refiere en el artículo 4 a la esclavitud, servidumbre y trata de esclavos, pero no al trabajo forzoso. Se planteó la posibilidad de incluirlo, pero

¹²⁰⁵ Los Convenios fundamentales son aquellos establecidos en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998. Son Convenios que todos los Estados miembro tienen el compromiso de respetar, derivado de su mera pertenencia a la OIT. Aunque no se trata de una norma jurídica vinculante, se ha erigido, junto con el concepto de trabajo decente, como uno de los pilares básicos de la acción de la OIT en la actualidad: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Derechos en el trabajo y trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, No. 15-18, 2012, p. 69; Lousada Arochena, J. F./Ron Latas, R. P., “La integración del trabajo decente de la organización internacional del trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (agenda 2030)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, No. 211, 2018, pp. 113-139.

¹²⁰⁶ Alston, J./Heenan, P., “Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, No. 2, 2004, p. 225.

¹²⁰⁷ Para un análisis más detallado del Protocolo, ver: Aikman, A./Andrees, B., “Raising the Bar: The Adoption of New ILO Standards against Forced Labour”, en *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labour and Modern Slavery*, Kotiswaran, P. (ed.), Cambridge University Press, 2017, pp. 359-394.

¹²⁰⁸ El artículo 1.3 indica que “se reafirma la definición de trabajo forzoso y obligatorio contenida en el Convenio No. 29”.

finalmente se excluyó en la redacción final.¹²⁰⁹ Esta decisión pudo estar influida por factores como que los autores del texto no estaban tan preocupados por los matices de las definiciones como por enunciar principios generales, y así evitar así las controversias.¹²¹⁰

2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El artículo 8 del PIDCP prescribe que: “nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”, añadiendo una serie de excepciones a esta prohibición. Los redactores del Pacto no incluyeron la definición del Convenio No. 29 de la OIT porque consideraron que “dicha definición, especialmente si se lee a la luz de las excepciones, no puede considerarse “enteramente satisfactoria” para su inclusión en el tratado”.¹²¹¹

2.2.3 Otros tratados internacionales

Otros tratados del ámbito de Naciones Unidas también se refieren al trabajo forzoso sin definirlo, como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 11.2), o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 27.2). En otros casos, aunque el tratado no contemple ninguna disposición sobre los trabajos forzados, sus órganos de supervisión se han referido a ellos en sus recomendaciones a los Estados parte, como la Convención de los derechos del niño¹²¹² o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.¹²¹³

El Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia incluyen el trabajo forzoso entre las finalidades de la trata de los artículos 3 y 4, respectivamente. Sus *travaux préparatoires* se muestran que se basaron en la definición del Convenio No. 29.¹²¹⁴

¹²⁰⁹ Ver: ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Drafting Committee, Draft Outline of an International Bill of Rights*, p. 4; UN, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Records of the Fourth Meeting*, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/SR.4, 1947, pp. 2 y 3. Ver también, Allain, J., *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, pp. 301-304.

¹²¹⁰ Samnoy, A., “The origins of the Universal Declaration of Human Rights”, en *The Universal Declaration of International Human Rights Law*, Eide. A./Alfredsson, G. (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1999, p. 15; Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 373.

¹²¹¹ ONU, Asamblea General, *Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights prepared by the Secretary-General*, A/2929, p. 33; Bossuyt, M. J., *Guide to ‘travaux préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights*, p. 169.

¹²¹² El Comité de los Derechos del Niño (CRC) ha emitido recomendaciones sobre el trabajo forzoso en las Observaciones Finales de algunos Estados. Por ejemplo: de Camboya, (CRC/C/KHM/CO/2, 3 de agosto 2011, párr. 73-74) o Cabo Verde (CRC/C/CPV/CO/2, 27 de junio de 2019, párr. 86)

¹²¹³ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha planteado cuestiones relacionadas con los trabajos forzados en las Observaciones Finales de algunos países como en República Dominicana: CEDAW/C/DOM/CO/6-7, 30 julio 2013, párr. 35.

¹²¹⁴ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, pp. 340, 351 y *passim*; Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 89 y *passim*. Además, la propia OIT indicaba que “los Convenios de la OIT relativos a la trata de personas y el Protocolo proceden de diferentes órganos en diferentes contextos. No se sustituyen legalmente entre sí”. OIT, *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidance for Legislation and Law Enforcement*, ILO, Ginebra, 2005, p. 1: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081999.pdf [último acceso: 23/01/2020].

2.2.4 Tratados regionales

En el marco del Consejo de Europa, el CEDH prohíbe el trabajo forzoso en el artículo 4.2 y establece algunos límites a lo que pueden considerarse trabajos forzados u obligatorios en el apartado 3.¹²¹⁵ Ante la ausencia de una definición, el TEDH ha adoptado como punto de partida la definición del artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT, aunque “no deben perderse de vista las características especiales de la Convención o el hecho de que es un instrumento vivo que debe leerse a la luz de las nociones actualmente imperantes en los Estados democráticos”.¹²¹⁶

Dentro de la Unión Europea (UE), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también contempla la prohibición del trabajo forzado en el artículo 5.2, sin establecer ninguna excepción.¹²¹⁷ El derecho secundario también se ha referido a ellos en el contexto de la lucha contra la trata, primero en la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos¹²¹⁸ y, más adelante, en la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos.¹²¹⁹

La UE ha procedido a la aprobación de la Decisión 2015/2037 del Consejo, de 10 de noviembre de 2015, por la que se autoriza a los Estados Miembros a ratificar el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930, de la OIT, en lo que respecta a las cuestiones relativas a la política social.¹²²⁰ De este modo, la UE promueve la ratificación de los convenios internacionales en el ámbito del trabajo que la OIT considera actualizados, “a fin de contribuir a los esfuerzos de la Unión por fomentar los derechos humanos y un trabajo decente para todos, y por erradicar la trata de seres humanos tanto dentro como fuera de la Unión”.¹²²¹

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aunque no se refiere expresamente al trabajo forzoso, prescribe en el artículo 5 que “[t]odo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status

¹²¹⁵ El artículo 4.3 CEDH indica: “No se considera como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

¹²¹⁶ SSTEDH, *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 32; *Siliadin c. Francia*, párr. 115-116; *Stummer c. Austria*, párr. 117-118; *CN y V c. Francia*, párr. 71. En los travaux préparatoires del Convenio de Varsovia se indica que el CEDH se basó en la definición del Convenio No. 29: Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 90.

¹²¹⁷ Sobrino Heredia, J. M., “Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, en Mangas Martín, A. (dir.), Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

¹²¹⁸ Art. 1.1(d).

¹²¹⁹ Artículo 2.3 y considerando 11, que remite directamente al Convenio No. 29.

¹²²⁰ DO L 298/23 de 14 de noviembre de 2015.

¹²²¹ *Ibid.* Ver también Morán Blanco, S., “El ‘trabajo decente’ en la UE: políticas y normas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, No. 206, 2018, pp. 20 y ss.

legal. *Todas las formas de explotación y degradación del hombre*, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, *serán prohibidos*".

La Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe los trabajos forzados u obligatorios en el artículo 6, donde también se enumeran las situaciones que no constituyen trabajos forzados a efectos de ese artículo. La CIDH también ha interpretado el artículo 6. 2 de la Carta de San José a la luz del Convenio No. 29 de la OIT.¹²²² En este sentido, la Corte ha entendido que, conforme al artículo 31. 2 y 3 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la Carta de San José,¹²²³ la Carta debe interpretarse conforme los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados y el sistema en el que se inscribe.¹²²⁴

2.2.5 Las Relatoras Especiales sobre formas contemporáneas de esclavitud

Las Relatoras Especiales han utilizado también el marco normativo de la OIT como estándar para evaluar la conducta de los Estados:¹²²⁵ concretamente, la Convención No. 29 sobre el Trabajo Forzoso, la No. 189 sobre Peores Formas de Trabajo Infantil, la Recomendación No. 201, y el recientemente adoptado Protocolo sobre el Trabajo Forzoso.¹²²⁶ A pesar de este claro marco normativo, la primera Relatora se alejó en la práctica de la definición de la Convención No. 29 de la OIT, cuando reprochaba que: "muchos países, al definir el trabajo forzoso han utilizado la coacción como factor determinante de esa categoría de trabajo y no han incluido las condiciones de trabajo".¹²²⁷

No obstante, la Relatora Urmila Bhoola ha sido más precisa con los conceptos, y a la hora de definir el trabajo forzoso se ha ceñido a la Convención se ciñe a la definición del Convenio No. 29 y lo distingue de la esclavitud:

[a] menudo se define el trabajo forzoso como una forma contemporánea de la esclavitud, pero el hecho de que constituya o no esclavitud depende de las circunstancias y, en particular, de

¹²²² *Ituango*, párr. 141, 154-165

¹²²³ El artículo 29 establece las reglas de interpretación: "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

¹²²⁴ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 291 y ss.; *Ituango*, párr. 157 y ss.

¹²²⁵ Stoyanova, V., "United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations", p. 383

¹²²⁶ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Urmila Bhoola, 27º periodo de sesiones, A/HRC/27/53, 22 de julio 2014*, párr. 17

¹²²⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, 12º periodo de sesiones, A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009*, párr. 84.

la naturaleza del control y de la forma de poder que se ejerce sobre un empleado.¹²²⁸

A modo de resumen, tanto los tratados internacionales posteriores donde se contempla la prohibición del trabajo forzoso se refieren al Convenio No. 29 de la OIT,¹²²⁹ bien en los *travaux préparatoires* o a través de los organismos que supervisan la aplicación del tratado. Además, el último acuerdo internacional al respecto, el Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, confirma expresamente la definición del Convenio No. 29 en su artículo 1.3.

La discrepancia más clara la encontramos en el PIDCP, cuyos *travaux préparatoires* revelan que la definición contenida en el Convenio No. 29 no se consideraba completamente satisfactoria. No obstante, cuando profundizamos en la interpretación del artículo 8.3 del Comité de Derechos, podemos afirmar que el concepto empleado por este órgano es muy similar y no contradictorio al ofrecido en el Convenio No. 29. La postura del CDH queda bien reflejada en *Bernadette Faure c. Australia*,¹²³⁰ que es la única comunicación individual en la que se ha pronunciado sobre el concepto de trabajo forzoso.¹²³¹ El CDH observó que “en el Pacto no se explica con más detalle el significado del término ‘trabajo forzoso u obligatorio’. Aunque las definiciones contenidas en los instrumentos pertinentes de la OIT podrían ayudar a elucidar su significado, en última instancia le corresponde al Comité determinar si se cometieron actos prohibidos”.¹²³²

El CDH no cita la definición de trabajo forzoso del Convenio No. 29, pero enuncia un concepto muy similar: “[e]n opinión del Comité, el término ‘trabajo forzoso u obligatorio’ comprende toda una gama de conductas que abarcan desde el trabajo impuesto a una persona por sanción penal, particularmente en condiciones especiales de coacción o explotación o inaceptables por otro motivo, hasta trabajos menos importantes en circunstancias en las que se amenaza con un castigo como sanción comparable en caso de no efectuarse el trabajo exigido”. Además, señala que: “en relación con los hechos expuestos y en particular ante la ausencia de un aspecto degradante o deshumanizador del trabajo realizado, la documentación que tiene ante sí el Comité no indica que el trabajo en cuestión quede abarcado en el ámbito de los extremos prohibidos en virtud del artículo 8”.¹²³³

¹²²⁸ ONU, Asamblea General, *Las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, 73º periodo de sesiones, A/73/139, 10 de julio de 2018, párr. 14.

¹²²⁹ En el marco de la UE, la vigencia de la definición de trabajo forzoso del Convenio No. 29 de la OIT se confirma en la normativa secundaria: la Directiva 2011/36/UE relativa a la trata de seres humanos, establece expresamente en el Considerando 11 que: “[e]n el contexto de la presente Directiva, la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio No. 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930”.

¹²³⁰ Comité de Derechos Humanos, *Bernadette Faure v. Australia*, Comunicación No. 1036/2001, UN Doc. CCPR/C/85/D/1036/2001, 23 de noviembre, 2005.

¹²³¹ Ha habido otros casos sobre trabajo forzoso que se han presentado ante el Comité, pero se han declarado inadmisibles o no se han pronunciado sobre cuestiones de fondo, como las Comunicaciones No. 1994/2010, UN Doc. CCPR/C/101/D/1994/2010, de 28 de abril de 2011; y la No. 2179/2012, UN Doc. CCPR/C/112/D/2179/2012, de 14 de enero de 2015. Al respecto, ver: Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 527.

¹²³² *Bernadette Faure v. Australia*, párr. 7.5.

¹²³³ *Ibid.*

De estas consideraciones podemos deducir que, según el CDH, para que exista trabajo forzoso u obligatorio es necesario que exista una sanción penal o un castigo comparable si no se realiza el trabajo requerido, y que este trabajo debe tener un aspecto *degradante* o *deshumanizador*. Este segundo elemento es el que ha llevado a algunos autores a sostener que el PIDCP contiene una definición que difiere de la del Convenio No. 29, que exige únicamente la amenaza de pena y ausencia de consentimiento.¹²³⁴

No obstante, también se puede argumentar que el “aspecto degradante y deshumanizador” es un aspecto intrínseco del trabajo forzoso que, además, se tiene en cuenta para evaluar la existencia de una amenaza o de consentimiento. De hecho, la propia OIT ha identificado la existencia de condiciones laborales abusivas o degradantes como indicadores de situaciones de trabajo forzoso.¹²³⁵ De este modo, aunque el CDH se distancie expresamente del concepto de trabajo forzoso de la OIT, la definición que aporta comparte en lo esencial los elementos de la del Convenio No. 29, puesto que en ambos casos el eje central es la coacción y la consiguiente ausencia de consentimiento.¹²³⁶

En definitiva, tanto la acción de la OIT como la existencia de tratados posteriores sobre el trabajo forzoso confirman el estatus del artículo 2.1 del Convenio N. 29 de la OIT

3. Concepto de trabajo forzoso

Para el análisis de la interpretación del concepto del Convenio No. 29 vamos a tener en cuenta la posición de la OIT reflejada en los Estudios Generales del CEACR y la de los Tribunales internacionales de derechos humanos con competencias al respecto.¹²³⁷ Se

¹²³⁴ Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 429.

¹²³⁵ OIT, *ILO indicators of Forced Labour*, 2012, p. 3: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf [último acceso: 23/01/2020]. En concreto, estos indicadores son: abuso de la vulnerabilidad, engaño, restricción del movimiento, aislamiento, violencia física y sexual, intimidación y amenazas, conservación de documentos de identidad, retención de salarios, servidumbre por deudas, condiciones de vida y de trabajo abusivas, horas extra excesivas, etc. Ver también, OIT, *Operational indicators of trafficking in human beings*, 2009, p. 4, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf [último acceso: 23/01/2020]; McQuade, A., “Labour trafficking”, en *Human Trafficking and Modern Day Slavery*, Clark, J. B./Poucki, S., SAGE publications, 2019, pp. 111 y ss.

¹²³⁶ Según Novak, la involuntariedad es el elemento fundamental de la definición en el PIDCP. Ver: Novak, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights*, 2ª rev. ed., Engel, Kehl, 1993, p. 201. OIT, *The cost of coercion: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, ILO, Ginebra, 2009, pp. 5-6: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106268.pdf [último acceso: 23/01/2020]; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso, Estudio General relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), de la Comisión de Expertos de las Legislaciones y prácticas nacionales relativas al trabajo forzoso*, pp. 20-21, OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, pp. 5 y ss.

¹²³⁷ Aunque también es útil tener en cuenta los “Indicadores del Trabajo Forzoso”, aunque sea en el contexto de la trata, elaborados por la OIT en 2009. Estos indicadores se agrupan en seis categorías, algunos se describen como “fuertes”, y otros como “medios” o “débiles”: OIT, *Operational Indicators of Trafficking in Human Beings. Results from a Delphi Survey Implemented by the ILO and the European Commission*, 2009: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf [último acceso: 23/01/2020]. Los indicadores son el método de identificación del

examinará especialmente la jurisprudencia del TEDH, que ha ofrecido importantes matices a la definición de trabajo forzoso.

3.1 Elementos del concepto de trabajo forzoso

El apartado 1 del Convenio No. 29 de la OIT aporta la definición básica de los trabajos:

[...] la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

Podemos distinguir tres elementos: “trabajo o servicio”, “bajo amenaza de una pena cualquiera” y “para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. A continuación, vamos a desglosar cada uno de ellos.

3.1.1 Trabajo o servicio

La consideración del trabajo o servicio como relevante a efectos del trabajo forzoso viene determinada por la naturaleza de la relación entre la víctima y el empleador, no por el tipo de actividad realizada o su licitud, es decir, no tiene que estar reconocido oficialmente como actividad económica para que sea considerado trabajo forzoso. Por ejemplo, el que en un Estado no se pueda ejercer legalmente la prostitución no impide que prostitución forzada pueda ser una modalidad de trabajo forzoso porque el sujeto pasivo del trabajo forzoso puede ser cualquier individuo en el sector público o privado, y porque están cubiertas todas las categorías de trabajadores.¹²³⁸

En cuanto a los posibles sujetos activos, la prohibición de trabajo forzoso se refiere tanto al trabajo ordenado por el Estado como al que se impone coactivamente entre particulares.¹²³⁹ Esto es coherente con la distinción que realiza el TEDH sobre el trabajo forzoso u obligatorio: mientras que el trabajo obligatorio hace alusión a una obligación

trabajo forzoso más utilizado en la práctica. En los Países Bajos, el llamado “modelo barrera” fue desarrollado como una herramienta analítica para facilitar la observación y el registro en aquellos lugares donde se incrementa el riesgo de explotación, como los centros provisionales para migrantes: Relator Holandés sobre la Trata de Seres Humanos, *Fifth Report of the Dutch National Rapporteur*, BNRM, 2007. El uso de indicadores es común y proporciona orientación a los distintos agentes y responsables de la aplicación de la ley. Sin embargo, su aplicación sigue siendo a menudo problemática en la práctica a la hora de determinar el extremo de una situación. Esto se debe a que la mayoría de los casos ocupan un lugar intermedio entre los dos extremos y son difíciles de encajar en una categoría sencilla: Skrivankova, K., *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, p. 7.

¹²³⁸ Adultos y niños, nacionales y extranjeros, incluidos los migrantes en situación irregular, los trabajadores domésticos, trabajadores de la economía informal, etc. Ver: OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012, sobre los convenios fundamentales*, párr. 262, 269; OIT, *Strengthening action to end forced labour*, 103ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, pp. 9-19: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_217752.pdf [último acceso: 23/01/2020]; OIT, *Informe de la 20ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo*, p. 131.

¹²³⁹ Aun que en este caso, para poder establecer la responsabilidad del Estado derivada de la CEDH, será necesario acreditar que el Estado ha vulnerado alguna de las obligaciones positivas dimanantes del mismo. Ver: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 319 y ss., y análisis *infra*.

legal, el trabajo forzoso está relacionado con “la idea de coacción física o mental”.¹²⁴⁰ Por tanto, cuando se trate de la imposición de trabajo coactivamente entre particulares, únicamente podrá darse la modalidad de trabajo forzoso y no la de trabajo obligatorio.

3.1.2 Bajo la amenaza de una pena cualquiera

La amenaza de una pena cualquiera debe entenderse en un sentido muy amplio, ya que abarca desde sanciones penales hasta otras formas de coacción, tales como la violencia física o sexual contra el propio trabajador o contra personas cercanas a él, intimidación, retención de documentos de identidad o incluso pérdida de privilegios o ventajas.¹²⁴¹ La OIT no ha aceptado que la amenaza de una pena pueda equipararse a la “penuria económica” en general o a la necesidad de mantener un trabajo para ganarse la vida, “porque el empleador o el Estado no son responsables de todas las limitaciones externas o coacciones indirectas que existen en la práctica”.¹²⁴² La necesidad de trabajar para ganarse la vida sólo es relevante en conjunción con otros factores de los cuales el empleador sea responsable.¹²⁴³

Esta interpretación flexible sobre la intensidad de la amenaza de la OIT se contrapone con la del CDH, que exige que la amenaza de sanción penal o un castigo comparable “en condiciones especiales de coacción o explotación”.¹²⁴⁴ El TEDH se ha situado a medio camino entre esta interpretación y la de la OIT: por un lado sostiene que la pena con la que se amenaza debe ser “lo suficientemente intimidante”,¹²⁴⁵ pero en la práctica lo ha

¹²⁴⁰ *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 34.

¹²⁴¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 270. En el Estudio de 2007, el CEACR pone el siguiente ejemplo: “Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando las personas que se niegan a llevar a cabo un trabajo voluntario se exponen a perder determinados derechos, ventajas o privilegios, en una situación en la cual dichos derechos, privilegios u otras ventajas (tales como ascensos, traslados, acceso a un nuevo empleo, adquisición de determinados bienes de consumo, vivienda o participación en programas universitarios) dependen de los méritos acumulados e inscritos en el expediente laboral por los trabajadores”: OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 37. También: OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, pp. 5-6; OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*, pp. 18 y ss. También pueden ser de tipo financiero, como el impago de salarios o incremento del interés ligado a una deuda: OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, p. 6; OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*, pp. 20 y ss.

¹²⁴² OIT, *Forced labour and human trafficking. Casebook of Court Decisions. A training manual for judges, prosecutors and legal practitioners*, ILO, 2009, pp. 5-6: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106143.pdf [último acceso: 23/01/2020].

¹²⁴³ Literalmente, la OIT indica que: “La obligación de permanecer en un puesto de trabajo debido a la falta de oportunidades alternativas de empleo, tomada por sí sola, no equivale a una situación de trabajo forzoso; sin embargo, si se puede demostrar que el empleador está explotando deliberadamente este hecho (y la extrema vulnerabilidad que se deriva del mismo) para imponer condiciones de trabajo más extremas de lo que sería posible de otro modo, equivaldría a trabajo forzoso”: OIT, *Hard to see, harder to count. Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, ILO, Ginebra, 2012, p. 16: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182096.pdf [último acceso: 23/02/2020].

¹²⁴⁴ *Bernadette Faure v. Australia*, párr. 7.5.

¹²⁴⁵ *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 35.

interpretado de manera muy flexible, incluyendo la imposición de sanciones disciplinarias.¹²⁴⁶ De una forma muy similar a como se pronunciaba la CIDH en *Ituango c. Colombia*,¹²⁴⁷ el TEDH ha indicado que “la pena puede consistir en violencia física o intimidación, pero también puede adoptar formas más sutiles, de naturaleza psicológica, como por ejemplo la amenaza de denuncia a la policía o a las autoridades de migración cuando la persona se encuentra en situación administrativa irregular”,¹²⁴⁸ sin que sea suficiente la mera posibilidad de despido en caso de rechazo a trabajar bajo el régimen de un acuerdo.¹²⁴⁹

El Tribunal de Estrasburgo también le ha otorgado una gran relevancia a las características de la víctima y a la percepción subjetiva de la amenaza. En *Siliadin c. Francia*, tras resaltar la edad y la situación administrativa irregular de la víctima, observó que: “aunque la demandante no se encontraba bajo la amenaza de una pena, sí estaba en una situación equivalente en cuanto a la gravedad de la amenaza que podía percibir”¹²⁵⁰. En ocasiones, incluso ha llegado a dar más relevancia a la percepción subjetiva de la amenaza que a la amenaza en sí. Por ejemplo, en *CN y V c. Francia*, la percepción subjetiva de la pena le sirvió como fundamento para determinar que la situación de las dos hermanas era diferente aunque la amenaza fuera idéntica porque, aunque V –la hermana menor– también había sido amenazada con el retorno a Burundi, para CN –hermana mayor– dicha amenaza era sinónimo de muerte y abandono de su hermana pequeña.¹²⁵¹

En definitiva, el elemento “amenaza de una pena” se ha interpretado en general de un modo amplio y flexible, abarcando distintas formas de coacción lo “suficientemente intimidantes” o idóneas para colocar a la víctima en un estado –percepción subjetiva de la amenaza– que le lleve a aceptar la realización de un trabajo que no hubiese efectuado sin dicha amenaza.

3.1.3 Para el que el individuo no se ofrece voluntariamente

El último elemento de la definición de trabajo forzoso es la involuntariedad. El ofrecimiento voluntario hace referencia al consentimiento dado libremente y con conocimiento de causa para formar parte de una relación de empleo, así como a la libertad para renunciar a él en cualquier momento o mediante un preaviso razonable.¹²⁵² Por el contrario, la ausencia de consentimiento impide que el trabajador pueda elegir o abandonar libremente su trabajo, y puede deberse a diferentes razones: privación ilegal de libertad,

¹²⁴⁶ *Graziani-Weiss c. Austria*, párr. 39.

¹²⁴⁷ La CIDH, teniendo en cuenta la interpretación de la OIT, argumentó que la amenaza de una pena puede consistir en la presencia de intimidación y puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares. *Ituango*, párr. 161; *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 293.

¹²⁴⁸ *CN c. Reino Unido*, párr. 80.

¹²⁴⁹ *Tibet Menteş y Otros c. Turquía*, párr. 68.

¹²⁵⁰ *Siliadin c. Francia*, párr. 118.

¹²⁵¹ *CN y V c. Francia*, párr. 34, 77-79.

¹²⁵² Para autores como Skrivankova la precondition clave es la “libertad del trabajador de abandonar el empleo”: Skrivankova, K., *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, p. 6.

engaño, coacción psicológica, etc.¹²⁵³ Aunque pueda existir un consentimiento inicial, lo relevante es la capacidad del trabajador de revocar el consentimiento en cualquier momento.¹²⁵⁴ Esto ha originado que el CEACR considere que las disposiciones reglamentarias que impiden la terminación del empleo de duración indefinida (o de muy larga duración) mediante un preaviso razonable, convierten la relación contractual basada en la voluntad de las partes en un servicio obligatorio impuesto por ley, incompatible con el Convenio.¹²⁵⁵

Vamos a detenernos en la cuestión fundamental del alcance del consentimiento: ¿qué se puede consentir legítimamente? ¿En qué condiciones se puede consentir? Aunque un estudio pormenorizado del contrato de trabajo y la validez del consentimiento en general excede los límites de este trabajo,¹²⁵⁶ vamos a examinar qué papel juegan las condiciones de trabajo especialmente abusivas en la calificación de una conducta de imposición de trabajos forzosos.

El TEDH ha sido el que más ha desarrollado esta cuestión y ha establecido unos criterios de proporcionalidad que ayudan a determinar si el consentimiento ofrecido es válido. En otras palabras, ha establecido un marco para evaluar el consentimiento que varía en función de las condiciones subjetivas de la víctima (si es migrante, menor, si se encuentra en una situación de vulnerabilidad, etc.), o de si el trabajo forzoso u obligatorio es exigido por el Estado o por individuos privados. No obstante, la argumentación del TEDH sobre el papel que juegan las condiciones del trabajo ha sido bastante equívoca. En *Chowdury c. Grecia*, el Tribunal indicaba expresamente que:

[c]on el fin de aclarar el concepto de ‘trabajo’ en el sentido del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención, el Tribunal señala que todo trabajo exigido a una persona bajo la amenaza de un ‘castigo’ no constituye necesariamente ‘trabajo forzoso u obligatorio’ prohibido por esa disposición. Es necesario tener en cuenta, en particular, la naturaleza y el volumen

¹²⁵³ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 271-272; CIDH, *Ituango v. Colombia*, párr. 164.

¹²⁵⁴ Como indican autores como Andrees y Van Der Linden, para determinar si un caso puede ser clasificado como trabajo forzoso, una de las preguntas clave en las entrevistas con los migrantes es: “¿ha sido usted libre de cambiar o abandonar su empleo en algún momento dado?”, en Andrees, B./Van Der Linden, M. N. J., “Designing trafficking research from a labour market perspective: the ILO experience”, *International migration*, Vol. 43, No. 1, 2005, pp. 55-73, particularmente p. 58. Esto refleja una compleja realidad, puesto que “muchas víctimas se ven involucradas en situaciones de trabajo forzoso mediante el fraude o el engaño sin ser inicialmente conscientes de ello y, pasado el tiempo, descubren que no pueden dejar libremente el trabajo. Así, se les obliga a seguir realizando el trabajo mediante coacciones jurídicas, físicas o psíquicas”. OIT, *Alianza global contra el trabajo forzoso*, p. 6. El hecho de que el trabajador sea teóricamente capaz de salir de la situación de explotación no significa que en la práctica sea capaz de hacerlo: la falta de conocimientos lingüísticos, de medios económicos y culturales, así como de una situación de dependencia puede hacer que la persona no pueda salir del control del empleador.

¹²⁵⁵ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 271; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 40.

¹²⁵⁶ No obstante, es útil mencionar el informe de la OIT de 2005 donde se examina la forma y los sujetos del consentimiento: OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, pp. 6, 31 y *passim*.

de la actividad en cuestión.¹²⁵⁷

Esto nos plantea una cuestión importante: ¿es preciso que la conducta de sometimiento a trabajo forzoso implique *necesariamente* la imposición de ciertas condiciones de trabajo especialmente gravosas o abusivas, o únicamente tiene relevancia para valorar el consentimiento previo? Si consideramos que el trabajo forzoso *exige* la imposición de unas condiciones de especial gravedad, habrá situaciones en las que, a pesar de la imposición de un trabajo o servicio con la amenaza de un mal “lo suficientemente intimidante”, no podremos afirmar que se han impuesto trabajos forzosos porque las condiciones no han alcanzado un cierto umbral de gravedad.¹²⁵⁸

Para responder a esta cuestión, tendremos que examinar detenidamente los criterios de proporcionalidad desarrollados en la jurisprudencia del TEDH, en concreto, los de “carga desproporcionada” y “naturaleza y volumen de trabajo”.

— Criterio de la “carga desproporcionada”.

El TEDH comenzó a desarrollar este criterio a partir de *Van der Musselle c. Bélgica* respecto los trabajos impuestos por el Estado que pueden considerarse “obligaciones cívicas normales” del art. 4.3 CEDH, que enumera una serie de situaciones que *no* se consideran trabajos forzosos y que sirven para delimitar el concepto.

La cuestión que se planteaba en *Van der Musselle* era hasta qué punto el trabajo impuesto por el Estado estaba cubierto por el consentimiento previo del demandante. Van der Musselle era un abogado belga obligado a prestar ciertos servicios no retribuidos a personas sin recursos durante un periodo de tiempo. El gobierno belga sostenía que no se daban los elementos del trabajo forzoso, concretamente la ausencia del consentimiento, porque cuando el futuro abogado inicia la carrera de derecho, conoce y puede prever las ventajas y desventajas de la profesión, por lo que puede afirmarse que consiente previamente a las mismas. En este contexto, el Tribunal de Estrasburgo examina el alcance del consentimiento previo, e indica que:

[...] si el servicio impone una *carga excesiva o desproporcionada* a las ventajas vinculadas al futuro ejercicio de la profesión, no puede considerarse que dicho servicio haya sido aceptado voluntariamente con carácter previo.¹²⁵⁹

Por tanto, el test de proporcionalidad supone un límite al consentimiento previo y su carácter modificador de una situación de trabajo forzoso. El TEDH ofrece otros elementos para valorar si se ha impuesto una *carga excesiva o desproporcionada*: en primer lugar, la naturaleza de las actividades que se les obliga a realizar, en concreto si tienen relación o no con el fin por el que se impone la obligación de trabajar; y, en segundo lugar, la

¹²⁵⁷ *Chowdury c. Grecia*, párr. 91. También en *CN y V c. Francia*, párr. 74.

¹²⁵⁸ La principal exponente de esta postura es Stoyanova en: *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 267, 276 y ss., en este sentido, también: Lucifora, A., “From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labour after the Chowdury case”, pp. 263 y ss.

¹²⁵⁹ *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 37.

existencia de algún tipo de compensación o beneficio para el demandante.¹²⁶⁰ Por último, indica que también debe valorarse el peso de las ideas subyacentes de “interés general, solidaridad social y lo que es normal en el transcurso ordinario de las cosas”.¹²⁶¹

De este modo, en *Van der Mussele* el TEDH realiza un ejercicio de sopesamiento entre la carga impuesta de actuar como abogado de oficio sin compensación económica y las ventajas que se obtenían por la realización de dicho servicio. En definitiva, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad –que tenía que ver con el ejercicio de la profesión de abogado–, las ventajas que Van der Mussele recibía en contrapartida –formación profesional e incremento de su reputación–, y la idea subyacente de solidaridad social, concluyó que la carga impuesta no era excesiva o desproporcionada, que había sido consentida válidamente de forma previa por el demandante y que, por tanto, la situación no constituía trabajo forzoso.

El TEDH ha aplicado y consolidado este criterio de la “carga desproporcionada” en posteriores sentencias, siempre en el marco del trabajo impuesto por el Estado, que es donde son relevantes las limitaciones del artículo 4.3 CEDH. En este sentido, el TEDH no ha considerado que se haya vulnerado el artículo 4 del CEDH cuando los servicios no quedaban fuera del ámbito “normal” de los que presta un médico (*Steindel*¹²⁶², *Reitmayr*¹²⁶³) o un abogado (*Van der Mussele*¹²⁶⁴, *Graziani-Weiss*¹²⁶⁵, *Bucha*¹²⁶⁶); o bien porque existía un factor compensatorio para el individuo afectado (*Steindel*¹²⁶⁷, *Van der Mussele*¹²⁶⁸, *Mihal*¹²⁶⁹, *Adigüzel*¹²⁷⁰, *Lazaridis*¹²⁷¹); o porque se fundamentaba en un concepto de solidaridad profesional y civil (*Steindel*¹²⁷², *Reitmayr*¹²⁷³, *Van der Mussele*¹²⁷⁴, *Schuitemaker*¹²⁷⁵); o porque no era desproporcionado (*X*¹²⁷⁶). Por último, es preciso mencionar un matiz: para valorar la desproporcionalidad el Tribunal también examina que no haya existido una discriminación injustificada sobre la base de factores como el sexo.¹²⁷⁷

¹²⁶⁰ *Van der Mussele c. Bélgica*, párr. 39. Por ejemplo, para determinar si había cierto beneficio personal, el tribunal valoró que los servicios contribuyeron a la formación profesional del demandante y que le dieron la oportunidad de ampliar su experiencia y de incrementar su reputación.

¹²⁶¹ *Ibid.*, párr. 38.

¹²⁶² *Steindel c. Alemania*, pp. 5-6.

¹²⁶³ *Reitmayr c. Austria*, p. 3.

¹²⁶⁴ *Van der Mussele c. Bélgica*, párr. 38-39.

¹²⁶⁵ *Graziani-Weiss c. Austria*, párr. 38-41.

¹²⁶⁶ *Bucha c. Eslovaquia*, párr. 33-45.

¹²⁶⁷ *Steindel c. Alemania*, pp. 5-6.

¹²⁶⁸ *Van der Mussele c. Bélgica*, párr. 39.

¹²⁶⁹ *Mihal c. Eslovaquia*, párr. 64, 79-81.

¹²⁷⁰ *Adigüzel c. Turquía*, párr. 34.

¹²⁷¹ *Lazaridis c. Grecia*, párr. 14 y ss.

¹²⁷² *Steindel c. Alemania*, p. 6.

¹²⁷³ *Reitmayr c. Austria*, p. 3.

¹²⁷⁴ *Van der Mussele c. Bélgica*, párr. 38-39.

¹²⁷⁵ *Schuitemaker c. Holanda* (admisibilidad), p. 4.

¹²⁷⁶ *X. c. República Federal de Alemania*, p. 219.

¹²⁷⁷ En los casos de discriminación no justificada, el TEDH ha considerado que se ha producido una violación del artículo 4 CEDH en conjunción con el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación. Ver: *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, párr. 28; *Zarb Adami c. Malta*, párr. 82.

Con especificidades, ha incorporado este criterio en el marco del servicio militar obligatorio (*W, X, Y y Z c. Reino Unido*) o en el ámbito del trabajo realizado con ocasión de una sentencia (*Van Droogenbroeck c. Bélgica, Floroiu c. Rumanía, Zhelyazkov c. Bulgaria, Stummer c. Austria, Meier c. Suiza*). En esos casos examina si entra dentro de “lo ordinario” que se le puede exigir a los presos, teniendo en cuenta los fines que se persiguen –como la rehabilitación–, la naturaleza y el alcance del servicio, la forma de llevarlo a cabo o si reciben algún otro tipo de compensación.

En definitiva, el criterio de la “carga desproporcionada” de *Van der Mussele* tiene relevancia en el marco de la determinación del alcance del consentimiento previo en los trabajos impuestos por el Estado, para que no se pueda imponer cualquier tipo de trabajo o servicio de forma desmedida únicamente porque entra dentro del paraguas de las excepciones del artículo 4.3 CEDH. ¿El Estado puede obligar a realizar un servicio porque se trata de una obligación cívica normal? En principio sí. ¿Pero el Estado puede imponer cualquier tipo de servicio, independientemente de las condiciones, de una forma desmedida y sin ningún tipo de compensación? En este caso, la jurisprudencia del TEDH nos dice que no podrá ser desproporcionado y que deberán sopesarse otros elementos.

— Criterio del “tipo y el volumen de trabajo”

En el caso de los trabajos impuestos entre particulares no son relevantes las limitaciones del artículo 4.3 CEDH, por lo que cabe preguntarse si es aplicable el criterio de la “carga desproporcionada”.

La sentencia *Siliadin* es la primera en la que el TEDH se pronuncia sobre la imposición de trabajos forzados entre particulares.¹²⁷⁸ No obstante, el Tribunal no valora la relevancia de las condiciones impuestas hasta *CN* y *V*, donde tuvo que discernir si se trataba de trabajo forzoso impuesto por particulares o más bien de “una ayuda que se puede esperar razonablemente de otros miembros de la familia que comparten alojamiento”.¹²⁷⁹ Para delimitarlo, el TEDH realizó el equivalente al análisis de la “carga desproporcionada” y tomó en consideración dos factores: el tipo de trabajo y la cantidad impuesta.¹²⁸⁰ El TEDH consideró que:

[...] la primera demandante [CN] era obligada a trabajar de tal forma que sin su ayuda, el Señor y la Señora M tendrían que haber contratado y pagado a una persona para hacerlo. La segunda demandante [V], por otro lado, no ha aducido adecuadamente que haya contribuido *de una manera desproporcionada* a la realización de las tareas domésticas del Señor y la Señora M.¹²⁸¹

De esta manera, para medir el carácter excesivo de la situación en la que se encontraban las demandantes, el TEDH lo compara con el “trabajo realizado por un profesional

¹²⁷⁸ *Siliadin c. Francia*, párr. 118 y ss.

¹²⁷⁹ *CN y V c. Francia*, párr. 74.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ *CN y V c. Francia*, párr. 75.

remunerado”. Este criterio contribuye a que el Tribunal concluya que en el caso de la primera demandante existía trabajo forzoso y en la segunda no: dado que el trabajo exigido era de tal magnitud que era comparable al trabajo de un profesional remunerado, el trabajo de CN no constituye una forma de colaboración en la familia, al contrario que V.¹²⁸² Es importante tener en cuenta que el trabajo exigido *no* tenía que ser más del que se podría esperar de un profesional remunerado.

A primera vista, el TEDH está añadiendo un elemento más a la definición del Convenio No. 29 de la OIT: para que exista trabajo forzoso no sólo tiene que existir amenaza de una pena y ausencia de consentimiento, sino que el trabajo exigido debe ser de un *cierto tipo o naturaleza*, y alcanzar un *determinado volumen*. El TEDH no aclara qué tipo de trabajo debe ser, pero ofrece un criterio sobre el volumen: el que realizaría un profesional si hubiera sido contratado para efectuar el mismo.

Aunque esta interpretación es convincente,¹²⁸³ el TEDH no ha sido coherente en la aplicación de este criterio,¹²⁸⁴ puesto que para determinar la existencia de trabajos forzosos normalmente se ha limitado a comprobar que el demandante haya aceptado voluntariamente el trabajo, que no haya sido sometido a coacción y que tuviese la posibilidad de denunciar el contrato en cualquier momento.¹²⁸⁵ En otras palabras, que no es posible afirmar taxativamente que el “volumen y tipo de trabajo”, medido con el baremo del “trabajo realizado por un profesional remunerado”, sea un elemento esencial del artículo 4 del CEDH.

Entonces, ¿en qué casos entra en juego la naturaleza y el volumen de trabajo? La decisión del TEDH en *Chowdury c. Grecia* puede darnos algunas pistas. En este caso, el Tribunal debía dilucidar la validez del consentimiento de unos trabajadores migrantes a los que se les había impuesto unas condiciones especialmente abusivas, pero que en teoría habían aceptado previamente. Para determinarlo, el TEDH tiene en cuenta la naturaleza y el volumen de trabajo impuesto a los trabajadores migrantes, puesto que “[d]ichas cir-

¹²⁸² Ibid., párr. 75-76. No obstante, aunque el TEDH menciona este criterio de proporcionalidad, no indica por qué era desproporcionada en el caso de CN, cuando a diferencia de un empleado doméstico, CN no recibía un salario y, además, estaba expuesta a un daño físico y psicológico.

¹²⁸³ Interpretación sostenida por Stoyanova en: *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 270 y ss.

¹²⁸⁴ En los casos donde ha discutido si el impago del salario puede constituir trabajo forzoso, ha concluido que lo relevante era que el demandante había realizado su trabajo voluntariamente y que nunca se le había negado el derecho a percibir remuneración. Por ejemplo, en *Sokur c. Ucrania*, se discute si el impago de dos años de salario puede constituir trabajos forzosos. El TEDH excluye la aplicación del artículo 4 CEDH basándose en que el demandante había realizado su trabajo voluntariamente y nunca se le había negado el derecho a percibir una remuneración. Es decir, aunque hubiese efectuado el equivalente a un “trabajo realizado por un profesional remunerado”, en este caso las condiciones impuestas no constituían el elemento esencial del trabajo forzoso: párr. 3.

¹²⁸⁵ Al respecto, ver: *Radi y Gherghina c. Rumanía*, párr. 27 y 28; *Antonov c. Rusia*, pp. 5-6; *Tibet Mentes y Otros c. Turquía*, párr. 68. En estos casos, el TEDH no analiza las condiciones en las que se encuentran los trabajadores, sino que se ciñe al argumento de que éstos habían aceptado voluntariamente y que no podía considerarse que había existido “amenaza de pena”.

cunstancias permiten distinguir el ‘trabajo forzoso’ de aquel trabajo que puede razonablemente exigirse sobre la base de la vida en común”.¹²⁸⁶

La principal conclusión del TEDH es que el consentimiento debe evaluarse a la luz de todas las circunstancias relevantes del caso.¹²⁸⁷ El examen de las mismas, –en particular, las condiciones en las que se encontraban, la situación de vulnerabilidad de los migrantes sin recursos y en riesgo de ser arrestados, detenidos y deportados¹²⁸⁸– permitió al TEDH diluir la relevancia del consentimiento previo de las víctimas y concluir que se trataba de trabajos forzados. Así, el Tribunal establece una presunción que limita profundamente el alcance del consentimiento previo:

[...] cuando un empleador abusa de su poder o toma ventaja de la vulnerabilidad de sus trabajadores con el fin de explotarles, los trabajadores no se presentan voluntariamente al trabajo.¹²⁸⁹

De este modo, teniendo en cuenta la argumentación del TEDH, el “tipo y volumen de trabajo” es el criterio que entra en juego para evaluar lo que la persona *puede consentir válidamente* por lo que, en el fondo, lo que se está valorando es uno de los elementos de la definición del Convenio No. 29 –la ausencia de consentimiento–, y no añadiendo uno nuevo. No obstante, es criticable el tipo de criterio elegido: “el trabajo realizado por un profesional remunerado”, y la relevancia que se le otorga para sostener, por ejemplo, que CN es sometida a trabajos forzados y su hermana no. En primer lugar, por la dificultad de concreción del mismo, y en segundo lugar, porque no deja claro que lo más relevante es el contexto de control en el que se ofrece este consentimiento: un contexto de abusos y de temor a la deportación.

3.1 Las “excepciones” al trabajo forzoso.

Junto a la definición básica, el Convenio No. 29 de la OIT también establece una serie de excepciones al trabajo forzoso, que si no estuvieran previstas como tales, entrarían en el ámbito de aplicación del Convenio (artículo 2, párrafo 2). Estas excepciones se corresponden con las que contemplan tanto el PIDCP en el artículo 8. 3. c), como el CEDH en el apartado 3 del artículo 4 y el artículo 6.3 de la CADH.

La existencia de estas circunstancias ha servido de aliciente para que algunos autores afirmen que se trata de “excepciones permisibles” al trabajo forzoso u obligatorio, y lo han esgrimido como argumento para distinguir esta figura de la esclavitud y la servidumbre, que no contienen ninguna excepción.¹²⁹⁰ El propio TEDH ha rechazado esta interpretación al indicar que el párrafo 3 del artículo 4 no pretende “limitar” el derecho a no

¹²⁸⁶ *Chowdury c. Grecia*, § 91.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, párr. 90.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, párr. 95.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, párr. 96.

¹²⁹⁰ Leventhal, Z., “Focus on Article 4 of the ECHR”, *Judicial Review*, Vol. 10, No. 3, 2005, pp. 243; Novak, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights*, p. 146. También se ha afirmado por algunos autores que las únicas excepciones genuinas son las de los apartados a) y b), mientras que los apartados c) y d) son más bien ejemplos de obligaciones que no pueden enmarcarse en la definición de trabajo forzado. Ver:

ser sometido a trabajo forzado u obligatorio, sino “delimitar” el contenido de dicho derecho e interpretarlo conforme a las ideas de interés general, solidaridad social y lo que es normal en el curso ordinario de las cosas, que son los objetivos subyacentes del artículo 4 CEDH.¹²⁹¹

De esta forma, si el artículo 4.3 constituyese una lista de excepciones y nos encontráramos ante una situación que encaja en alguno de sus apartados –por ejemplo, un servicio de carácter militar–, se excluiría la aplicación del artículo 4 en todo caso, sin examinar las condiciones impuestas. No obstante, el TEDH no se limita a constatar si las circunstancias encajan en alguno de los apartados, sino que además comprueba que dicho trabajo o servicio impuesto no alcance ciertos límites¹²⁹², lo que le ha permitido calificar ciertas situaciones de obligaciones cívicas normales del artículo 4. 3. d) como trabajos forzados¹²⁹³. Esta interpretación ha sido respaldada por el CEACR para el ámbito del Convenio No. 29¹²⁹⁴.

A continuación, vamos a analizar las excepciones del Convenio No. 29, poniéndolas en relación con las excepciones del artículo 8.3.c) del PIDCP, del 4.3 CEDH y del 6.3 del Pacto de San José, para comprender cuál es el alcance del trabajo forzoso en el panorama internacional y qué límites deben respetar los Estados.

3.2.1 Primera excepción: trabajo militar

Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar¹²⁹⁵.

El servicio militar obligatorio queda excluido del ámbito de aplicación del Convenio, siempre que se utilice para realizar “un trabajo de carácter puramente militar”. Esta ex-

Rainey, B./Wicks, E./Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, p. 198. En el caso *W, X, y Z c. Reino Unido* de 1968, la Comisión sostuvo que estaría en conformidad con otros artículos de la Convención la consideración del apartado 3 del artículo 4 como una previsión que permite limitaciones o excepciones al derecho de no ser sometido a trabajo forzado u obligatorio.

¹²⁹¹ *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 37-38; *Steindel c. Alemania*, p. 5; *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, párr. 22; *Zarb Adami c. Malta*, párr. 44, *Stummer c. Austria*, párr. 120; *Meier c. Suiza* párr. 65; *Mihal c. Eslovaquia* párr. 65; *Graziani-Weiss c. Austria* párr. 37, *Bucha c. Eslovaquia* párr. 37; *Bayatan v. Armenia*, párr. 100. En este mismo sentido: Bezemek, C., “Services Exacted instead of Compulsory Military Service: The Structure of the Prohibition of Forced or Compulsory Labour according to Article 4(2) of the ECHR”, *European Human Rights Review*, Vol. 3, 2014, p. 263; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 262 y ss. Barak apunta a que no se trata de un derecho relativo: Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 32

¹²⁹² Esta fue una de las consideraciones del TEDH en el Caso *W, X, Y y Z c. Reino Unido*, p. 10-11. Reino Unido había alegado que, al tratarse de una cuestión de servicio militar, no entraba dentro de su competencia pronunciarse. Por su parte, el TEDH respondió que el hecho de que se enmarcasen en algunas de las excepciones no impedía que pudieran constituir trabajos forzados.

¹²⁹³ Ver especialmente: *Karlheinz c. Alemania*, párr. 22 y *Zarb Adami c. Malta*, párr. 46.

¹²⁹⁴ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 273; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 42.

¹²⁹⁵ Artículo 2.2 a) del Convenio No. 29 de la OIT.

cepción fue incluida al considerarse como una cuestión de defensa nacional y de soberanía que no se podía limitar o determinar en un Convenio internacional.¹²⁹⁶

El segundo párrafo del art. 8. 3. c) del PIDCP también recoge esta excepción:

No se considerará ‘trabajo o servicio obligatorio’ el servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongán al servicio militar por razones de conciencia.

En términos semejantes se expresan el CEDH en el artículo 4. 3. b) y la CADH en el artículo 6. 3. b):

Art. 4. 3. b): Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

Art. 6. 3. b): El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.

Aparentemente, el Convenio No. 29 establece unos estándares de protección superiores al PIDCP, CEDH y CADH, puesto que estos tratados excluyen de la consideración de los trabajos forzados tanto los trabajos de carácter puramente militar como aquellos que se realizan como sustitución de los mismos por los objetores de conciencia. No obstante, si escrutamos la posición del CEACR, veremos que el Comité ha entendido algunas actividades no militares realizadas en cumplimiento del servicio militar obligatorio, o como prestación sustitutoria del mismo –incluidos los objetores de conciencia–, quedan al margen del campo de aplicación del Convenio, y por tanto están incluidas en las excepciones del artículo 2.2.¹²⁹⁷

El TEDH se ha pronunciado sobre esta excepción en sentencias como *W. X. Y. y Z. c. Reino Unido*, *Johansen c. Noruega*, *Chitos c. Grecia* y *Lazaridis c. Grecia*. Inicialmente,

¹²⁹⁶ A pesar de que esa fuera la justificación diplomática de la negativa de los Estados, la verdadera razón era que los hombres reclutados mediante las leyes del servicio militar obligatorio en muchas ocasiones eran empleados para la ejecución de trabajos públicos en ciertos territorios coloniales. En: Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 226. Por esta razón, en el Estudio General de 1968 se especificó que dicha justificación no era aplicable si lo que se imponía con el servicio militar obligatorio eran obras públicas. Ver: OIT, *General Survey on the Reports concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, ILO, Ginebra, 1968, pp. 188 y ss: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1968-52-III-4\)173-252.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1968-52-III-4)173-252.pdf) [último acceso: 23/01/2020].

¹²⁹⁷ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 275; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 44. No obstante, el CEACR también ha considerado que cuando la legislación nacional permita elegir entre el servicio militar propiamente dicho y trabajos de carácter no militar, la posibilidad de dicha elección no excluye de por sí la aplicación del Convenio, puesto que en caso contrario, se podría recurrir a la movilización impuesta en virtud de las leyes sobre el servicio militar para realizar trabajos de carácter no militar. OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 274. Nótese que el TEDH considera en el caso *Bayatyan v. Armenia* que a los objetores de conciencia y el trabajo que realizan se les aplica el artículo 9 (libertad de conciencia) y no el artículo 4 (trabajo forzoso).

el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que el servicio militar en el que una persona había entrado de manera voluntaria también entraba en el ámbito de aplicación de esta excepción¹²⁹⁸. No obstante, modificó esta interpretación en *Chitos c. Grecia*, que se refiere a la obligación impuesta a un oficial del ejército de pagar al Estado una suma sustancial que le permita abandonar las fuerzas armadas antes de que finalice el período de servicio contratado. El TEDH consideró que la limitación prevista en el párrafo 3 del artículo 4 se refería únicamente al servicio militar obligatorio, es decir, al realizado mediante reclutamiento, y no se aplicaba a los militares de carrera.¹²⁹⁹

3.2.2 Segunda excepción: obligaciones cívicas normales

Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo.¹³⁰⁰

Es el equivalente al párrafo iv) del art. 8. 3. c) PIDCP: “El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”, y del artículo 4. 3. d) del CEDH: “todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

El CEACR menciona como ejemplos: la obligación de comparecer como jurado, la de ayudar a una persona en peligro o a un representante del orden público y el orden, y en ciertos casos, la obligación de votar y participar en el colegio electoral. También llama la atención sobre la necesidad de interpretar esta disposición de forma restrictiva y a la luz de otros artículos del Convenio, precisamente para evitar formas de servicio contrarias a su letra y espíritu. Por ejemplo, no es posible considerar como “obligación cívica normal” el trabajo emprendido con fines de obras públicas, como el caso de los trabajos públicos obligatorios de interés general o el servicio obligatorio con fines de desarrollo nacional, ya que el Convenio prohíbe el recurso a tales trabajos.¹³⁰¹ Por tanto, partiendo de que la justificación de esta excepción es el interés general, los límites de la excepción son: por un lado, debe tratarse de “servicios menores”, relacionados sobre todo con el trabajo de mantenimiento. En segundo lugar, deben ser “comunales o cívicos”, esto es, que redunden directamente en interés directo de la comunidad, y por último, los miembros de la comunidad deben tener el derecho de ser consultados sobre la necesidad de tales servicios.¹³⁰²

¹²⁹⁸ *W, X, Y y Z. c. Reino Unido*, pp. 10-11.

¹²⁹⁹ El Tribunal argumentó que el artículo 4.3.b) debía leerse en su conjunto: en primer lugar, por la referencia a los objetores de conciencia, que sugiere que se está refiriendo a reclutas y no a personal militar profesional; y en segundo lugar, por la referencia explícita al servicio militar obligatorio al final del apartado. El TEDH se apoya en el Convenio No. 29 de la OIT y en la opinión adoptada tanto por el Comité Europeo de Derechos Sociales como por el Comité de Ministros. Ver: *Chitos c. Grecia*, párr. 83-89. Esta interpretación se confirma en *Lazaridis c. Grecia*, párr. 14 y ss.

¹³⁰⁰ Artículo 2.2. b) del Convenio No. 29.

¹³⁰¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 277; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 47. Además, el recurso a tales trabajos se prohíbe también en el Convenio No. 105, por constituir un “método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico”, artículo 1(b).

¹³⁰² OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 281.

El TEDH ha contemplado dentro de las obligaciones cívicas normales el servicio obligatorio de bomberos, la obligación de llevar a cabo exámenes médicos gratuitos, asistencia jurídica gratuita, etc. Aunque estos casos se incluyan en el apartado d) del artículo 4.3. CEDH, se deberá aplicar el test de proporcionalidad que hemos analizado. Si se demuestra que se les impuso una “carga desproporcionada”, entonces entraría dentro del ámbito del artículo 4.2 CEDH y se consideraría trabajos forzosos. En este análisis de proporcionalidad se tienen en cuenta los principios de interés general y solidaridad social, y tendrán que sopesarse las condiciones impuestas en relación con las ventajas o los beneficios obtenidos, así como la naturaleza de la actividad realizada.¹³⁰³

3.2.3 Tercera excepción: trabajo en virtud de sentencia

Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.¹³⁰⁴

En el apartado i) del artículo 8.3.c) PIDCP se contempla como:

Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional.

El artículo 4.3.a) CEDH se refiere a esta excepción en los siguientes términos:

Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional¹³⁰⁵.

Y por último, el artículo 6.3.a) de la CADH indica:

Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

Aquí nos encontramos una divergencia en los estándares de protección del PIDCP, CEDH y la CADH en relación con el Convenio de la OIT: por un lado, los primeros permiten que los trabajos forzosos puedan imponerse como consecuencia de una decisión judicial, por ejemplo, una detención sin sentencia firme dictada por la autoridad competente (prisión provisional), mientras que el CEACR considera que a las personas detenidas pero no enjuiciadas no se les podrá imponer trabajos forzosos.¹³⁰⁶ En cuanto a la

¹³⁰³ Ver análisis *supra*.

¹³⁰⁴ Art. 2.2 c) Convenio No. 29

¹³⁰⁵ El artículo 5 trata del derecho a la libertad y a la seguridad se refiere a las condiciones para que la privación de libertad sea legítima.

¹³⁰⁶ OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 51 y ss.

ejecución de esta excepción, deben cumplirse las dos condiciones de forma cumulativa: el recluso tendrá que permanecer en todo momento bajo la vigilancia del control de una autoridad pública, y no podrá ser cedido a particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado, salvo que se cumplan ciertas condiciones.¹³⁰⁷

El TEDH se ha pronunciado sobre el trabajo realizado en el marco de una detención en *Veintidós Personas Detenidas, De Wilde, Ooms y Versyp, Van Droogenbroeck, Stummer, Floroiu, Zhelyazkov y Meier*. Para el Tribunal de Estrasburgo, lo determinante para afirmar que una conducta encaja en la excepción del apartado a) del artículo 4.3 CEDH es que no rebase el “límite ordinario”, que es una concreción del criterio de la “carga desproporcionada” atendiendo a las especiales características del trabajo en prisión. Para determinarlo, el Tribunal ha indicado que deben tenerse en cuenta las disposiciones equivalentes en otros Estados miembros del Consejo de Europa,¹³⁰⁸ y que deben valorarse las condiciones en las que se efectúa y los objetivos que se pretenden alcanzar, como por ejemplo, que esté enfocada a la rehabilitación o que se obtengan otro tipo de beneficios.¹³⁰⁹ Así, en *Van Droogenbroeck* indica expresamente que no hay trabajos forzados porque el trabajo exigido:

[...] no fue más allá de lo que es ‘ordinario’ en este contexto, ya que se calculó para ayudarle a reintegrarse en la sociedad y tenía como base disposiciones que encuentran un equivalente en otros Estados miembros del Consejo de Europa.¹³¹⁰

El TEDH se ha pronunciado sobre algunos aspectos del trabajo obligatorio realizado en prisión. En *Stummer* indicó que, aunque el trabajo realizado en prisión no cotizase, no podía considerarse “fuera de lo ordinario” en relación a los estándares en otros Estados miembro del Consejo de Europa, y que por tanto no constituía trabajos forzados.¹³¹¹ Tampoco los ha considerado tales cuando se trataba de la obligación de realizar trabajos por detenidos que habían sobrepasado la edad de jubilación.¹³¹²

La cuestión de la remuneración de los presos por el trabajo realizado en prisión se examina en *Floroiu* y en *Zhelyazkov*, donde se recomienda una remuneración equitativa

¹³⁰⁷ Ibid., párr. 54 y ss.; OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 278-279. El CEACR ha precisado que pueden existir situaciones en las que se solicite el trabajo de los presos por parte de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado, y estos pueden aceptar, a pesar de su estado de cautividad, siempre que no sean amenazados con cualquier condena o pérdida de privilegios. En consecuencia, si se cumplen determinadas condiciones (consentimiento formal del prisionero, condiciones cercanas a una relación de trabajo libre –en términos de remuneración, seguridad e higiene–, etc.), el trabajo penitenciario efectuado por cuenta de empresas privadas no se considerará trabajo forzoso.

¹³⁰⁸ *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, párr. 90; *Stummer c. Austria*, párr. 105; *Floroiu c. Rumanía*, párr. 33; *Zhelyazkov c. Bulgaria*, párr. 122 y *Meier c. Suiza*, párr. 72-79.

¹³⁰⁹ *Floroiu c. Rumanía*, párr. 36, donde resaltaba que el trabajo realizado por los detenidos les daba derecho a una reducción significativa de la pena, por lo que no podía considerarse que el trabajo realizado no fuese totalmente no remunerado. También en *Meier c. Suiza*, párr. 72-79.

¹³¹⁰ *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párr. 59. En el mismo sentido: *Stummer c. Austria*, párr. 121; *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, párr. 90.

¹³¹¹ *Stummer c. Austria*, párr. 105, 132-133, *Floroiu c. Rumanía*, párr. 33 *Zhelyazkov c. Bulgaria*, párr. 122.

¹³¹² *Meier c. Suiza*, párr. 72-79.

del trabajo de los reclusos.¹³¹³ No obstante, la no remuneración no impide que se considere “trabajo exigido normalmente durante la detención”,¹³¹⁴ y por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de los trabajos forzados.¹³¹⁵

En definitiva, para valorar si las condiciones impuestas entran en el límite de lo ordinario, el TEDH ha tenido en cuenta las compensaciones o beneficios obtenidos, los objetivos que se pretenden alcanzar con el trabajo (como la rehabilitación) y, finalmente, el consenso existente al respecto entre los Estados miembros del Consejo de Europa.

3.2.4 Cuarta excepción: trabajo en casos de fuerza mayor

Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población.¹³¹⁶

Su equivalente en el PIDCP es el apartado iii) del artículo 8.3: “El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad”. El CEDH se refiere en casi idénticos términos a “todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad” en el artículo 4. 3. c) CEDH, y el artículo 6. 3. c) de la CADH al “servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad”.

Según el CEACR, la enumeración de ejemplos apunta el carácter restrictivo del concepto de fuerza mayor a efectos del Convenio, que debe tratarse de “un suceso súbito e imprevisto que exija la adopción de medidas inmediatas para combatirlo”, y utilizarse únicamente para controlar el daño inminente y no de forma generalizada, y limitarse en el tiempo a lo estrictamente necesario.¹³¹⁷ El TEDH se ha pronunciado sobre esta excepción en muy pocas ocasiones:¹³¹⁸ en *S. c. Alemania*, la Comisión sostuvo que la obligación

¹³¹³ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, párr. 36 y *Floroiu c. Rumanía*, párr. 34.

¹³¹⁴ *Floroiu c. Rumanía*, párr. 33, y *Stummer c. Austria*, párr. 122.

¹³¹⁵ En *Stummer* se había referido al “trabajo que es ordinario en este contexto”, y en *Zhelyazkov c. Bulgaria*, párr. 26, se refiere a que “El demandante no ha alegado, y no hay pruebas de ello, que el trabajo que se le exigió que llevara a cabo fuera demasiado oneroso o que fuera más allá de lo ordinario”

¹³¹⁶ Artículo 2.2. d) del Convenio No. 29.

¹³¹⁷ OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 62-64. Esta excepción está sometida a ciertas condiciones: en primer lugar, debe circunscribirse a un limitado número de circunstancias donde se pongan en auténtico peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda la población o parte de la misma; y la duración y la extensión del servicio obligatorio, así como la finalidad para que se recurra al mismo, deben limitarse estrictamente a las exigencias de la situación: OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr.280.

¹³¹⁸ En algunos casos, aunque la haya tomado en consideración, la ha declarado inadmisibles. Por ejemplo, en un caso sobre la obligación de trabajar un año en el sistema público de servicio dental del norte de Noruega, dos miembros de la Comisión sostuvieron que formaba parte de la excepción del art. 4.3 c) CEDH. Las razones eran que las características de la zona, como el aislamiento y el clima, y la falta de dentistas cualificados en el norte de Noruega, constituían una situación de emergencia pública. No obstante, la mayoría de la Comisión declaró la inadmisibilidad por otras razones. En concreto, porque “el trabajo o servicio exigido no era injusto u excesivo”, y no se imponía de forma “discriminatoria, arbitraria o punitiva”. Ver: *I. c. Noruega*, pp. 17 y ss.

de un titular de una licencia para cazar de participar activamente en el gaseado de los pozos de zorro como parte de una campaña contra una epidemia estaba justificada en virtud de este apartado.¹³¹⁹

3.2.5 Quinta excepción: trabajos comunales

Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.¹³²⁰

Esta previsión no aparece en el PIDCP, en el CEDH o en la CADH. Según el CEACR, debe reunirse una serie de requisitos para que esta excepción sea aplicable, como tratarse de trabajos de pequeña importancia;¹³²¹ enfocados directamente a la comunidad y no a un grupo mayor; y los miembros de la misma han de tener derecho a pronunciarse acerca de la necesidad de dichos trabajos.¹³²²

3.3 Conclusión

La definición de trabajos o servicios forzosos en vigor continúa siendo la del Convenio No. 29 de la OIT de 1930, confirmada en el Protocolo de 2014 y reinterpretada por la propia OIT para adaptarla a la realidad actual, donde el trabajo forzoso no suele estar respaldado por el Estado sino por actores privados. Además, si atendemos a la Convención de Viena de derecho de los tratados, la vigencia de la definición queda confirmada por la voluntad ulterior de los Estados que ratificaron el Convenio de 1930, puesto que los tratados posteriores que han contemplado la prohibición de trabajos forzosos se han basado en la definición del Convenio de la OIT, tal y como reflejan sus *travaux préparatoires* o los órganos que se ocupan de su supervisión.

Aunque el punto de partida sea el Convenio No. 29 de la OIT, la unanimidad se quiebra en la interpretación del concepto, en particular en cuanto a la relevancia de la abusividad de las condiciones impuestas para calificar una conducta como de imposición de trabajos forzosos. Dentro de la definición identificamos los siguientes elementos: un “trabajo o servicio” –reconocido o no como actividad económica– “prestado de forma involuntaria”, y “bajos la amenaza de una pena”. En esta definición no se especifica que el trabajo deba de ser de un cierto tipo o que tengan que imponerse unas condiciones

¹³¹⁹ El tribunal también indica que podría haberse incluido en el apartado d) –obligación cívica normal–. Ver: *S. c. Alemania*, pp. 91-92.

¹³²⁰ Artículo 2.2. e) del Convenio No. 29

¹³²¹ Esto quiere decir que no deben interferir en el empleo regular y deben vincularse primordialmente a trabajos de conservación y, en casos excepcionales, a la construcción de determinados edificios destinados a mejorar las condiciones sociales de los miembros de la propia comunidad, como una pequeña escuela, un consultorio, una sala de tratamiento médico, etc. Ver: OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 65-66.

¹³²² OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 281; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 65-66.

especialmente humillantes. No obstante, el TEDH las ha tenido en cuenta para la calificación de la conducta. ¿Quiere decir esto que se trata de un elemento esencial de la definición?

Si analizamos la jurisprudencia del TEDH sobre los trabajos impuestos entre particulares, podemos observar que lo que ha hecho ha sido establecer un marco para evaluar la validez del consentimiento, teniendo en cuenta el contexto, las condiciones subjetivas de la víctima (si es migrante, menor, etc.), y “el tipo y volumen” de trabajo impuesto. Esto no quiere decir que para que exista trabajo forzoso sea *necesaria* la imposición de ciertas condiciones de trabajo especialmente gravosas, sino que forman parte de un test de proporcionalidad que supone un límite al consentimiento previo y su carácter modificador de una situación de trabajo forzoso: si las condiciones impuestas son especialmente gravosas para el trabajador, no se puede considerar que haya consentido válidamente. Este test de proporcionalidad es una concreción del criterio de la “carga desproporcionada” elaborado por el TEDH para limitar el alcance de las excepciones al trabajo forzoso impuesto por el Estado del artículo 4.3 CEDH, que deben interpretarse conforme a las ideas de interés general, solidaridad social y lo que es normal en el curso ordinario de las cosas.

De este modo, lo esencial para la calificación de una conducta de “trabajos forzosos” continúa siendo la idea de *coacción física o mental*, que puede deberse a formas de coerción más abiertas, como las amenazas directas de violencia física o sexual contra la víctima; u otras formas más sutiles, como las amenazas de denuncia a la policía o a las autoridades de inmigración, donde adquieren relevancia las características de la víctima y su percepción subjetiva de la amenaza. En definitiva, la amenaza debe ser lo suficientemente intimidante o idónea para colocar a la víctima en un estado que la lleve a aceptar la realización de un trabajo que, sin dicha amenaza, no hubiera efectuado.

VI. TRATA DE SERES HUMANOS

*Forc'd from home, and all its pleasures,
Afric's coast I left forlorn;
To increase a stranger's treasures,
O'er the raging billows borne,
Men from England bought and sold me,
Paid my price in paltry gold;
But, though theirs they have enroll'd me,
Minds are never to be sold*
[Forzado desde casa, y todos sus placeres,
La costa de África la dejé desolada;
para aumentar los tesoros de un extraño,
sobre las furiosas olas que se levantaron,
hombres de Inglaterra me compraron y vendieron,
pagué mi precio en oro mísero;
pero, aunque los suyos me han inscrito,
Las mentes nunca se venden]
William Cowper, *The Negro's Complaint*.

1. Contexto histórico

Los términos “trata de personas” y “esclavitud” se utilizan frecuentemente como sinónimos o como términos paraguas que abarcan diversas formas de explotación de mayor o menor intensidad. No obstante, tanto en Derecho como históricamente, son figuras conceptualmente distintas que se unen por primera vez en las negociaciones del Protocolo de Palermo sobre trata de seres humanos.¹³²³ El significado legal del concepto de trata, tal y como se conoce en la actualidad, difiere del significado original de “trata de blancas” utilizado para abolir los sistemas de prostitución regulada en Europa.¹³²⁴

A continuación, situaremos los antecedentes históricos de la lucha contra la trata de seres humanos, intentando distinguir entre la “trata de esclavos”, que es el origen de la trata de personas con fines de explotación laboral, y la “trata de blancas”,¹³²⁵ de donde procede la trata de personas con fines de explotación sexual. Se trata de un concepto muy vinculado a su evolución normativa, por lo que nos vamos a centrar en los tratados que lo desarrollan. A su vez, también diferenciamos dos fases: la primera (siglo XIX – hasta los años 90) centrada en la lucha contra el tráfico de esclavos y los orígenes de la “trata de blancas”, y la segunda (años 90 – actualidad), que se caracteriza por la consolidación del concepto de trata, su inclusión como parte del Derecho penal transnacional, y la intensificación de la lucha contra este fenómeno.¹³²⁶

¹³²³ Allain, J., “Genealogies of human trafficking and slavery” en *Routledge handbook of human trafficking*, Piotrowicz, R. et al, Taylor & Francis, 2017, p. 3.

¹³²⁴ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 55 y ss.; Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, pp. 9 y ss.

¹³²⁵ Nótese que en inglés (idioma original de los primeros tratados sobre trata de personas) “trata de blancas” se traduce como “*white slave traffic*” (trata de esclavas blancas). Así se denominan los primeros tratados internacionales que se ocupan de la trata de personas.

¹³²⁶ Gallagher y Obokata realizan un recorrido histórico sobre la creación del régimen internacional contra la trata de personas: Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 54 y ss., y Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, pp. 13 y ss. Por otro lado, Martínez señala que los Tribunales Mixtos impuestos por Reino Unido para la abolición

El comercio de esclavos, como la esclavitud, persistió con variable importancia a lo largo de todos los periodos históricos. En la Antigüedad, los prisioneros de guerra eran trasladados y convertidos en esclavos,¹³²⁷ y se conoce un importante tráfico de esclavos en el Mediterráneo desde el fin del Imperio romano.¹³²⁸ Millones de esclavos africanos cruzaron el mar Rojo, el Océano Índico y el desierto del Sáhara entre los años 650 hasta el 1900.¹³²⁹

El tráfico transatlántico de esclavos supondría uno de los “asuntos más complejos de comercio internacional que han existido en el periodo moderno”.¹³³⁰ Aunque se sabe poco del números de individuos capturados, o de aquellos que murieron en el continente africano esperando el transporte, en los últimos años han recopilado datos “de lo que puede suponer el 70% de las travesías de los negreros”:¹³³¹ durante este periodo, más de 11 millones de hombres, mujeres y niños fueron sometidos a esclavitud y embarcados en los buques negreros. De ellos, más o menos un millón y medio no alcanzaron las Américas.¹³³² Este comercio comenzó a declinar a partir del siglo XIX, momento en el que cobra relevancia internacional el movimiento abolicionista de la esclavitud y comienza a formarse un régimen internacional contra el tráfico de esclavos.

1.1 Siglo XIX – años 90

A) La lucha contra la trata de esclavos

Tras la victoria inicial del movimiento abolicionista de la esclavitud reflejada en la Ley de 1807 para la abolición del comercio de esclavos, Reino Unido y su política exterior desempeñarían un papel muy importante en la lucha contra el tráfico de esclavos transatlántico, que culminó con la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos en la Convención de 1926.

La estrategia de Reino Unido para lograr su objetivo pasó por varias fases. Inicial-

del tráfico de esclavos fueron el germen del Derecho internacional de los derechos humanos: Martínez, J., *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, pp. 138-139.

¹³²⁷ La captura en una guerra era una de las formas por las que se adquiría la condición de esclavo. Ver: Buckland, W. W., *The Law of Roman Slavery*, pp. 397 y ss., y análisis del contexto histórico de la esclavitud.

¹³²⁸ Martínez Torres, J. A., “Un Mediterráneo en movimiento. Esclavos y comercio en el continente africano (siglos XVI, XVII, XVIII)”, *Historia y Política*, No. 20, 2008, pp. 213-235, Davis, R., *Christian slaves, Muslim masters: White slavery in the Mediterranean, the Barbary Coast and Italy, 1500-1800*, Palgrave, Nueva York, 2003; Martín Casares, A., *Esclavas y cautivas: el tráfico humano en el Mediterráneo*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2017.

¹³²⁹ En general, ver: Lovejoy, P. E., *Transformations in Slavery: a History of Slavery in Africa*, 2012, pp. 24 y ss.; Vansina, J., “Long-distance trade-routes in Central Africa”, *The Journal of African History*, Vol. 3, No 3, 1962, p. 375-390.

¹³³⁰ Klein, H, *The Atlantic Slave Trade*, pp. 101-102

¹³³¹ Davis, D. B./Forbes, D., “Foreword”, *William and Mary Quarterly*, Vol. 58, 2001, p. 7.

¹³³² Eltis, D., “The Volume and Structures of the Transatlantic Slave Trade: a Reassessment”, *William and Mary Quarterly*, Vol. 58, 2001, p. 17. Los datos de los viajes transatlánticos se pueden encontrar en Eltis, D. et al (eds.), *The Trans-Atlantic Slave Trade: A Database on CD-ROM*, 1999, y En la página web: <https://www.slavevoyages.org/voyage/database> [último acceso: 23/01/2020].

mente trató de abordarlo mediante el Derecho común y la aplicación del “Derecho natural” a los navíos que transportaban esclavos,¹³³³ pero pronto abandonó esa vía y trató de incorporar la prohibición a tratados internacionales multilaterales. La Declaración del Acta Final del Congreso de Viena de 1815 es el primer instrumento que contiene una declaración de este tipo, aunque no sea vinculante.¹³³⁴ En el Congreso de Verona de 1822, Reino Unido volvió a presentar una propuesta para abolir el comercio de esclavos a costa de la libertad en los mares, equiparándolo a la piratería, que dio lugar a una Declaración.¹³³⁵ Finalmente, ante el fracaso de la acción multilateral, Reino Unido firmó tratados con 31 Estados para suprimir el tráfico de esclavos en el mar, creando una auténtica red de tratados bilaterales que resultó ser mucho más eficaz que la vía multilateral.¹³³⁶

En la Convención de 1926 sobre la esclavitud se logra por primera vez un consenso internacional para “tomar todas las medidas útiles conducentes a prevenir y reprimir el embarque, desembarco y transporte de esclavos” (artículo 3), producto del informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud.¹³³⁷ En el artículo 1.2 se describen las conductas englobadas por el concepto:

La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

En la era de Naciones Unidas, la trata de esclavos se prohíbe en la Convención Suplementaria de 1956, donde se obliga a los Estados que la incriminen como delito en sus legislaciones.¹³³⁸ En esta Convención se mantiene el concepto de trata de esclavos previamente fijado en la de 1926, puesto que se había considerado adecuado por el Comité

¹³³³ Durante las guerras napoleónicas, las cortes del almirantazgo británico trataron de condenar a los navíos que se encontraban implicados en el comercio de esclavos por la vía del derecho natural. Los casos más paradigmáticos son *The Amedie* (1819), *The Fortuna* (1811), *The Diana* (1813) y *Le Louis* (1817). Para una discusión sobre casos y su relevancia en la abolición internacional del tráfico de esclavos, ver: Philimore, R., *Commentaries upon International Law*, Butterworths, Londres, 1879; Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 53 y ss.

¹³³⁴ Ver especialmente: Webster, C. K., *The Foreign Policy of Castlereagh 1815-1822: Britain and the European Alliance*, pp. 457-459, donde detalla los intentos de negociación con otras potencias.

¹³³⁵ Resolución relativa a la abolición de la trata de negros, Viena, 28 de noviembre de 1822.

¹³³⁶ Allain efectúa un meticuloso estudio sobre el proceso de creación de estos acuerdos bilaterales en: Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 61-87. Ver también: Miers, S., *Britain and the ending of the Slave Trade*, Longman, Londres, 1975, pp. 10 y ss. Los treinta y un Estados incluyen, en orden cronológico de firma: Portugal, Dinamarca, Francia, España, Holanda, Suecia, Buenos Aires, Colombia, Brasil, México, Confederación de Perú, Bolivia, Toscana, las dos Sicilias, Chile, Venezuela, *Hanseatic Cities*, Uruguay, Haití, Texas, Austria, Prusia, Rusia, Los Estados Unidos de América, Cape Mount, Ecuador, Omán, Estados Árabes del Golfo, Nueva Granada, Zanzíbar y Egipto. Ver: Philimore, R., *Commentaries upon International Law*, pp. 420-421. No se incluyen los acuerdos de los líderes africanos que no se consideraban “naciones civilizadas”.

¹³³⁷ Sociedad de Naciones, Comisión Temporal, *Report of the Commission*, A.19.125.VI, p. 10.

¹³³⁸ El artículo 3 quedaba redactado de la siguiente manera: “1. El acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas. 2. a) Los Estados Partes dictarán todas las disposiciones necesarias para impedir que los buques y las aeronaves autorizados a enarbolar su pabellón transporten esclavos y para castigar a las personas culpables de dicho acto o de utilizar el pabellón nacional con ese propósito; b) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para impedir que sus puertos, aeropuertos y

Especial sobre Esclavitud.¹³³⁹

B) Los orígenes de la lucha contra la “trata de blancas”.

Paralelamente a la trata de esclavos, surge otro concepto donde se sitúa el origen de la actual definición de trata con fines de explotación sexual, conocido como “esclavitud blanca”: la trata de blancas. La lucha contra la trata de mujeres encuentra su origen en el movimiento abolicionista de la prostitución.¹³⁴⁰

El movimiento contra la trata de blancas surge a finales del siglo XIX, entre otras razones, como una reacción al regulacionismo de la prostitución.¹³⁴¹ Durante las guerras napoleónicas se había organizado un sistema de prostitución masiva para satisfacer las necesidades de las tropas, facilitado por el desarrollo de las comunicaciones en la Edad del Vapor.¹³⁴² Para evitar que la expansión de las enfermedades venéreas llegara a amenazar el proyecto colonial europeo y para mantener la salud de los soldados, se planteó un sistema de burdeles regulados y de inspecciones médicas obligatorias para las prostitutas. Esto, unido a la percepción de lo que se consideraba una amenaza a la pureza y castidad de cierto tipo de mujeres (mujeres blancas) que comenzaron a ser traficadas, permitió que comenzara a desarrollarse el movimiento abolicionista de la prostitución y de la trata de blancas.¹³⁴³

costas sean utilizados para el transporte de esclavos. 3. Los Estados Partes en la Convención procederán a un intercambio de información con objeto de conseguir una coordinación práctica de las medidas tomadas por ellos para combatir la trata de esclavos y se comunicarán mutuamente todo caso de trata de esclavos y toda tentativa de cometer dicho delito que lleguen a su conocimiento”.

¹³³⁹ ONU, ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, Recomendación A.

¹³⁴⁰ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 54. Como pone de manifiesto Bruch, no hubo intentos reales de ampliar los tratados sobre esclavitud o tráfico de esclavos para incluir este tipo de trata. Posiblemente, esto refleja la visión de que la conducta conocida como “esclavitud blanca”, era de naturaleza eminentemente sexual y, por tanto, diferente de la esclavitud: “mientras que el trabajo forzoso es el ámbito protegido de la esclavitud, no lo es la institución que también se considera explotación productiva vía sexo forzado o reproducción forzada”: Bruch, E. M., “Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking”, *Stanford Journal of International Law*, Vol 40, 2004, p. 10. En este sentido, también: Demleitner, N. V., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, pp. 191-195.

¹³⁴¹ Como indica Iglesias Skulj, la discusión sobre el rechazo a las Ley sobre enfermedades contagiosas devino en una campaña que buscaba influir en la opinión pública y en la política. El debate sobre el rechazo a estas leyes dio lugar a un debate más complejo y amplio, como los dobles estándares morales sobre la sexualidad, la participación de la mujer en la política, el control del cuerpo de la mujer por los médicos, y sobre todo, el rol del Estado en disciplinar los cuerpos y la sexualidad de las mujeres pobres: Iglesias Skulj, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 55.

¹³⁴² Ver: Reanda, L., “Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, 1991, p. 207; Cole, A., “Reconceptualizing Female Trafficking: The Inhuman Trade in Women”, pp. 97-120.

¹³⁴³ Josephine Butler desempeñó un papel fundamental en este movimiento. Butler fue una reformista que argumentó que la prostitución convertía en esclavas a cierto tipo de mujeres: Butler, J., *Social Purity*, Morgan & Scott, Londres 1879. Al respecto, ver: Barry, K., *Female Sexual Slavery*, Avon Books, Nueva York, 1979, pp. 14-38; Nadelmann, E. A., “Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society”, *International Organization*, Vol. 44, No. 4, 1990, p. 514; Limoncelli, S. A., “International voluntary associations, local social movements and state paths to the abolition of regulated prostitution in Europe, 1875–1950”, *International Sociology*, Vol. 21, No. 1, 2006, p. 31-59. Además, como pone de manifiesto

La utilización del término “trata de blancas” o “esclavitud blanca” servía para distinguirlo de la trata de negros y para proyectar una suerte comparación moral con la esclavitud, y así beneficiarse del movimiento social existente contra el comercio transatlántico de esclavos.¹³⁴⁴ Posiblemente, parte del éxito en la internacionalización del movimiento abolicionista se deba a la utilización sensacionalista de relatos de mujeres blancas jóvenes e inocentes que eran sometidas a la prostitución, lo que ayudó a crear un sentimiento de repulsa colectiva hacia la “esclavitud blanca”.¹³⁴⁵ Se potenció el relato de la explotación masculina de la inocencia y de la “víctima ideal”: una chica joven, secuestrada o engañada para abandonar a su familia, que se encuentra encerrada en un burdel extranjero contra su voluntad.¹³⁴⁶ Como pone de manifiesto Jo Doezema, este discurso permitía resaltar la vulnerabilidad de las mujeres y niñas, y distinguir entre las mujeres “inocentes” que eran forzadas o engañadas a prostituirse, merecedoras de protección, y aquellas “culpables” que migraban para ejercer la prostitución, quienes sí precisaban medidas de control.¹³⁴⁷

Walkowitz, ninguna de estas medidas era aplicada a los varones: Walkowitz, J. R., *Prostitution and Victorian Society. Women class and the State*, p. 3.

¹³⁴⁴ Irwin, M. A., “‘White Slavery’ as Metaphor: Anatomy of a Moral Panic,” *Ex-Post Facto: the History Journal*, Vol. 5, 1996, p. 5; Nadelmann, E. A., “Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society”, pp. 514 y ss. Sobre los primeros momentos del movimiento internacional para abolir la prostitución y la “esclavitud blanca”, ver: Grittner, F. K., *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, Garland, Nueva York y Londres, 1990; Doezema, J., *Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, University of Chicago Press, Chicago, 2010; Maqueda Abreu, M.L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, Granada, 2009, p. 8.

¹³⁴⁵ La introducción en la cultura popular del mito de la trata de blancas en Inglaterra se produjo a partir de la publicación de W. T. Stead sobre la prostitución de niñas en Londres titulada “The Maiden Tribute to Modern Babylon”, publicada en el Pall Mall Gazette. En este artículo describían relatos de niñas que, mediante engaño, fuerza o recurso a las drogas eran raptadas para ser convertidas en prostitutas. Tuvo enormes efectos en el ámbito político y social, y marcó el debate público posterior. Ver: Iglesias Skulj, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, pp. 56-57; Grittner, F. K., *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, p. 41; Limoncelli, S. A., *The politics of trafficking: The first international movement to combat the sexual exploitation of women*, Stanford University Press, 2010, p. 46.

¹³⁴⁶ La campaña contra la esclavitud blanca ha sido descrita como un ejemplo clásico de “pánico moral”: Irwin, M., “‘White Slavery’ as Metaphor: Anatomy of Moral Panic”, *Ex Post Facto: The History Journal*, Vol. 5, 1996. Doezema habla de “mito cultural” para referirse al relato creado por el movimiento abolicionista de la esclavitud. Doezema adopta la concepción de Grittner de mito como “creencia colectiva acríticamente aceptada, un mito puede ayudar a comprender el mundo y justificar instituciones sociales y acciones [...] Cuando se repite de generación en generación, un mito revela un contenido moral, tiene su propio significado y conserva sus propios valores. [...] Considerándolo estructuralmente, un mito cultural es un discurso, un conjunto de fórmulas narrativas que adquieren, a través de una acción histórica específica, una significativa carga ideológica”. Grittner, *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, citada en Doezema, J., *Sex Slaves, Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, pp. 4-5. Kempadoo y Doezema llaman la atención sobre el efecto de dichos discursos y mitos en el discurso antitrata actual: Kempadoo, K., “The Modern-Day White (Wo)Man’s Burden: Trends in Anti-Trafficking and Anti-Slavery Campaigns”, *Journal of Human Trafficking*, Vol. 1, 2015, pp. 8–20; Doezema, J., “Loose Women or Lost Women? The Reemergence of the Myth of White Slavery in Contemporary Discourses of Trafficking in Women”, pp. 24 y ss.

¹³⁴⁷ Doezema, J., “Forced to Choose: Beyond the Voluntary v. Forced Prostitution Dichotomy”, en *Global Sex Workers: Rights, Resistance and Redefinition*, Kempadoo, K./Doezema, J. (ed.), Routledge, Nueva York, 1998, pp. 34-50; Iglesias Skulj, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, p. 59. Según Agustina Iglesias, algunas investigaciones sostienen que la trata de blancas no solo se refería a mujeres blancas, ya que las campañas antitrata también estaban dirigidas a las mujeres migrantes, *Ibid.*, p. 62. No obstante, el hecho de que las campañas también

El movimiento contra la trata de blancas origina cinco Convenciones entre 1904 y 1949: (i) el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, de 1904 (Acuerdo de 1904); (ii) el Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, de 1910 (Convenio de 1910); (iii) bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de 1921 (Convención de 1921) y la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 1933 (Convención de 1933); y iv) el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949 (Convenio de 1949).¹³⁴⁸

Las primeras conferencias internacionales para prevenir la trata de mujeres tienen lugar en París en 1895 y en Londres en 1899.¹³⁴⁹ Estas conferencias, muy influenciadas por la perspectiva abolicionista, culminan con el primer Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, de 1904.¹³⁵⁰ El foco de este Acuerdo es la cooperación entre los Estados y la protección de las mujeres y muchachas “adquiridas con el fin de darlas a propósitos inmorales en el extranjero”.¹³⁵¹ Este Acuerdo no contenía ningún mecanismo para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones,¹³⁵² lo que dio lugar a que en 1910 se aprobara el Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, que extiende el ámbito de aplicación a las conductas relacionadas no solo con la “adquisición” de mujeres con fines de prostitución, sino también con la “seducción” y el uso de fuerza.¹³⁵³ La Convención de 1910 también introduce una distinción que ha perdurado hasta hoy día: entre víctimas menores de edad, respecto a las cuales los medios empleados son irrelevantes, y las adultas, en cuyo caso se requiere la prueba de algún medio de coacción.¹³⁵⁴

Como consecuencia de este nuevo régimen internacional de la “trata de blancas”, se confía a la Sociedad de Naciones el control general de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y niños (artículo 23.c) del Pacto constitutivo de la Sociedad de Naciones). De este modo, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones se concluyeron dos Convencio-

las incluyeran, no quiere decir que abordase adecuadamente las cuestiones raciales insertas en estos discursos. Ver: Maqueda Abreu, M.L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, Granada, 2009.

¹³⁴⁸ Ver el análisis *supra* de la regulación internacional.

¹³⁴⁹ Cole, A., “Reconceptualizing Female Trafficking: The Inhuman Trade in Women”, p. 100; Wijers, M./Lap-Chew, L., *Trafficking in Women: Forced Labour and Slavery-Like Practices in Marriage, Domestic Labour and Prostitution*, Foundation Against Trafficking in Women, Utrecht, 1997, pp. 14-16.

¹³⁵⁰ Walkowitz, J., *Prostitution and Victorian Society: Women, Class, and the State*, p. 2.

¹³⁵¹ Artículo 1 del Acuerdo. Como este artículo habla de “adquisición”, Obokata afirma que la trata de seres humanos es similar a la trata de esclavos. Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, pp. 13-14.

¹³⁵² Según Obokata, esto permitió que la trata de mujeres continuara prosperando en los siguientes años: *Ibid.*, p. 14. También: Demleitner, N., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, p. 168; Allain, J., “White Slave Traffic in International Law”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, Vol. 1, 2012, pp. 23 y ss.

¹³⁵³ La referencia a la “seducción” sugiere la utilización de engaño, y el artículo 2 se refiere a la trata con uso de amenazas, violencia y abuso de autoridad: Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, p. 15.

¹³⁵⁴ Distinción contemplada en el Protocolo de Palermo.

nes para la represión de la trata de mujeres y niñas: la Convención de 1921 y la Convención de 1933.¹³⁵⁵

La Convención de 1921 evita el término “trata de blancas” y utiliza en su lugar el de “trata de mujeres o la trata de niños de uno u otro sexo”. Además, continúa en la línea de reforzar los controles de inmigración y la persecución de todos los implicados en el proceso de trata. Por su parte, la Convención de 1933 amplía los fines posibles de la trata, abarcando no solo la prostitución, sino cualquier finalidad sexual o inmoral, y traslada el foco de lucha a los Estados de origen. También se elimina cualquier referencia al consentimiento, por lo que el uso de la coacción deja de ser un elemento constitutivo del delito de trata, tanto en adultas como en menores de edad.¹³⁵⁶

La supresión de la exigencia de violencia o fraude y la presunción de su condición de víctima ha sido una cuestión muy criticada, especialmente porque acentuaba el clima de confusión existente entre migraciones consentidas y no consentidas de mujeres.¹³⁵⁷ El discurso abolicionista influiría también los siguientes instrumentos. Así, en 1937 se preparó el borrador de una Convención que promoviese la abolición de los burdeles y la persecución penal de aquellos que los gestionan. No obstante, este proyecto se detuvo por el estallido de la II Guerra Mundial.

En 1949, los distintos acuerdos y convenciones sobre la trata se unificaron en un único instrumento: el Convenio de 1949.¹³⁵⁸ Se pueden señalar dos aspectos especialmente relevantes de este Convenio: en primer lugar, que traslada al ámbito internacional la prostitución voluntaria o forzada, cuestión que tradicionalmente había quedado relegada al ámbito doméstico de los Estados. A partir de entonces la prostitución se convierte en una

¹³⁵⁵ Estos acuerdos reflejan la percepción global del problema de la “esclavitud blanca”, como muestra un informe de la Sociedad de Naciones de 1921 en el que se censuraba que “las mujeres, en su mayoría menores de edad, eran contratadas en puestos lucrativos para después, siempre en completa ignorancia de la abominable suerte que las aguardaba, eran transportadas a países extranjeros, para finalmente ser arrojadas sin dinero en casas de libertinaje”, citado en Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 56.

¹³⁵⁶ La Convención de 1933 supone el triunfo del discurso abolicionista a nivel internacional, al eliminarse cualquier referencia al consentimiento, que deja de operar para marcar la diferencia entre la capacidad consensual entre mujeres y niños. Iglesias Skulj, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, p. 63; Demleitner, N., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, p. 170; Otto, D., “Lost in Translation: Re-scripting the Sex Subjects of International Human Rights Law”, en *International Law and Its Others*, Orford, A. (ed.), Cambridge University Press, 2006, pp. 324-325.

¹³⁵⁷ El nexo entre la inmigración femenina y la prostitución y los efectos negativos en el imaginario colectivo ha sido resaltado, entre otros, por: Casal, M./Mestre, R., “Migraciones femeninas”, en *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?. Algunos desafíos y (malas) respuestas*, De Lucas, F. J./Torres, F. (ed.), Talasa, Madrid, 2002, p. 146; Campani, G., “Traffico a fine di sfruttamento sessuale e sex business nel nuovo contesto delle migrazioni internazionali”, p. 39; Maqueda Abreu, M. L., “Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos”, pp. 1197-1211.

¹³⁵⁸ Fue adoptado por la Asamblea General en su Resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. El ECOSOC de las Naciones Unidas, en la resolución 43 (IV)(1947), había requerido al Secretario General reiniciar el estudio del borrador de la Convención de 1937 de la Sociedad de Naciones, que realizase las correspondientes enmiendas, e introdujera las mejoras necesarias. Ver: Demleitner, N., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, p. 2.

cuestión de Derechos humanos.¹³⁵⁹ En segundo lugar, al abogar por la criminalización de las conductas que faciliten la prostitución, la Convención se adhiere a las premisas abolicionistas.¹³⁶⁰ Esta visión queda confirmada en el Preámbulo, en el que declara sin ambages que tanto la trata como la prostitución son “incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”.

El Convenio de 1949 prohíbe tanto la explotación de la prostitución ajena como su facilitación, ya sea interna o transfronteriza, con independencia del consentimiento o de la edad de la víctima. La razón de que el foco se centre en los facilitadores de la prostitución se debe a que los encargados del borrador temían que “las leyes diseñadas para castigar tanto a clientes como prostitutas, en la práctica se aplicaran selectivamente a estas últimas”.¹³⁶¹ A pesar de la adhesión al discurso abolicionista, el Convenio no prohíbe la prostitución en sí, sino que requiere a los Estados parte la adopción de medidas socio-económicas encaminadas a la prevención de la misma.¹³⁶² Esta posición, en cierto modo contradictoria, se explica si tenemos en cuenta que el Convenio es fruto del consenso entre los Estados que habían prohibido la prostitución y aquellos que la toleraban bajo ciertas condiciones, asegurándose así una mayor ratificación.¹³⁶³

Tras esta Convención no se firman otros acuerdos internacionales directamente relacionados con la trata. Nora Demleitner sugiere que un estudio de 1959 de Naciones Unidas sobre la efectividad de la Convención de 1949 pudo haber disuadido de adoptar otro tipo de acciones.¹³⁶⁴ No obstante, a partir de 1970 vuelve a reemerger el interés internacional sobre la trata de seres humanos como parte de un creciente movimiento mundial que defiende los derechos de las mujeres.¹³⁶⁵ Esto se refleja especialmente a partir de la

¹³⁵⁹ Saunders, P./Soderlund, G., “Threat or Opportunity? Sexuality, Gender, the EBB and Flow of Trafficking Discourse”, *Canadian Woman Studies*, Vol. 22, No. 3-4, 2003, p. 19.

¹³⁶⁰ Iglesias Skulj, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, p. 65. No obstante, aunque la postura abolicionista logra imponerse en el discurso internacional, no ocurre lo mismo en el ámbito interno de los Estados. Saunders, P./Soderlund, G., “Threat or Opportunity? Sexuality, Gender, the EBB and Flow of Trafficking Discourse”, p. 19; Walkowitz, J. R., *Prostitution and Victorian Society*, p. 36 y ss.; Doezema, J., *Sex Slaves, Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, p. 112 y ss. Ver también: Hobson, B., *Uneasy Virtue: The Politics of Prostitution and the American Reform Tradition*, Basic Books, Nueva York, 1987 y Roberts, N., *Whores in History: Prostitution in Western Society*, Harper Collins, Londres, 1992.

¹³⁶¹ Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, p. 17; ONU, ECOSOC, *Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its sixteenth session*, E/CN.4/Sub.2/1991/41, 19 de agosto de 1991, párr. 32.

¹³⁶² Artículo 16: Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las infracciones a que se refiere el presente Convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos.

¹³⁶³ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 59; Chuang, J., “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 65, No. 11, 1998, p. 77.

¹³⁶⁴ Demleitner, N., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, pp. 174-176.

¹³⁶⁵ Bruch, E. M., “Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking”, p. 11. Bruch pone de manifiesto que, a diferencia del anterior “pánico moral” sobre la esclavitud blanca, la renovada preocupación sobre la trata parecía estar basada en un entendimiento mejor documentado y extenso sobre el problema (cita a pie de página 52, página 11). Sin embargo, como indica la Relatora Especial sobre

Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1975, celebrada en la Ciudad de México,¹³⁶⁶ que determina que se incluya una referencia a la trata en la Convención de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.¹³⁶⁷ La trata de seres humanos apareció en los documentos finales de las siguientes conferencias mundiales sobre la mujer, de 1980, 1985 y 1995, expresamente vinculada a la prostitución.¹³⁶⁸ En general, el movimiento contra la trata sexual acabó extendiendo la idea de que la prostitución constituía una forma esclavitud sexual femenina.¹³⁶⁹

1.2 Segunda fase: años 90 – actualidad

A partir de 1990 se produce un importante cambio en el marco legal internacional sobre la trata, que pasa de ser una cuestión casi exclusiva del Derecho internacional de los derechos humanos a formar parte también del Derecho penal transnacional, al integrarse otras perspectivas en la lucha contra la trata, como su relación con la delincuencia transnacional organizada o con el tráfico ilegal de inmigrantes.¹³⁷⁰ La confluencia entre

trata, existen sospechas de que el problema está sobredimensionado por la escasa fiabilidad de las cifras. Ver: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women's migration and violence against women*, 55ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párr. 72: “Alimentándose y retroalimentando los sentimientos anti-inmigración de los países altamente industrializados, los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación revelan un número cada vez mayor de mujeres que son objeto de trata”. Ver también: Kapur, R., “The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 1-38; Kapur, R., “Post-Colonial Economies of Desire: Legal Representation of the Sexual Subaltern”, *Denver University Law Review*, Vol. 78, 2001, p. 855, donde discute cómo las respuestas internacionales a los trabajadores o trabajadoras sexuales como sujetos-víctimas, fomentan represivas respuestas legales o no legales y refuerzan la perspectiva “imperial” respecto al sujeto “nativo”.

¹³⁶⁶ Reanda describe la reavivación del interés en la trata a partir de 1970 como estrategias de “defensa social”: Reanda, L., “Prostitution as Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, No. 2, 1991, pp. 211-214.

¹³⁶⁷ El artículo 6 establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

¹³⁶⁸ Así, en la Conferencia de Copenhague de 1980 se establece que “la prostitución es una forma de esclavitud impuesta sobre las mujeres”: ONU, *Report of the World Conference of the United Nations Decade for women: Equality, Development and Peace*, UN Doc. A/CONF.94/35, Copenhague, 14-30 de julio de 1980, p. 103.

¹³⁶⁹ Esta visión generó una normativa diseñada para salvar a mujeres y niñas consideradas “víctimas inocentes” y una mayor vigilancia y represión del comercio sexual: Kempadoo, K., “The Modern-Day White (Wo)Man’s Burden: Trends in Anti-Trafficking and Anti-Slavery Campaigns”, *Journal of Human Trafficking*, Vol. 1, 2015, pp. 8–20, especialmente p. 11; Anderson, B./Sharma, N./Wright, C., “Editorial: Why no borders?”, *Refuge: Canada’s Periodical on Refugees*, Vol. 26, No. 2, 2009, pp. 5-18; Bernstein, E., “Militarized humanitarianism meets carceral feminism: The politics of sex, rights, and freedom in contemporary antitrafficking campaigns”, *Signs*, Vol. 36, No. 1, 2019, pp. 45-47.

¹³⁷⁰ Salt, J./Stein J., “Migration as a Business: The Case of Trafficking”, *International Migration*, Vol. 35, No. 4, 1997, p. 467; William, P. (ed.), *Illegal Immigration and Commercial Sex: The New Slave Trade*, Frank Class, Londres, 1999; Richard, A.O.N., *International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organized Crime*, 2000: <https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/csi-publications/books-and-monographs/trafficking.pdf> [último acceso: 24/01/2020]; Morrison, J./Crosland, B., “The Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game in European Asylum Policy?”, *UNHCR Evaluation and Policy Analysis Unit*, Working Paper No. 39, 15 abril, 2001.

tres pilares –migración, crimen y “pánico moral”– ha sentado los cimientos para el desarrollo de un movimiento a nivel mundial contra la trata de seres humanos, que ha originado su propio marco institucional.¹³⁷¹

Como ponen de manifiesto Wylie y McRedmond, “no es casualidad que el ‘redescubrimiento’ de la trata coincida con la alteración del orden europeo en el final de la Guerra Fría”,¹³⁷² donde la movilidad sin precedentes fue una de las consecuencias del colapso de la Unión Soviética.¹³⁷³ Los miedos existentes sobre la inmigración, el proceso de apertura de fronteras o el crimen organizado, fueron también instrumentales para el desarrollo de un marco legal internacional contra la trata.¹³⁷⁴ Se acentúa la relación entre la trata y la delincuencia transnacional organizada, considerada como “el lado oscuro” de la globalización.¹³⁷⁵ Como argumentan Beare y Naylor, “la mención de las palabras “crimen organizado” tienen el poder de atraer a la prensa, ganar votos, adquirir recursos, y obtener el apoyo de la población para la adopción de diversas medidas legislativas y de aplicación de las leyes”.¹³⁷⁶

La convergencia entre potenciales amenazas globales y temores a nivel local se tradujo en una transformación de las políticas migratorias y de control fronterizo en el hemisferio norte.¹³⁷⁷ En Europa, la apertura inicial inaugurada con el Espacio Schengen fue sustituida paulatinamente por unas políticas mucho más restrictivas de control migratorio.¹³⁷⁸ En este contexto, la trata de seres humanos se presenta conjuntamente con una política migratoria general caracterizada por la intensificación de los controles y la represión de la inmigración ilegal. De hecho, la trata se ha empleado generalmente como justificación de políticas migratorias restrictivas.¹³⁷⁹

¹³⁷¹ Sobre esto, ver especialmente Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, pp. 1147 y ss.

¹³⁷² Wylie, G./McRedmond, P., “Introduction: Human Trafficking and Europe”, en *Human Trafficking in Europe: Character, Causes and Consequences*, Wylie, G./McRedmond, P. (eds), Palgrave Macmillan, Nueva York, 2010, p. 3

¹³⁷³ Shelley, L., “The Trade in People in and from the Former Soviet Union”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 40, No. 2-3, 2003, p. 232.

¹³⁷⁴ Lee, M., *Trafficking and Global Crime Control*, Sage, Londres, 2011, especialmente los capítulos 2 y 3.

¹³⁷⁵ Villacampa Estiarte, C., “Trata de seres humanos y delincuencia organizada”, *InDret*, Vol. 1, 2012, p. 9. Shelley, L., “The Trade in People in and from the Former Soviet Union”, p. 232; Davidson, J. O., “The making of modern slavery: Whose interests are served by the new abolitionism?”, *British Academy Review*, Vol. 24, No. 1, Londres, 2014, p. 29; LeBaron, G., “Unfree labour beyond binaries: insecurity, social hierarchy and labour market restructuring”, *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 17, No. 1, 2015, pp. 1-19.

¹³⁷⁶ Beare, M./Naylor, R., “Major Issues Relating to Organized Crime within the Context of Economic Relationships”, *Law Commission of Canada*, 1999, p. 1. <https://dalspace.library.dal.ca/bitstream/handle/10222/10284/Nathanson%20Centre%20Research%20Economic%20and%20Organized%20Crime%20EN.pdf?sequence=1> [último acceso: 24/01/2020].

¹³⁷⁷ Aas, K., *Globalization and Crime*, Sage, Londres, 2007, p. 40.

¹³⁷⁸ Lobasz, J., “Beyond Border Security: Feminist Approaches to Human Trafficking”, *Security Studies*, Vol. 18, No. 2, 2009, p. 319.

¹³⁷⁹ Davidson, J. O., “New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of ‘freedom’”, *Global Networks*, Vol. 10, No. 2, 2010, pp. 244-261; Aradau, C., *Rethinking Trafficking in Women: Politics out of Security*, Palgrave, Londres, 2008, p. 22.

Por otro lado, la sensación de alarma se intensificó con el reavivamiento de los discursos que presentaban a mujeres como la “víctima ideal”.¹³⁸⁰ Si bien hubo estudios que se hicieron eco de la diversidad de las experiencias de las víctimas de trata migrantes,¹³⁸¹ los binarios fáciles de digerir de “víctima ideal” y “delincuente ideal”, ocuparon un lugar central en el discurso global contra la trata.¹³⁸² Algunos autores han observado las similitudes entre el antiguo discurso y su equivalente contemporáneo.¹³⁸³ La nueva migración femenina de principios de los 90 se veía en términos negativos, con escasa consideración al aumento de autonomía o de independencia económica.¹³⁸⁴

2. La definición de trata de seres humanos en el Derecho internacional

A continuación vamos a examinar cuál es la definición aceptada de trata en el Derecho internacional y cómo interactúan los distintos instrumentos que conforman el régimen contra la trata. Veremos que la definición contemporánea de trata de seres humanos no coincide exactamente con las definiciones previas de los convenios contra la trata de personas, que la limitaban al tráfico de mujeres y niños con fines de explotación sexual o incluso que la asimilaban con la prostitución consentida.

El análisis de los instrumentos internacionales, especialmente a partir de la aprobación del Protocolo de Palermo, muestra que en la actualidad se ha formado un consenso en torno a que la definición aceptada de trata es la que se encuentra en el Protocolo.

2.1 El Convenio de 1949

A pesar de la importancia del Convenio de 1949 en los debates sobre la prostitución, en la actualidad ocupa una posición marginal en el marco legal internacional sobre la trata de personas, hasta el punto que algunos autores defienden que se ha quedado obsoleto.¹³⁸⁵

¹³⁸⁰ Como describe Berman, el mundo de la trata se presentaba como “un nefasto escenario poblado de oscuros criminales que persiguen; cientos de miles de niñas jóvenes, inocentes, “blancas” secuestradas y violadas; fronteras soberanas transgredidas bajo el abrigo de la noche”: Berman, J., “Biopolitical Management, Economic Calculation and “Trafficked Women””, *International Migration*, Vol. 48, No. 4, 2010, 2010, p. 85. Ver también: Ford, M./Lyons, L./van Schendel, W., *Labour Migration and Human Trafficking: An Introduction*, *Labour Migration and Human Trafficking in Southeast Asia: Critical Perspectives*, van Schendel, W./Lyons, L./Ford, M. (ed.), Routledge, Londres y Nueva York, 2012, pp. 1-22.

¹³⁸¹ Lee, M., *Trafficking and Global Crime Control*, pp. 37 y ss.

¹³⁸² Milivojevic, S./Pickering, S., “Trafficking in People, 20 Years On: Sex, Migration and Crime in the Global Anti-Trafficking Discourse and the Rise of the Global Trafficking Complex”, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 25, No. 2, 2013, p. 589.

¹³⁸³ Especialmente Kempadoo, K., “The Modern-Day White (Wo)Man’s Burden: Trends in Anti-Trafficking and Anti-Slavery Campaigns”, pp. 11 y ss.

¹³⁸⁴ “Mientras que a los hombres que migraban se les solía ver como aventureros, valientes, y merecedores de admiración, por el mismo comportamiento, las mujeres eran representadas como pasivas, necias e ingenuas, merecedoras o de rescate o castigo”: Doezema, J., “Loose Women or Lost Women? The Re-Emergence of the Myth of ‘White Slavery’ in Contemporary Discourses of ‘Trafficking in Women’”, p. 40; Ver también: Casal, M./Mestre, R., “Migraciones femeninas”, p. 146; Maqueda Abreu, M. L., “La prostitución: el “pecado” de las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 35, 2017, p. 82.

¹³⁸⁵ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 62. Ha sido ampliamente criticado por cuestiones de forma y de fondo. Entre otras cosas, por no distinguir entre prostitución forzada y voluntaria o por no contemplar mecanismos preventivos. Posiblemente la crítica más incisiva provenga de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en un informe del año 2000, donde señala expresamente que “el Convenio de 1949 ha demostrado que no protege con eficacia los derechos de las mujeres víctimas de trata

En un libro de 2010, Gallagher examinó la vigencia del Convenio de 1949 en la actualidad, preguntándose si se trata de un Convenio en desuso.¹³⁸⁶ Finalmente, concluye que la adopción del Protocolo de Palermo es un indicio relevante para afirmar que el Convenio de 1949 ha sido superado por la evolución normativa posterior.¹³⁸⁷

2.2 El Protocolo de Palermo

De todos los instrumentos que se refieren específicamente a la trata de personas, la norma más importante es el Protocolo de Palermo, que une las dos genealogías que se habían desarrollado de manera independiente: la trata de esclavos y la trata de mujeres y niños. Esta norma consolida el vínculo entre trata de seres humanos, tráfico ilegal de inmigrantes y delincuencia organizada, puesto que se trata de un Protocolo que comple-

[...] No considera a las mujeres como participantes independientes dotadas de derechos y de razón; sino que las considera más bien como personas vulnerables que necesitan ser protegidas de los “males de la prostitución”. El Convenio de 1949 no contribuye a proteger a la mujer ni suministra remedios para las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el proceso de trata, lo que aumenta la marginación y la vulnerabilidad a violaciones de los derechos humanos”. ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women’s migration and violence against women*, párr. 22. Ver también: Rebollo Vargas, R./Cugat Mauri, M./Rodríguez Puerta, M. J., “Normativa internacional y derecho comparado”, *Trata de personas y explotación sexual*, García Arán, M. (coord.), Comares, Granada 2006, pp. 36-37; Chuang, J., “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms, and Contexts”, pp. 75 y ss.; Chew, L., *Programme Consultation Meeting on the Protection of Domestic Workers Against the Threat of Forced Labour and Trafficking*, Anti-Slavery International, 2003, pp. 25 y 35; Reanda, L., “Prostitution as a Human Rights Question”, p. 210. Knaus, Kartusch y Reiter también llaman la atención sobre el hecho de que no se ofrece protección en los casos de movimiento forzado o fraudulento de individuos en otros sectores que no sean la prostitución: Knaus, J./Kartusch, A./Reiter, G., “Combat of Trafficking in Women for the Purpose of Forced Prostitution”, en *Combat of Trafficking*, Knaus, J./Kartusch, A./Reiter, G. (eds.), Institute for Human Rights, 2000, p. 16

¹³⁸⁶ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 62 y 63.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, p. 63.

menta la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.¹³⁸⁸ De acuerdo con los *travaux préparatoires*, la propuesta original se refería únicamente a la trata de mujeres y niños,¹³⁸⁹ pero se modificó para que el ámbito del Protocolo abarcara la “trata de personas, especialmente mujeres y niños”.¹³⁹⁰

El Protocolo de Palermo complementa la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención contra la delincuencia organizada)¹³⁹¹ junto con otros dos Protocolos que abordan el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico de armas. Estos tratados que constituyen el primer intento serio de utilizar el Derecho internacional como arma contra el crimen organizado transnacional.¹³⁹²

Es importante realizar algunas consideraciones sobre la relación entre el Protocolo y

¹³⁸⁸ Una caracterización general de la trata en el Protocolo de Palermo la podemos encontrar en Rebollo Vargas, R./Cugat Mauri, M./Rodríguez Puerta, M. J.: “Normativa internacional y derecho comparado”, pp. 38-42; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, pp. 128-131; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 149 y ss., 160-163; Guardiola Lago, M. J., *Tráfico de personas en el Derecho Penal español*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 46 y ss. Sobre la historia del compromiso de las Naciones Unidas con la delincuencia transnacional organizada y el desarrollo que llevaría al establecimiento del Comité Especial, ver: UNODC *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, pp. ix-xxvi; McClean, D., *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford University Press, 2007, pp. 2-7.

¹³⁸⁹ Ver, en general: Vlassis, D., *The Global Situation of Transnational Organized Crime, the Decision of the International Community to Develop an International Convention and the Negotiation Process*, UN Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Annual Report and Resource Materials Series No. 59, 2000, pp. 475, 492: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No59/No59_33VE_Vlassis2.pdf [último acceso: 24/01/2020]. Anteriormente, la Asamblea General y el Secretario General de las Naciones Unidas habían protagonizado los primeros intentos de definir la trata: ONU, Asamblea General, *Traffic in Women and Girls*, A/RES/49/166, 23 de diciembre de 1994; ONU, Asamblea General, UN General Assembly, *Traffic in Women and Girls: Report of the Secretary-General*, A/50/369, 24 de agosto de 1995.

¹³⁹⁰ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 322.

¹³⁹¹ ONU, Treaty Series, Vol. 2225, p. 209, de 15 de noviembre de 2000.

¹³⁹² Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 70; Blanco Cordero, I./Sánchez García de la Paz, I., “Principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas y la Unión Europea relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, *Revista Penal*, No. 6, 2000, p. 3 y ss.; Rebollo Vargas, R./Cugat Mauri, M./Rodríguez Puerta, M. J., “Normativa internacional y derecho comparado”, pp. 38-40. Sobre los motivos de elección de la trata y el tráfico ilegal de migrantes como parte de acuerdos adicionales, Gallagher sugiere que “si bien las preocupaciones en materia de derechos humanos pudieron haber impulsado (o revestido) la acción colectiva, fueron claramente las cuestiones de soberanía y seguridad en torno a la trata y el tráfico ilícito de migrantes, así como el vínculo que se percibe con los grupos delictivos organizados que operan a través de las fronteras nacionales, los que constituyeron la verdadera fuerza motriz tras dichos esfuerzos”: Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 71. Por otro lado, Estados Unidos se había convertido en el principal gendarme en la lucha contra la trata a nivel internacional. Con la aprobación en el año 2000 de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act*, puso en marcha mecanismos para hacer cumplir unos estándares mínimos de lucha contra la trata a nivel internacional, e influyó en el resto de países y en la propia Naciones Unidas: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 247 y ss.; Chuang, J., “The United States as Global Sheriff: Using Unilateral Sanctions to Combat Human Trafficking”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2, 2006, pp. 437-494.

la Convención contra la delincuencia organizada. Es decir: ¿en qué afecta que la definición de trata se haya originado en el contexto del Derecho penal transnacional?

El Derecho penal transnacional está destinado a abordar delitos transnacionales¹³⁹³ definidos como el “fenómeno criminal que trasciende fronteras internacionales, que infringe las normas de algunos estados, o que produce efectos en otro país”,¹³⁹⁴ de forma indirecta mediante las legislaciones penales domésticas.¹³⁹⁵ Tal y como indica Boister, el Derecho penal transnacional se basa en obligaciones horizontales entre Estados y su aplicación vertical a los individuos para cumplir con las obligaciones derivadas del tratado.¹³⁹⁶ La obligación de criminalizar ciertas actividades cumple dos objetivos: “(i) eliminar dichas actividades a nivel doméstico; y (ii) posibilitar la cooperación interestatal,¹³⁹⁷ asegurando la doble incriminación”.¹³⁹⁸ Esto explica el marcado carácter punitivista y criminológico del Protocolo, que se centra en la incriminación de la conducta y, residualmente, en la protección y asistencia de las víctimas.¹³⁹⁹

El hecho de que la definición de trata se establezca en un Protocolo de cooperación penal transfronteriza que complementa la Convención sobre crimen organizado, no determina que la definición deba referirse únicamente a movimientos transfronterizos en el marco de la criminalidad organizada, o que éstos sean elementos del tipo.¹⁴⁰⁰ Es decir,

¹³⁹³ Aunque también es útil mencionar la distinción entre delitos transnacionales, delitos en el ámbito del Derecho internacional y delitos sujetos a jurisdicción universal: Jessberger, F., “Corporate Involvement in Slavery and Criminal Responsibility under International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 330 y ss.

¹³⁹⁴ Artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado. Ver: Mueller, G. O. W., “Transnational Crime: Definitions and Concepts”, en *Combating Transnational Crime: Concept, Activities, Responses*, en Williams, P./Vlassis, D. (eds), Frank Cass, Londres, 2001, p. 13. Además, estos delitos se caracterizan por ser delitos cometidos por particulares, aunque puedan estar implicados agentes estatales: Boister, N., “Transnational Criminal Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 5, 2003, p. 955; Bassiouni, C., “An Appraisal of the Growth and Developing Trends of Transnational Criminal Law”, *Revue Internationale De Droit Penal*, Vol. 45, 1974, p. 421.

¹³⁹⁵ Boister, N., “Transnational Criminal Law”, p. 955 Los efectos transfronterizos que causa o puede causar la actividad no deseada constituyen el principal argumento utilizado para convencer a los Estados de la necesidad de adoptar tratados internacionales que establezcan nuevos delitos intra o interestatales: Nadelmann, E. A., “Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society”, pp. 481 y ss.; Boister, N., “Further Reflections on the Concept of Transnational Criminal Law”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 6, No. 1, 2015, p. 9

¹³⁹⁶ Boister, N., *Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 13.

¹³⁹⁷ La cooperación es necesaria porque el principio de soberanía estatal limita la aplicación y los efectos del Derecho penal interno fuera de las fronteras de los Estados. Por tanto, en el Derecho penal transnacional impera el objetivo de aplicación efectiva de la ley por encima de la protección de las víctimas del delito: *Ibid.*, p. 278; Boister, N., “Human Rights Protections in the Suppression Conventions”, *Human Rights Law Review*, Vol. 2, No. 2, 2002, p. 201.

¹³⁹⁸ Boister, N., “Human Rights Protections in the Suppression Conventions”, pp. 200 y ss. Por tanto, el Derecho penal transnacional no sólo tiene un aspecto de Derecho penal sustantivo, sino sobre todo de procedimiento y de cooperación. El objetivo es facilitar la extradición, mejorar las posibilidades de cooperación policial y judicial, etc.

¹³⁹⁹ Esteban, libro Villacampa

¹⁴⁰⁰ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 285; UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 258: ‘Debe resaltarse que, aunque para que se aplique la Convención los delitos

que es necesario distinguir entre el ámbito de aplicación de la Convención –artículo 4–, que sí requiere que se dé el aspecto transnacional y la operación de un grupo criminal organizado,¹⁴⁰¹ de la obligación de tipificar delitos.

Las reglas generales que rigen las relaciones entre la Convención y sus Protocolos afectan principalmente al alcance de las obligaciones de los Estados y a las necesidades de ratificación, pero no a la definición. Estas reglas se establecen en la misma Convención, aunque también pueden encontrarse algunas referencias en los Protocolos. Una lectura conjunta permite extraer cuatro principios básicos: en primer lugar, que los Protocolos no están destinados a convertirse en tratados independientes, sino que los Estados deben ratificar la Convención contra la delincuencia organizada antes de ratificar cualquiera de los Protocolos.¹⁴⁰² *Contrario sensu*, un Estado parte de la Convención no está obligado por los Protocolos a menos que los ratifique expresamente.¹⁴⁰³ En segundo lugar, la Convención y sus Protocolos deben interpretarse conjuntamente.¹⁴⁰⁴ En tercer lugar, las disposiciones de la Convención se aplican, *mutatis mutandi*, a los Protocolos.¹⁴⁰⁵ Y, en cuarto lugar, las disposiciones generales de la Convención relacionadas con la cooperación interestatal, asistencia legal mutua y la extradición, son aplicables también en la implementación de los artículos más específicos del Protocolo.¹⁴⁰⁶

2.3 Otros tratados internacionales

La DUDH (artículo 4) y el PIDCP (artículo 8) prohíben la trata de esclavos en todas sus formas, sin definirlo. Los *travaux préparatoires* del PIDCP sí reflejan que se ceñía al tráfico de esclavos como tal y no la trata de mujeres y niños.¹⁴⁰⁷ La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 obliga a

deben ser transnacionales y realizados por grupos delictivos organizados, ninguno de estos elementos forma parte de los elementos del delito a nivel doméstico (artículo 34.2)”.

¹⁴⁰¹ Además de ser de carácter transnacional y de implicar delincuencia organizada, debe tratarse de un “crimen grave”. Artículo 3 de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

¹⁴⁰² Art. 37.2 de la Convención. Esta disposición garantiza que, si surge algún problema en la aplicación de los Protocolos, todas las disposiciones generales de la Convención –por ejemplo, las relativas a asistencia legal mutua y protección de las víctimas– también serán aplicables: UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Procol to Prevent, Supress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 253.

¹⁴⁰³ Art. 37.3 de la Convención

¹⁴⁰⁴ Artículo 37.4 de la Convención; artículo 1.1 del Protocolo de Palermo.

¹⁴⁰⁵ Artículo 1.2 del Protocolo de Palermo, UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Procol to Prevent, Supress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 254. Los *travaux préparatoires* indican que “este párrafo se adoptó en el entendimiento de que las palabras ‘*mutatis mutandi*’ significan ‘con las modificaciones que requieran las circunstancias’ o con ‘las modificaciones precisas’. Las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado que se aplican al Protocolo bajo este artículo podrán, en consecuencia, ser modificadas o interpretadas para tener el mismo significado esencial o los efectos en el Protocolo que en la Convención”. UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 330.

¹⁴⁰⁶ Artículo 1.3 del Protocolo de Palermo; UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Procol to Prevent, Supress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 254.

¹⁴⁰⁷ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, E/CN.4/SR.142, p. 33, donde indica expresamente: “Se sugirió sustituir “trata de seres humanos” en lugar de “trata de esclavos” a fin de que el párrafo 1 abarcara también la trata de mujeres; pero no se aceptó, pues se consideró que la cláusula sólo debía tratar de la trata de esclavos como tal”.

los Estados parte que tomen “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (artículo 6).¹⁴⁰⁸

También se refieren a la trata la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y su Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. El Comité de los Derechos del Niño se ha referido a la trata en su Observación General No. 6 sobre el “trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, pero no menciona ninguna definición.¹⁴⁰⁹ Por último, el Convenio No. 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil contempla el tráfico de niños como una de las “peores formas” en el artículo 3. a).

2.4 Tratados regionales

En el ámbito regional europeo, el artículo 5.3 de la CDFUE prohíbe la trata de seres humanos, a diferencia del CEDH que no la menciona explícitamente y se limita a prohibir la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados en el artículo 4. A pesar de esto, el TEDH ha interpretado el Convenio de una forma dinámica y ha incluido la trata de personas dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 a partir de la sentencia *Rantsev c. Rusia y Chipre* en 2010,¹⁴¹⁰ con el significado del artículo 3(a) del Protocolo de Palermo y del artículo 4(a) del Convenio de Varsovia contra la Trata de Personas.¹⁴¹¹

Por otro lado, la Carta Africana de Derechos Humanos también lo hace en el artículo 5: “Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el *comercio de esclavos*, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”.¹⁴¹² No obstante, no se ha pronunciado sobre la trata.

En el ámbito regional americano, la CADH prohíbe la trata en los siguientes términos: “nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de

¹⁴⁰⁸ Ver: Knaus, J./Kartusch, A./Reiter, G., “Combat of Trafficking in Women for the Purpose of Forced Prostitution”, p. 17. E

¹⁴⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 200P. 50-53. El Comité se ha referido a la trata y a la explotación económica y sexual de los niños en sus Observaciones Finales sobre los Estados. Aunque el foco de atención continúa siendo la trata con fines de explotación sexual, el Comité también ha reconocido el fenómeno de la trata con fines de explotación laboral, incluyendo los trabajos forzados o la servidumbre por deudas. Por ejemplo, ver las Observaciones Finales del Salvador (CRC/C/SLV/CO/5-6, 2018, párr. 22-23); Laos (CRC/C/LAO/CO/3-6, 2018, párr. 22-23); Argentina (CRC/C/ARG/CO/5-6, 2018, párr. 42), etc.

¹⁴¹⁰ Para ello, el TEDH ha sostenido que el CEDH debe interpretarse a la luz las circunstancias contemporáneas y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.3.c de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados). Puesto que la verdadera naturaleza de la trata de seres humanos está basada en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, debe incluirse en el ámbito del artículo 4: *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 272-276.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, párr. 280-281; *VF c. Francia*; *JA c. Francia*; *LE c. Grecia*; *J y Otros c. Austria*. Ver análisis de la jurisprudencia internacional.

¹⁴¹² Además, la Unión Africana incorporó explícitamente la trata como una violación de los derechos de la mujer en virtud del artículo 4 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África; y el artículo 29 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño se refiere a la trata de menores.

esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas” (artículo 6.1). La CIDH se ha remitido al concepto de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo y del Convenio de Varsovia.¹⁴¹³

En el contexto regional asiático, la Convención de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) contra la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños entró en vigor en marzo de 2017 y se adhiere al enfoque del Protocolo de Palermo.¹⁴¹⁴

2.5 El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos

Los defectos de los tratados de Derecho penal transnacional, y concretamente la escasa consideración de la protección y asistencia de las víctimas, llevaron a que se redactase un nuevo instrumento sobre trata de seres humanos en el marco del Consejo de Europa: el Convenio de Varsovia.¹⁴¹⁵ Este Convenio trata de obtener un “equilibrio adecuado entre cuestiones de derechos humanos y persecución”.¹⁴¹⁶

La propuesta de un nuevo Convenio surgió en 2002 a partir de una Recomendación de la Asamblea Parlamentaria,¹⁴¹⁷ y el Comité Especial sobre la lucha contra la trata de seres humanos preparó el borrador que, tras ser discutido por los Estados, fue adoptado por el Consejo de Ministros el 3 de mayo de 2005.¹⁴¹⁸ El Informe Explicativo del Convenio desarrolla en detalle los beneficios de un instrumento regional en un área ya regulada por un tratado internacional, como la posibilidad de definir de forma más precisa los criterios normativos. Así, indica que el Convenio:

¹⁴¹³ Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, párr. 284 y ss.

¹⁴¹⁴ Convención sobre la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños, de 21 de noviembre de 2015 (ACTIP). Al respecto, ver: Yusran, T., “The ASEAN Convention Against Trafficking in Persons: A Preliminary Assessment”, *Asian Journal of International Law*, Vol. 8, 2018, pp. 258-292.

¹⁴¹⁵ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 27; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 176 y ss.; Zhang, S., *Smuggling and trafficking in human beings: All roads lead to America*, Greenwood Publishing Group, 2007, p. 160; Lenzerini, F., “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: which gaps are to be filled?”, *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 4, 2009, pp. 220 y ss.

¹⁴¹⁶ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 29. Tiene un doble carácter: por un lado, puede definirse como un tratado de Derecho penal transnacional, porque reproduce las disposiciones relacionadas con la tipificación de delitos y cooperación interestatal y, por otro, se considera como un tratado de derechos humanos al establecer obligaciones adicionales de protección y asistencia, con un enfoque más victimocéntrico que su predecesor. Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 28; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 181 y ss.

¹⁴¹⁷ Consejo de Europa, Recomendación de la Asamblea Parlamentaria No. 1545, 2002, párr. 11. Sobre una visión general de la acción del Consejo de Europa contra la trata, Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 110 y ss., Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 179 y ss.

¹⁴¹⁸ En relación con el proceso de creación del Convenio, hubo menos intervención de la sociedad civil que con el Protocolo de Palermo. Por ejemplo, los informes de las reuniones del Comité Especial estaban restringidas y en un principio no se podía acceder los borradores de la Convención: Gallagher, A., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration Law*, Vol. 8, 2006, p. 163.

[n]o pretende competir con otros instrumentos adoptados a nivel global o regional, sino mejorar la protección y desarrollar los criterios normativos contenidos en los mismos, en particular en cuanto a la protección de los derechos humanos de las víctimas de trata.¹⁴¹⁹

En un artículo que trata específicamente sobre la relación del Convenio con el Protocolo de Palermo, indica que “no afectará a los derechos y obligaciones derivados de las disposiciones del Protocolo [...], tiene la finalidad de reforzar la protección ofrecida por el Protocolo y desarrollar las normas contenidas en el mismo”.¹⁴²⁰ Siguiendo esta línea de coordinación con el Protocolo, el artículo 4. a), reproduce exactamente los términos de la definición del Protocolo de Palermo.

El Informe Explicativo realiza una serie de matizaciones que pueden ser de utilidad: a) que la trata puede existir incluso cuando no se cruzan fronteras nacionales o cuando la persona reside legalmente en el territorio;¹⁴²¹ b) que el abuso de la situación de vulnerabilidad (uno de los medios del delito de trata) comprende “cualquier estado de necesidad o dificultad en el que un ser humano se vea obligado a aceptar ser explotado”, incluyendo el “abuso de una situación de inseguridad económica o pobreza de un adulto que espera mejorar su suerte o la de su familia”;¹⁴²² c) que no se requiere que se haya producido la explotación para que tenga lugar la trata;¹⁴²³ d) que aunque el Convenio no se refiera a las adopciones ilegales, dichas prácticas entran en su ámbito si equivalen a “prácticas análogas a la esclavitud”;¹⁴²⁴ y e) que el hecho de que un individuo esté dispuesto a ejercer la prostitución no quiere decir que haya consentido a la explotación.¹⁴²⁵

2.6 Instrumentos de la Unión Europea: la institucionalización del movimiento contra la trata de seres humanos

Además de las normas y los instrumentos citados, la Unión Europea también ha desarrollado una normativa que no se ha limitado al ámbito de cooperación interestatal, sino que ha supuesto un salto cualitativo hacia la institucionalización de la lucha contra la trata. Por la relevancia de la Unión Europea en esta cuestión, merece la pena detenerse en el desarrollo de este proceso, descrito eficazmente y de forma muy detallada por Pérez Alonso,¹⁴²⁶ que comienza a partir del Tratado de Ámsterdam y la creación del Espacio de

¹⁴¹⁹ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 30.

¹⁴²⁰ Artículo 39 del Convenio. Sobre una explicación más detallada de los distintos aspectos del Convenio, como los objetivos, estructura, medidas de protección de las víctimas etc., ver: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, 183 y ss.; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, pp. 194 y ss; Lenzerini, F., “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: which gaps are to be filled?”, *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 4, 2009, pp. 220 y ss.

¹⁴²¹ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 80.

¹⁴²² *Ibid.*, párr. 83.

¹⁴²³ *Ibid.*, párr. 87.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, párr. 94

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, pp. 1147-1194. Ver también: Pérez Alonso, E., “Regulación

Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ).

Al situar la trata de seres humanos como una amenaza para el ELSJ en el Consejo Europeo de Tampere de 1999,¹⁴²⁷ la Unión Europea comenzó a adoptar un papel más activo.¹⁴²⁸ Entre 2002 y 2004 adopta dos instrumentos:¹⁴²⁹ una Decisión Marco sobre la lucha contra la trata y una Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata (Directiva sobre permisos de residencia). En general, el compromiso de la Unión Europea está muy influenciado por el contexto de control migratorio y de cooperación interestatal para la lucha contra el crimen.¹⁴³⁰

La Decisión Marco de 2002 fue una respuesta a lo que se percibía como una “grave infracción penal”,¹⁴³¹ ante el muy limitado éxito de la Acción Común de 1997.¹⁴³² La Unión Europea ya había ratificado el Protocolo de Palermo y se pretendía que la Decisión Marco mejorase la implementación del tratado internacional.¹⁴³³ La Decisión Marco continúa la estela criminocéntrica marcada por el Protocolo de Palermo, haciendo hincapié

internacional y europea sobre el tráfico de personas”, en Zugaldía Espinar, J.M., (Dir.), Pérez Alonso, E. (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 31 y ss.; Milivojevic, S./Pickering, S., “Trafficking in People, 20 Years On: Sex, Migration and Crime in the Global Anti-Trafficking Discourse and the Rise of the Global Trafficking Complex”, pp. 591 y ss.; Díaz Barrado, C.M., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 45, 2013, pp. 461 y ss.; Villacampa Estiarte, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo en la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 13-14, 2011, pp. 13 y ss.; Pérez Cepeda, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 73 y ss.; Daunis Rodríguez, A., *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, p. 49 y ss.

¹⁴²⁷ Ver las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Previamente, hay que tomar como punto de referencia el Plan de acción del Consejo y la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (COM (1998) 726 final, de 9/12/1998), Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, p. 1155; Pérez Cepeda, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho Penal*, pp. 76 y ss.

¹⁴²⁸ Con el propósito de dar cumplimiento a las exigencias del Consejo de Tampere, la Comisión presentó el 22 de diciembre del 2000 una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo con una propuesta sobre una Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil: COM (2000) 854 final, de 22/12/2000.

¹⁴²⁹ Previamente había adoptado una Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños: DO L 63 de 4.3.1997, p. 2. Sobre los antecedentes de esta Acción Común, ver en más profundidad Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, pp. 1152-1153; Guardiola Lago, M. J., *Tráfico de personas en el Derecho Penal español*, pp. 58 y ss.

¹⁴³⁰ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 29; Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, pp. 1156-1158.

¹⁴³¹ Apartado 7 del Preámbulo

¹⁴³² Rijken, C., *Trafficking in Persons: Prosecution from a European perspective*, p. 123.

¹⁴³³ Anne Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 97, donde cita la Nota de Prensa de Europa Press: “EU Urges Higher Priority on Trafficking in Women and Children” IP/01/325, 2001.

en la parte de la justicia criminal en detrimento de la protección y asistencia de las víctimas de trata.¹⁴³⁴

Con el fin de la estructura de los pilares, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) confiere competencia específica para legislar mediante Directivas en el ámbito de la trata de seres humanos al identificarse como “ámbitos delictivos de especial gravedad con una dimensión transfronteriza” (artículo 82 y 83.1). Esto permite la adopción de la Directiva 2011/36/UE para la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. En esta Directiva se reproduce, con algunas adiciones, la definición del Protocolo de Palermo y del Convenio de Varsovia.¹⁴³⁵

2.7 Las Relatoras Especiales contra la Trata

En 2004 la Comisión de Derechos Humanos crea la figura del Relator Especial “con un mandato centrado en los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”.¹⁴³⁶ Su marco normativo de referencia es, principalmente, el Protocolo de Palermo –cuya definición es la definición de referencia–,¹⁴³⁷ y los Princi-

¹⁴³⁴ Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, p. 1159; Villacampa Estiarte, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo en la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, p. 8; Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 98. Los Estados miembros están obligados a tipificar una serie de conductas relacionadas con la trata, imponiendo sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” a las personas físicas y jurídicas. Artículos 1-5, y 3.1. Además, la decisión Marco introduce la obligación de establecer agravantes con una pena mínima de ocho años (art. 3.2). Este defecto sería puesto de manifiesto dentro de la propia UE, cuando el grupo de expertos sobre trata afirmaba que la trata debía abordarse desde distintas perspectivas: derecho del trabajo, derecho migratorio, política exterior, etc.: UE, Grupo de Expertos sobre trata, *Report of the Experts Group in Trafficking in Human Beings*, European Commission, Bruselas, 2004, pp. 62-63. Otros autores hacen mención al enfoque relacionado con la lucha contra la migración irregular, entre ellos: Díaz Barrado, C., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, pp. 469 y ss.

¹⁴³⁵ Artículo 2.1 Las distinciones entre la Directiva y el Convenio de Varsovia ha sido estudiada, entre otros autores, por Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 55 y ss. En general, la normativa de la UE sobre la trata reproduce el paradigma de control migratorio, en concordancia con las competencias de las instituciones europeas y la base jurídica utilizada para la adopción de dicha normativa. *Ibid.*, pp. 30 y ss.; Díaz Barrado, C., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, pp. 469 y ss. No obstante, la inclusión de varias disposiciones que contemplan medidas de asistencia y protección de las víctimas, ha llevado a la literatura especializada a resaltar el viraje de la política de la UE hacia un enfoque más victimocéntrico. Por todos, Villacampa Estiarte, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo en la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, pp. 18 y ss; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional.*, pp. 203 y ss.; Pérez Alonso, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, pp. 1178 y ss; Letschert, R./Rijken, C., “Rights of Victims of Crime: Tensions between an Integrated Approach and a Limited Legal Basis for Harmonisation”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, 2013, pp. 226 y ss.

¹⁴³⁶ Decisión 2004/110, 60 periodo de sesiones de la Comisión.

¹⁴³⁷ Como indican los mandatos de las tres relatoras especiales aprobados por el Consejo de Derechos Humanos: A/HRC/RES/35/5 (2014), A/HRC/RES/26/8 (2011); A/HRC/RES/17/1 (2008) y E/CN.4/DEC/2004/110 (2004).

pios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas (Directrices).¹⁴³⁸

Partiendo de la definición del Protocolo, las Relatoras Especiales sobre trata han enfocado la cuestión desde diversas perspectivas, reflejadas en los diferentes informes y análisis temáticos. Entre otras cuestiones, se ha puesto ampliamente de manifiesto su dimensión de género, especialmente en situaciones de conflicto y post-conflicto,¹⁴³⁹ el vínculo con las cadenas de suministro,¹⁴⁴⁰ y con la vulnerabilidad de los menores.¹⁴⁴¹

En definitiva, como apuntamos anteriormente, podemos afirmar que se ha formado un consenso sobre que la definición de trata de personas del Protocolo de Palermo es la internacionalmente aceptada. Este consenso se muestra porque la definición contenida en el Protocolo es la que se reproduce en los instrumentos que se han aprobado con posterioridad –como el Convenio de Varsovia, la Decisión Marco y posteriormente Directiva de la UE contra la trata–, y porque es la que se menciona directamente en la jurisprudencia internacional como normativa en vigor.

3. Concepto de trata de seres humanos

En el artículo 3. a) hallamos la definición básica de trata del Protocolo de Palermo, que han de incriminar y sancionar los Estados Parte en su legislación (artículo 5.1):

- (a) 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 rapto, 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. 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;
- (b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

¹⁴³⁸ ONU, OHCHR, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, E/2002/68/Add.1, 2002: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf> [último acceso: 24/01/2020]. Es un instrumento elaborado por el OHCHR con el fin de proporcionar orientaciones políticas prácticas y basadas en los derechos humanos sobre la prevención de la trata y la protección de sus víctimas.

¹⁴³⁹ ONU, Asamblea General, *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 73º periodo de sesiones, A/73/171, 17 de julio de 2018, pp. 4 y ss.; ONU, Asamblea General, *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 71º periodo de sesiones, A/71/303, 5 de agosto de 2016, pp. 5 y ss.

¹⁴⁴⁰ Y su relación con el principio de diligencia debida: ONU, Asamblea General, *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 70º periodo de sesiones, A/70/260, 3 de agosto de 2015, pp. 7 y ss.

¹⁴⁴¹ Especialmente en situaciones de conflicto y crisis humanitaria: ONU, Asamblea General, *Venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños; y trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 72º periodo de sesiones, A/72/164, 18 de julio de 2017, pp. 5 y ss.

(c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

(d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

3.1 Elementos de la definición del delito de trata en el Protocolo de Palermo

3.1.1 Acción

Este elemento incluye: “captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas”.¹⁴⁴² Los tratados internacionales previos sobre trata de mujeres, como el Convenio de 1949, trataban de controlar no solo el *proceso*, sino también el *resultado* –la explotación sexual–. La enumeración de acciones posibles nos permite definir el alcance del delito de trata: incluye todas las conductas que se pueden realizar durante el *proceso* de trata desde el origen hasta llegar al destino, excluyendo el resultado.¹⁴⁴³

La “captación” se refiere a cualquier actividad que conduzca al compromiso de una persona para su explotación por cualquier medio, ya sea oral, a través de la prensa o por internet.¹⁴⁴⁴ Esto puede realizarse mediante la búsqueda y persuasión de personas para que se unan a la actividad, y también puede abarcar situaciones en las que las potenciales víctimas buscan vías para emigrar y desean ser captadas, pero desconocen las condiciones de explotación. Puede realizarse desde cualquier lugar, por ejemplo, mediante agencias

¹⁴⁴² Este elemento coincide con su equivalente en el Convenio de Varsovia, que se refiere al “reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas” (artículo 4 a), y la Directiva sobre trata, que contempla “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas” (artículo 2.1). En la Directiva se incorpora el “intercambio o la transferencia de control”.

¹⁴⁴³ La Guía Legislativa de la UNODC es muy clara en este extremo: UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 271. En sentido contrario, Gallagher señala que “la amplitud en la que está definido el elemento de acción tiene el efecto de poner, dentro del alcance potencial de la definición, no sólo a los reclutadores, corredores y transportistas, sino también a los propietarios y gerentes, supervisores y controladores de cualquier lugar de explotación, como un burdel, una granja, un barco, una fábrica, una instalación médica o un hogar. Potencialmente, esto podría dar lugar a que el concepto de trata se extendiera a situaciones de explotación en las que no hubiera un proceso previo”: Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 30-31. La Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016) señala la creciente importancia de Internet y el uso de las nuevas tecnologías en este fenómeno. La posibilidad de captar víctimas online es mucho mayor, ya que pueden llegar a muchas más personas a través de distintas vías. Además, las redes sociales son cada vez más utilizadas como herramientas de captación. No es que el auge de las nuevas tecnologías, en particular Internet, haya dado lugar a nuevas formas de trata de personas, sino que más bien las nuevas tecnologías han dado a la modalidad tradicional de trata una nueva dimensión. Ver: Sykiotou, A., *Trafficking in human beings: internet recruitment*, Council of Europe, 2007, pp. 7-8: <https://rm.coe.int/16806eeec0> [último acceso: 24/01/2020]; Valverde Cano, A. B./Castillo Parrilla, J. A., “Trata de seres humanos como un asunto de seguridad. ¿Existen instrumentos suficientes para la lucha contra el cibertrafficking?”, en *Los estudios militares y de seguridad en los albores del siglo XXI*, Durán Cenit, M./González Abellán, R. (coord.), Editorial de la Universidad de Granada, 2017, pp. 243-264.

¹⁴⁴⁴ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 79. En él se indica expresamente que se consideró innecesario incluir otra disposición que hiciera aplicables a la trata de seres humanos los acuerdos de cooperación internacional del Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

de captación, e inicialmente puede ser consentida por la víctima, aunque este consentimiento se considerará viciado –y por tanto inválido–, si el “reclutador” o captador ha recurrido a engaño, ya sea sobre el tipo de actividad que iba a realizar en el país de destino o sobre las condiciones del trabajo.¹⁴⁴⁵

El “transporte” puede realizarse por distintos medios, pudiendo intervenir personas que actúan de buena fe (por ejemplo, en líneas aéreas), o los traficantes. Solo podrá inculparse la conducta si las personas sabían que estaban transportando a la persona con finalidad de explotarla, puesto que en caso contrario no se colmarían los elementos típicos de la trata.¹⁴⁴⁶ El “traslado” comprenderá las actividades de individuos que faciliten la trata en los países de tránsito,¹⁴⁴⁷ y podría abarcar también conductas como la transferencia de control sobre la persona.¹⁴⁴⁸ Finalmente, con “acogida” y “recepción” se refiere al recibimiento y albergue de la víctima.¹⁴⁴⁹ Esta recepción “no se limita al recibimiento en el lugar donde se produce su explotación”, sino que también “reunirse con las víctimas en lugares convenidos en su viaje para darles más información sobre dónde ir o qué hacer”.¹⁴⁵⁰

Los Estados parte en el Protocolo están obligados, en virtud del artículo 5, a penalizar la trata como un delito que comprenda, *como mínimo*, toda la gama de conductas previstas en la definición.¹⁴⁵¹ ¿Es necesario que tenga carácter transfronterizo o vinculado a la criminalidad organizada? No, porque esta opción fue expresamente excluida por los Estados durante la negociación del Convenio.¹⁴⁵² Esto queda confirmado en la guía de la UNODC de aplicación de los Protocolos, donde se señala que el elemento de transnacionalidad o de criminalidad organizada no son componentes necesarios del delito de trata,¹⁴⁵³ aunque

¹⁴⁴⁵ OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 10.

¹⁴⁴⁶ Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 417-418.

¹⁴⁴⁷ OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*, p. 11.

¹⁴⁴⁸ Acción que sí contempla la Directiva de trata. Esta interpretación es coherente con los términos literales del propio artículo, puesto que más adelante indica como medio comisivo “la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”, que lleva implícita una transferencia de control.

¹⁴⁴⁹ Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 418 y ss.; ver también artículo 5 del Protocolo de Palermo

¹⁴⁵⁰ ONU/Consejo de Europa, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, Joint Council of Europe/United Nations Study, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe, 2009, p. 78: <https://rm.coe.int/16805ad1bb> [último acceso: 24/02/2020].

¹⁴⁵¹ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 269

¹⁴⁵² En el proceso de negociación del Protocolo se discutió si la trata implicaba el cruce de fronteras internacionales, y finalmente se decidió no incluirlo. La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer sugirió que la definición de trata debía exigir que el traslado o el transporte de una persona a una comunidad distinta debía ser lo suficientemente relevante como para que la persona sea particularmente vulnerable a la explotación: UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 354

¹⁴⁵³ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 275; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, p. 176.

puedan establecerse como agravantes.¹⁴⁵⁴ En este mismo sentido, el informe explicativo del Convenio de Varsovia indica expresamente que “los redactores querían que la Convención dejara claro que se aplicaba tanto al tráfico nacional como al transnacional, esté o no relacionado con la delincuencia organizada”.¹⁴⁵⁵

3.1.2 Medios comisivos

Hacen referencia a “la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, 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”.¹⁴⁵⁶ En general, la *coacción* es el eje fundamental del concepto de trata que permite su separación jurídica y conceptual de otros fenómenos conexos como el tráfico ilícito de migrantes.¹⁴⁵⁷ Esto se relaciona con el apartado b) del artículo 3 del Protocolo, que indica que “el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.¹⁴⁵⁸

La coacción se manifiesta de una forma más o menos intensa dando lugar a los medios más o menos directos que contempla el Protocolo de Palermo y que desplazan a una persona a una situación de explotación. Esto nos lleva a la siguiente clasificación: como medios “más directos” en el delito de trata encontramos la amenaza, el uso de la fuerza o el rapto, y como medios menos directos, aquellos que como el engaño, el fraude o el abuso de poder, compelen a la víctima de una forma menos intensa.¹⁴⁵⁹ Éstos pueden estar relacionados con la naturaleza del trabajo o servicio prometido, o las condiciones en las

¹⁴⁵⁴ OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*, p. 8.

¹⁴⁵⁵ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, p. 10, cita pp. 12, 15.

¹⁴⁵⁶ En el Convenio de Varsovia se hace referencia a la “amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra” (artículo 4.a) y en la Directiva de la UE, a “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona” (artículo 2.1).

¹⁴⁵⁷ Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 31; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, p. 177. Algunos autores han llegado a afirmar que dentro del concepto de coacción puede encontrarse, no solo aquella física o psicológica, sino también presiones económicas severas. Por ejemplo, Malone, L. A., “Economic Hardship as Coercion Under the Protocol on International Trafficking in Persons by Organized Crime Elements”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 25, 2001, pp. 55.

¹⁴⁵⁸ Esta disposición aumenta el ámbito de protección de esta norma. Ver: Chuang, J., “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigm and Contexts”, p. 89. No obstante, como indica Obokata, el consentimiento puede ser problemático en ocasiones: Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, p. 26.

¹⁴⁵⁹ En el mismo sentido: Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, p. 31 y ss.

que se llevará a cabo.¹⁴⁶⁰ Esteban Pérez Alonso, en su libro *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, analiza las características fundamentales del concepto de trata y elabora una clasificación en función del uso de los diferentes medios comisivos que ponen de manifiesto la ausencia de un consentimiento válidamente emitido por la víctima.¹⁴⁶¹ Todos tienen en común que atentan contra la libertad de la víctima, su seguridad y su autodeterminación personal, donde la víctima, en contra de su voluntad, se sitúa en una posición en la cual puede ser explotada.¹⁴⁶²

- i. Trata forzada: si se ha empleado violencia o intimidación sobre la víctima.
- ii. Trata fraudulenta: cuando existe fraude o engaño, colocando a la persona en una situación de vulnerabilidad e impidiendo que pueda otorgar un consentimiento válido.
- iii. Trata abusiva: cuando el traficante se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

Es útil detenerse brevemente en el concepto de trata abusiva, el menos claro de los tipos de trata. Se plantean fundamentalmente dos cuestiones: en primer lugar, ¿en qué consiste exactamente? ¿cuál es el umbral a partir del cual existe abuso de una situación de vulnerabilidad penalmente relevante? Y, en segundo lugar, ¿basta con que exista una situación de vulnerabilidad *objetiva*?

En los *travaux préparatoires* del Protocolo se indica que el abuso de una situación de vulnerabilidad se refiere a “toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”.¹⁴⁶³ Esta figura había aparecido en otros tratados previos sobre trata, como la Convención de 1910. Las notas interpretativas del Protocolo son bastante escuetas, por lo que el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia nos puede ayudar a arrojar luz sobre el concepto. En él se indica que:

[I]a vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo, ya sea física, psicológica, familiar, social o económica. Puede tratarse de una situación de inseguridad o ilegalidad del estatus administrativo de la víctima, de dependencia económica o frágil salud. En resumen, la situación puede consistir en cualquier estado de dificultad en el que un ser humano se ve obligado a aceptar ser explotado. Las personas que abusan de tal situación están infligiendo de forma flagrante

¹⁴⁶⁰ UNODC, *Ley Modelo contra la trata de personas*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 12: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf> [último acceso: 24/01/2020].

¹⁴⁶¹ Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, p.178 y ss.

¹⁴⁶² Esta idea queda reflejada en el proceso de negociación del Protocolo: UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 354

¹⁴⁶³ Aunque como se indica expresamente, fue una noción discutida: ONU, Asamblea General, *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º, 55º período de sesiones, A/55/383/Add.1*, párr. 63; UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, párr. 34.

los derechos humanos y violan la dignidad humana y la integridad, a la que nadie puede renunciar válidamente.¹⁴⁶⁴

A nivel internacional también se han desarrollado indicadores de la existencia de abuso de poder y situación de vulnerabilidad. En 2009 la OIT desarrolló un conjunto de parámetros que se centran en el abuso de una situación familiar, económica, psicológica y social del individuo,¹⁴⁶⁵ y poco después lo hizo la UNODC en una “Ley Modelo sobre trata de seres humanos”, centrándose en la figura del delincuente que en la situación percibida por la víctima.¹⁴⁶⁶

Como resumen, la vulnerabilidad de la víctima puede deberse a características innatas (deficiencia mental o física, enfermedad o juventud), desarrollarse debido a una situación en la que la víctima se encuentra a sí misma en un país extranjero (pobreza, precario estatus administrativo) o bien las propias acciones del traficante pueden crear dicha vulnerabilidad (restricción de movimientos que causan aislamiento, retención de la documentación que provoca miedo de deportación, etc.).¹⁴⁶⁷

La segunda cuestión es si basta únicamente con que exista *objetivamente* una situación de vulnerabilidad para que sea operativa en el contexto de trata, o si es necesario que se *abuse* de dicha situación de vulnerabilidad. En este contexto resulta especialmente relevante un documento temático sobre el abuso de posición de vulnerabilidad como medio de trata de personas, publicada por la UNODC.¹⁴⁶⁸ El documento adopta un enfoque restrictivo con el objetivo de hacer operativa la definición en un procedimiento penal. En él se indica que los “medios deben ser de una naturaleza lo suficientemente grave”, y que la mera existencia de una situación objetiva de vulnerabilidad no es suficiente. En estos casos, debe probarse tanto la existencia de una situación de vulnerabilidad como el abuso de dicha situación.¹⁴⁶⁹ En otras palabras, que no es suficiente con probar que hay una

¹⁴⁶⁴ Consejo de Europa, *Explanatory Report on the Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 83.

¹⁴⁶⁵ OIT, *Operational indicators of trafficking in human beings*, pp. 4 y ss. Los indicadores se dividen en “débiles” (dificultades en el pasado y características personales) y “fuertes” (dependencia de los explotadores, dificultad para vivir en un área desconocida, razones económicas, situación familiar, estatus administrativo).

¹⁴⁶⁶ UNODC, *Ley Modelo contra la trata de personas*, pp. 9-10: Por ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ se entenderá el aprovechamiento indebido de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra una persona como resultado de: “i) Haber entrado al país ilícitamente o sin la documentación apropiada; o ii) Embarazo o cualquier enfermedad física o mental o discapacidad de la persona, incluida la adicción al uso de cualquier sustancia; o iii) Capacidad reducida para formar juicios por tratarse de un niño, o por motivos de enfermedad, invalidez o discapacidad física o mental; o iv) La promesa o entrega de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre una persona; o v) Encontrarse en una situación precaria desde el punto de vista de la supervivencia social; o vi) Otros factores pertinentes”.

¹⁴⁶⁷ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 357; UNICEF, *Trata de personas, una forma de esclavitud moderna. Un fenómeno que afecta principalmente a niños, niñas y adolescentes*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2012, p. 21; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, pp. 178 y ss.

¹⁴⁶⁸ UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas*, ONU, Nueva York, 2013: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf [último acceso: 24/01/2020].

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 75 y 76.

situación de vulnerabilidad de forma objetiva, sino que es necesario que demostrar que se ha producido un *abuso* de la misma y que ese abuso ha sido relevante y suficiente para situar a la persona en el contexto de la trata, de una forma equiparable al resto de medios comisivos (coactivos o fraudulentos).

En el Protocolo se compele a los Estados a que incriminen esta conducta, así como la tentativa y otras formas de participación, pero no mediante la adopción de conceptos básicos nuevos, sino que cada Estado lo hará “con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico” (artículo 5.1). De este modo, El Protocolo no modifica los conceptos de amenaza, violencia, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad que cada Estado utilice habitualmente.¹⁴⁷⁰

Por último, entre los medios comisivos se incluye “la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”. Este elemento, más que un *medio* comisivo, es una *acción* que consiste en la transmisión del control de una persona, y que integraría conductas como la venta, cesión, arrendamiento, trueque de la víctima o la adopción ilegal.¹⁴⁷¹ Además, es necesario tener en cuenta que todas estas acciones (compraventa, transferencia, etc.) también son atributos del derecho de la propiedad, y constituyen indicios de que existe una situación de esclavitud, por lo que habrá casos en los que se solapen. Será necesario identificar si se ha ejercido sobre la persona un control equivalente a la posesión, en cuyo caso puede que la persona no solamente está siendo tratada, sino que estemos ante un esclavo.¹⁴⁷²

¹⁴⁷⁰ En relación con los medios, la Circular 5/2011 de la Fiscalía explica que el ordenamiento jurídico español contempla los mismos medios que los incluidos en el Protocolo de Palermo o en el Convenio de Varsovia. Así, de acuerdo con la jurisprudencia del TS para el artículo 188.1 sobre prostitución forzada que también se aplica al 177 bis CP sobre trata (SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005 y 1425/2005), y los términos “violencia” e “intimidación” cubren “la amenaza o el uso de coacción” del Protocolo. El engaño equivale a fraude o maquinación fraudulenta, comprendiendo cualquier tipo de señuelo que, según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima. Por último, las diversas modalidades de abusos -de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima-, comprenden aquellas relaciones de prevalimiento del sujeto activo bien derivadas de una situación de superioridad respecto a ella, bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra o bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar. Ver: Circular 5/2011 sobre criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración, y también el segundo informe del Grupo GRETA sobre España: GRETA(2018)7, pp. 53 y ss.

¹⁴⁷¹ Las notas interpretativas aluden expresamente a que “en aquellos casos en los que la adopción ilegal equivale a práctica análoga a la esclavitud tal y como se define en el artículo 1, párrafo (d) de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos y las Instituciones y Prácticas similares a la esclavitud, también entrará en el ámbito de aplicación del Protocolo. Ver: Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 94; UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 347; ONU, Asamblea General, *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º*, párr. 63-68.

¹⁴⁷² Ver análisis *supra* de la esclavitud.

3.1.3 Finalidades: la explotación

La finalidad de la trata es la explotación, que constituye el elemento subjetivo del injusto.¹⁴⁷³ El traslado, recepción, etc., sólo va a ser constitutivo de trata si la finalidad es la explotación de la persona, ya sea sexual, laboral o fisiológica. El artículo 3 del protocolo establece que la 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”.

La conceptualización de la explotación en el marco de la trata continúa siendo problemática.¹⁴⁷⁴ El Protocolo no la define, sino que enumera algunos tipos de explotación que deberán contemplarse “como mínimo”, de los que difícilmente pueden extraerse características comunes y que son el resultado del doble régimen inicial: la trata de mujeres con fines de explotación sexual, y la trata de esclavos. De esta forma se asegura una barrera mínima que garantice un marco de protección para los casos más graves, y deja en manos de los Estados la posibilidad de adoptar una definición aún más protectora. Esta fórmula es la elegida también por el Convenio de Varsovia y la Directiva de la UE en los artículos 4 a) y 2. 3 respectivamente. Por tanto, ante la ausencia de una definición unificada de explotación en el Derecho internacional, el concepto de trata del Protocolo de Palermo posibilita la inclusión de todas aquellas conductas que se consideren “de explotación” en los delitos de trata de los distintos ordenamientos jurídicos internos.¹⁴⁷⁵

Es necesario abordar la cuestión de cuál es la relación entre el delito de trata y sus finalidades de explotación. La amplitud de situaciones que abarcan las acciones previstas (captación, traslado, recepción, etc.), ha llevado a que en ocasiones la trata se identifique con sus finalidades, refiriéndose a ella como “esclavitud moderna” o como “trabajo forzoso”. En ese sentido, algunos autores han afirmado que para que un acto constituya trata debe producirse la explotación.¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷³ Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 432; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 57 y ss.

¹⁴⁷⁴ Ver, en general: Allain, J., “Conceptualizing the Exploitation of Human Trafficking”, *Human Trafficking and Modern Day Slavery*, Clark, B. J./Poucki, S., SAGE Publishing, 2019, pp. 3 y ss.; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 57 y ss.; Chuang, J. A., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, *American International Law Review*, Vol. 108, 2014, pp. 609-649; Hathaway, J. C., “The Human Rights Quagmire of Human Trafficking”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49, No. 1, 2008, pp. 1-60.

¹⁴⁷⁵ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, párr. 46; Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 85. La falta de un concepto unificado de explotación que permita hablar de una única definición de trata ha llevado a algunos autores a poner de manifiesto las dificultades que se generan para la cooperación interestatal en materia penal. En general, la implementación de diversas concepciones de “explotación” –y, por tanto, de trata– en distintos países, limita la efectividad de los elementos transnacionales de la lucha contra la trata. Ver: Allain, J., “Conceptualizing the Exploitation of Human Trafficking”, pp. 3 y ss.; Valverde Cano, A. B., “Reexaminando la denición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, *Estudios de Deusto*, Vol. 67, No. 2, 2019, pp. 15-29.

¹⁴⁷⁶ Ver *infra*, apartado de “confusión criminológica”.

Esta interpretación no se sostiene por tres motivos: en primer lugar, los derivados de los *travaux préparatoires* y de la estructura del Protocolo. En segundo lugar, que la convergencia completa entre la trata y la subsiguiente explotación sería contraria al propósito del resto de los tratados que prohíben la explotación, en los que se inserta este Protocolo. Por último, porque vaciaría de contenido práctico al delito de trata.

En primer lugar, como explica Janie Chuang, en los *travaux* se asumía que la trata llevaba implícito el movimiento.¹⁴⁷⁷ El propio Preámbulo lo refleja cuando declara que “se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino” para combatir la trata de una manera eficaz. Además, del propio tenor literal de la definición se extrae que la explotación no tiene por qué materializarse para que se produzca el delito de trata.¹⁴⁷⁸ En definitiva, en la trata de seres humanos debe existir algún tipo de *movimiento*, la preparación del mismo o la recepción de las personas después.

En relación con el segundo argumento, aunque los primeros tratados sobre trata de blancas (conocidos como “esclavitud blanca”) la equiparasen a la esclavitud africana para beneficiarse del ímpetu procedente del movimiento abolicionista de la esclavitud, el Derecho internacional ha abordado siempre la esclavitud, la servidumbre y trabajos forzados y la trata de forma separada. Los diferentes tratados que se crean durante el siglo XX para prohibir la esclavitud y otras formas de explotación nunca pretendieron abarcar las prácticas que actualmente se asocian con la trata de personas. La única figura que se solapa expresamente es la de explotación infantil del artículo 1. d) de la Convención Suplementaria de 1956,¹⁴⁷⁹ lo que se reconoce *explícitamente* en las notas interpretativas del Protocolo de Palermo, que indican que incluso en los casos en los que la adopción ilegal encaje en el artículo 1 d) de la Convención Suplementaria, será de aplicación el Protocolo.

Por último, si la trata de seres humanos fuera equiparable a la finalidad de explotación haciendo una interpretación amplia de las acciones de “acoger” o “recibir”, quedaría vacía de contenido y sería posible calificar como trata un gran número de situaciones, como los casos de violación o abuso sexual.¹⁴⁸⁰ El grupo GRETA, órgano que se encarga de la supervisión del Convenio de Varsovia, ha insistido en sus informes que es necesario mantener la estructura de los tres pilares –acción, medios comisivos y finalidad–. Si un Estado

¹⁴⁷⁷ Todas las cuestiones que surgieron durante las negociaciones relacionadas con el movimiento iban encaminadas al debate de si la trata “incluiría también el transporte de una persona dentro del mismo estado o si era necesario que se cruzase una frontera internacional”, pero no el movimiento en sí: ONU, Comité Especial para la elaboración de la Convención sobre Delincuencia Organizada, *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, A/AC.254/4/Add.3/Rev.5*, 23 de noviembre de 1999; Chuang, J., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, pp. 630 y 631. Además, el presupuesto del que partían los organismos que participaron en la creación del Protocolo como la OIT, el OHCHR y las ONG era que el movimiento dejaba a los individuos especialmente vulnerables a la explotación. Ver: *Ibid.*, pie de página de la p. 631.

¹⁴⁷⁸ Así se indica expresamente en: Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 87.

¹⁴⁷⁹ Que dice: “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”.

¹⁴⁸⁰ En este mismo sentido Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 38

Parte ha excluido el elemento de “acción” del delito de trata, acercando así el significado de la trata al de la finalidad de explotación, GRETA ha criticado dicha exclusión.¹⁴⁸¹

En definitiva, las cinco acciones que enumera el Protocolo, no discutidas durante el proceso de negociación, pueden definirse como los “eslabones en la cadena de producción”,¹⁴⁸² que tratan de reflejar la idea del alejamiento de las personas de su entorno familiar para ser explotadas en beneficio de otros, en otro sitio.¹⁴⁸³ Esta interpretación se confirma en el informe explicativo del Convenio de Varsovia: “según la definición, no es necesario que alguien haya sido explotado para que haya trata de seres humanos”.¹⁴⁸⁴

A continuación, vamos a analizar por brevemente cada una de las finalidades del delito de trata, que requieren un dolo o *mens rea* específico:

A) La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.

El Protocolo de Palermo no delimita lo que debemos entender por “prostitución ajena u otras formas de explotación sexual”,¹⁴⁸⁵ ni establece la obligación de incriminar la prostitución consentida y no coactiva cuando se ejerce por adultos.¹⁴⁸⁶ Por no haber podido llegar a un consenso y para no prejuzgar la manera en que los Estados Parte abordaban la prostitución en sus respectivas normativas domésticas, se les dejó libertad para definir los términos.¹⁴⁸⁷ Esta fórmula de consenso entre perspectivas abolicionistas y no abolicionistas se reproduce también en el Convenio de Varsovia y en la Directiva de la UE.¹⁴⁸⁸

B) Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, y la servidumbre.

Al incluir estas categorías, el Protocolo de Palermo configura un concepto que sitúa bajo el mismo paraguas la explotación sexual y otras formas más graves de explotación laboral, extendiendo así las políticas que se habían dedicado casi en exclusiva a la primera modalidad. Esto incrementa el rango de potenciales actores implicados en el proceso de trata: tanto en el lado activo como el represivo, es decir, tanto los posibles infractores

¹⁴⁸¹ Ver el informe de GRETA de Noruega (GRETA (2013)5, 7 de mayo de 2013), párr. 40.

¹⁴⁸² Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 34

¹⁴⁸³ Krieg, S., “Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights”, *European Law Journal*, Vol. 15, No. 6, 2009, p. 779.

¹⁴⁸⁴ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 75 y ss, cita del párr. 87

¹⁴⁸⁵ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 347.

¹⁴⁸⁶ UNODC, *Ley Modelo contra la trata de personas*, p. 14.

¹⁴⁸⁷ Las discusiones sobre este punto pueden consultarse en: UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, pp. 339-346. Un desarrollo de la batalla ideológica sobre la inclusión de este punto en el Protocolo de Palermo en: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 57-66, Simm, G., “Negotiating the United Nations Trafficking Protocol: Feminist Debates”, *Australian Yearbook of International Law*, No. 23, 2004, pp. 135 y ss.

¹⁴⁸⁸ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, p. 16

como las víctimas y los que participan en la lucha contra la trata.¹⁴⁸⁹

El Protocolo de Palermo no define las categorías incluidas en esta finalidad, pero en los *travaux préparatoires* menciona los tratados de Derecho internacional que definen la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, examinados anteriormente.¹⁴⁹⁰ Esto mismo reflejan las Notas Interpretativas del Convenio de Varsovia.¹⁴⁹¹

Junto a las finalidades de esclavitud y prácticas análogas, servidumbre y trabajos forzados, la Directiva 2011/36/UE sobre trata incluye en este apartado la mendicidad y la realización de actividades ilícitas (artículo 2.3). El mismo Preámbulo deja claro que eso no implica la introducción de un nuevo tipo de explotación, sino que se trata de una modalidad de trabajo forzoso. En este sentido, alude a que únicamente cuando la mendicidad cumpla los requisitos de la Convención No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso, entrará dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y se considerará trata de seres humanos.¹⁴⁹² En otras palabras, está llamando la atención sobre un fenómeno especial de trata para ejercer la mendicidad. En el caso de la realización de actividades ilícitas, exige que se trate de “la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos, en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”.¹⁴⁹³

C) La extracción de órganos.

La trata con el fin de extracción de órganos fue incluida por el Comité Especial encargado de elaborar la Convención, refiriéndose no al tráfico *con* órganos o al tráfico ilícito *de* órganos, sino al tráfico de personas con el fin de extraer los órganos (explotación fisiológica). Durante las negociaciones, se señaló que “mientras que la trata de personas con la finalidad de extraer los órganos entraba dentro del mandato del Comité Especial,

¹⁴⁸⁹ Jagers, N./Rijken, C., “Prevention of Human Trafficking for Labor Exploitation: The Role of Corporations”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 12, No. 1, 2014, p. 49.

¹⁴⁹⁰ La guía legislativa de la UNODC también se refiere al Convenio No. 29 de la OIT, a la Convención Suplementaria de 1956 y a la Convención de 1926: UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, p. 268, pie de página 14.

¹⁴⁹¹ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 93. “La esclavitud no está definida en la Convención, pero muchos instrumentos internacionales y el derecho interno de muchos Estados definen o abordan los conceptos de esclavitud y prácticas similares a la esclavitud (por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre esclavitud de 25 de septiembre de 1926, [...] la Convención Suplementaria para la abolición de la esclavitud, el tráfico de esclavos y las instituciones y prácticas similares a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956; el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (Convenio No. 182)”. Además, se refiere a la jurisprudencia del TEDH sobre el trabajo forzoso y la servidumbre en los párr. 90-93; y 95-96.

¹⁴⁹² Preámbulo de la Directiva 2011/36/UE, párrafo 11: “En el contexto de la presente Directiva, la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio no 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930. Por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso. Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido”.

¹⁴⁹³ *Ibid.*

no ocurría lo mismo con cualquier tráfico posterior”.¹⁴⁹⁴ En las notas interpretativas del Protocolo se indica, además, que la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor por razones médicas o terapéuticas legítimas no se considerará explotación.¹⁴⁹⁵

La finalidad de explotación de la trata es uno de los elementos fundamentales para diferenciarla de la inmigración ilegal, además del elemento transnacional¹⁴⁹⁶ y los medios comisivos.¹⁴⁹⁷ No obstante, es importante tener en cuenta que la realidad de la migración económica actual difumina los contornos y cuestiona el enfoque de Derecho penal y política migratoria de la trata.¹⁴⁹⁸

En la práctica el elemento de los medios comisivos resulta problemático y plantea muchos interrogantes conceptuales. Frecuentemente las personas son coaccionadas de alguna forma para participar en el proceso de trata sin el conocimiento de la explotación posterior. En estas circunstancias, es evidente que se trata de víctimas y es sencillo otorgar la protección. No obstante, los binarios que se utilizan normalmente para clasificar la migración económica y la trata (voluntario/forzoso) en ocasiones fracasan en captar la realidad de lo que significa la migración laboral en la actualidad.¹⁴⁹⁹ Cojamos el ejemplo

¹⁴⁹⁴ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, p. 344 y ss.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 347.

¹⁴⁹⁶ El tráfico de migrantes siempre conlleva el cruce de fronteras internacionales, mientras que en la trata no tiene que ocurrir necesariamente y puede realizarse a nivel interno. Además, a pesar de que la migración irregular y la trata pueden confluír, una víctima de trata puede entrar en el país de forma legal. Ver: Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, p. 21.

¹⁴⁹⁷ A diferencia de lo que ocurre con la migración irregular, este elemento de la definición del Protocolo de Palermo implica que una persona no puede ser objeto de trata voluntariamente. En consecuencia, el artículo 3. b) del Protocolo estipula que el consentimiento ofrecido por la víctima de trata es irrelevante si se ha recurrido a cualquiera de los medios enunciados. Ver: UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Publicación de las Naciones Unidas, Viena, 2007, p. 17; Chuang, J., “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts”, p. 89.

¹⁴⁹⁸ La literatura al respecto ha puesto ampliamente de manifiesto este dilema. Entre los más relevantes, podemos mencionar a Julia O’Connell Davidson, que ha sido especialmente crítica con el discurso de la trata que sitúa a la víctima de trata como “víctima ideal” y al migrante económico como “potencial amenaza” o agresor: Davidson, J.O.C., “De-canting ‘Trafficking in Human Beings’, Re-centring the State”, *The International Spectator*, Vol. 51, No. 1, 2016, pp. 58-73. Ver también: Weitzer, R., “Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 101, No. 4, 2011, pp. 1337-1370. Wyllie cuestiona la neutralidad del Protocolo de Palermo desde el punto de vista de los intereses estatales: Wyllie, G., *The International Politics of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Londres, 2016; esta visión también la reflejan Sergio Carrera y Elspeth Guild en el contexto europeo, en: Carrera, S./Guild, E., *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings: policy dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies, Bruselas, 2016. Finalmente, en relación con la trata de personas y la migración para ejercer trabajo sexual, es muy relevante el libro editado por Kamaia Kempadoo, en el que se refleja, desde distintos ámbitos, las contradicciones presentes en el discurso anti-trata y los falsos dilemas que se crean en relación a la inmigración ilegal. Ver: Kempadoo, K. (ed.), *Trafficking and Prostitution Reconsidered. new perspectives on migration, sex work and human rights*, Routledge, Nueva York, 2016. Esta postura crítica se intuye especialmente en Maqueda Abreu, M.L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, pp. 1251-1264; en Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*; y en Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, especialmente pp. 87 y ss.

¹⁴⁹⁹ Julia O’Connell Davidson, *Troubling Freedom: Migration, Debt and Modern Slavery*, 1 MIGRATION STUD. 176 (2013). “las realidades de la migración laboral actual alteran las dicotomías trata/migración ilegal, ilegal/legal, y forzoso/voluntario que se utilizan de forma tan extendida”.

de la trata y la migración ilegal, donde una se considera víctima y otra cómplice. El enfoque en la voluntariedad o irregularidad del proceso puede desviar la atención de los abusos que sufren los migrantes.¹⁵⁰⁰ Muchos migrantes con deudas para sufragar el coste del viaje están dispuestos a soportar conscientemente periodos de falta de libertad – y el sometimiento a explotación y violencia– como un medio de lograr un futuro mejor.

Por otro lado, la utilización del potente poder evocativo del discurso antiesclavista en la lucha contra la trata tiene el efecto de simplificar la complejidad del fenómeno en una narrativa digerible que muestra a malvados criminales por un lado, y a inofensivas víctimas por otro, que se resuelve mejor a través de investigaciones penales más agresivas y más controles fronterizos.¹⁵⁰¹ Como señalan Davidson y Anderson, la retórica de la esclavitud en el marco de la trata es un discurso de despolitización.¹⁵⁰² El etiquetamiento de personas objeto de trata como “esclavas” las moldea como víctimas perennes que, como los esclavos procedentes del comercio transatlántico, deben haber sido secuestrados o traídos de otra forma a los países de destino contra su voluntad. Este imaginario elude (convenientemente) la realidad que se deduce de las narrativas de las personas objeto de trata: que normalmente comienzan el viaje en un deseo de encontrar mejores oportunidades.¹⁵⁰³ Indica Esteban Pérez Alonso:

“[...] no se ha tenido una visión global e integral de la problemática real y compleja que plantea la trata de seres humanos, sino que se sigue manteniendo una visión parcial y sectaria, vinculada a la política migratoria y que no se toma en serio la grave violación de los derechos fundamentales más básicos de las víctimas que supone la trata de personas”.¹⁵⁰⁴

Este enfoque identifica la trata como producto de un comportamiento desviado, sin tener en cuenta factores como la exclusión social, la discriminación o las disparidades

¹⁵⁰⁰ Chuang, J., “Using Global Migration Law to Prevent Human Trafficking”, *AJIL Unbound*, Vol. 111, 2017, p. 151. Muchas personas que participan en el proceso de migración irregular están sometidas a condiciones muy duras, y en ocasiones son objeto de tortura y otros tratos inhumanos y degradantes durante el trayecto: Tessier, K., “The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling”, *Global Legal Studies Journal*, Vol. 3, 1995-1996, p. 261; ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe presentado por la Relatora Especial de Trabajadores Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, E/CN.4/2002/94, 15 de febrero de 2002, párr. 32.

¹⁵⁰¹ Chacón, J., “Tensions and Trade-offs: Protecting Trafficking Victims in the Era of immigration Enforcement”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, No. 6, 2010, pp. 1630-1631, donde describe la forma en que el imaginario utilizado para entrenar a oficiales de EEUU para reconocer una situación de trata aviva la percepción de migrantes como amenazas criminales.

¹⁵⁰² Davidson, J., “Absolving the State: The Trafficking-Slavery Metaphor”, *Global Dialogue*, Vol. 14, No. 28, 2012, p. 131; Davidson, J., “New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of ‘Freedom’”, pp. 244-261; Anderson, B./Andrijasevic, R., “Sex, Slaves and Citizens: The politics of Anti-Trafficking”, *Sounding*, Vol. 40, 2008, pp. 135 y ss.

¹⁵⁰³ Kaye, M., *The migration-trafficking nexus; Combating Trafficking Through the protection of migrants’ human rights*, Anti-Slavery International, 2003, p. 23: http://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/the_migration_trafficking_nexus_2003.pdf [último acceso: 24/01/2020]; Brennan, D., *Life interrupted: Trafficking into forced labor in the United States*, Duke University Press, 2014; Chuang, J., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, p. 636.

¹⁵⁰⁴ Pérez Alonso, E., “La trata de seres humanos en el Derecho penal español”, en *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual*, Villacampa, Estiarte, C. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 106.

económicas en el marco de la migración laboral.¹⁵⁰⁵ De esta manera los Estados pueden centrar sus esfuerzos únicamente en perseguir el final de la cadena, investigando a los delincuentes y salvando a las víctimas, y considerando innecesario cualquier compromiso sobre los factores estructurales que contribuyen a la explotación.¹⁵⁰⁶

No se quiere decir que el enfoque penal no sea necesario. Es indispensable porque se trata de una vulneración grave de derechos fundamentales, pero una perspectiva laboral y migratoria también es necesaria para identificar un problema clave que la perspectiva criminal no ha conseguido resolver: cómo la estructura de las relaciones laborales y los mercados de trabajo dejan a los trabajadores vulnerables a la trata y al trabajo forzoso.¹⁵⁰⁷

3.2 Conclusión

A pesar de las dos genealogías del régimen internacional contra la trata, a partir del Protocolo de Palermo se ha forjado un consenso sobre que la definición de trata en vigor es la que contiene el artículo 3(a) de este Protocolo, reproducido en posteriores tratados y en la jurisprudencia internacional.

Esta definición se caracteriza por una estructura de acción, medios y finalidad de explotación que no tiene que materializarse. En definitiva, la trata se caracteriza como el *proceso* por el que una persona pasa de una situación de no explotación a explotación, y que implica una idea de *movimiento*.

¹⁵⁰⁵ Chuang, J., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, p. 637. Obokata llama la atención de adoptar un enfoque holístico en Obokata, T., *Trafficking in Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, pp. 32 y ss, al igual que Pérez Alonso, E., “La trata de seres humanos en el Derecho penal español”, pp. 174-175.

¹⁵⁰⁶ Chuang, J., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, p. 638. Por ejemplo, el *TIP Report* de 2012 en la sección “hacer la migración segura”, cómo la trata resulta de marcos de control migratorio débiles que maximizan el acceso al trabajo. Llama a los Estados a educar mejor a los migrantes sobre los peligros de migrar, y entrenar a los oficiales en la identificación de las víctimas entre la población de trabajadores migrantes documentada, asegurando una repatriación segura. El informe también destaca el valor de la gestión de los sistemas de migración regional: pp. 26-27.

¹⁵⁰⁷ Ver: Shamir, H., “A Labor Paradigm to Human Trafficking”, *UCLA Law Review*, Vol. 60, 2012, pp. 78-136.

IV. DISTINCIÓN DE LOS CONCEPTOS

1. Problemática de la conceptualización de las formas contemporáneas de esclavitud

Durante el siglo XX proliferaron los instrumentos legales internacionales que tenían el objetivo de combatir y definir graves prácticas de explotación. En las últimas décadas, no obstante, se han difuminado sus contornos. La ambigüedad conceptual dificulta la asignación de responsabilidades concretas –lo que a su vez beneficia a los Estados o a otros actores– y otorga un ímpetu visceral a ciertas aspiraciones sobre las que se pretende atraer la atención pública. Posiblemente, estos sean los principales motivos del interés (aunque sea bienintencionado) de diluir el significado legal de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.¹⁵⁰⁸

No han sido los únicos que han contribuido a la falta de precisión conceptual. La literatura científica¹⁵⁰⁹ y la jurisprudencia internacional también han jugado su parte.¹⁵¹⁰ Por poner un ejemplo, en uno de los trabajos más importantes sobre esclavitud en el siglo XX, Miers sostiene argumentos contradictorios. Por un lado, critica la actuación del Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, por vaciar el concepto de esclavitud de contenido sustantivo.¹⁵¹¹ No obstante, al mismo tiempo también sostiene la ampliación del concepto para acoger otro tipo de prácticas:

[...] la ampliación de la definición de esclavitud para acoger “todas sus formas”, es necesaria y marca el comienzo de la lucha contra una serie de prácticas de explotación, puesto que cada vez más son descritas como análogas a la esclavitud.¹⁵¹²

¹⁵⁰⁸ Allain, J./Hickey, R., “Property and the definition of Slavery”, p. 918

¹⁵⁰⁹ Nicolle Siller ilustra bien la cuestión en: Siller, N., “Modern Slavery. Does International Law distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 405-427, especialmente el pie de página 5 de la p. 406. Algunos ejemplos de autores que han contribuido a la expansión del término –especialmente en relación con la trata de personas– son: Kim, J., “Taking Rape Seriously: Rape as Slavery”, p. 294; Atak, I./Simeon, J.C., “Human Trafficking: Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, p. 1020, 1038; Corrie, K. L., “Could the International Criminal Court Strategically Prosecute Modern Day Slavery?”, *Journal of International Criminal Justice*; Vol. 14, No. 2, 2016, pp. 285-303; Obokata, T. “Trafficking of Human Beings as a Crime Against Humanity: Some Implications for the International Legal System”, p. 445; Pocar, F., “Human Trafficking: A Crime Against Humanity”, en *Measuring Human Trafficking*, Savona, E.U./Stefanizzi, S. (eds), Springer, 2007; Scarpa, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, p. 80; Tavakoli, N., “A Crime that Offends the Conscience of Humanity: A Proposal to Reclassify Trafficking in Women as an International Crime”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, p. 85; Lara Aguado, A., “La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, No. 8, 2018; Castro Rodríguez, M. C., “La trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo”, *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, No. 51, 2012, pp. 447-457.

¹⁵¹⁰ Especialmente la STEDH *Siliadin c. Francia*, párr. 122, cuando equipara a la esclavitud del artículo 4 CEDH a la esclavitud legal, alejándose de la tendencia de la jurisprudencia penal internacional.

¹⁵¹¹ Miers, S., *Slavery in the Twentieth Century*, p. 453.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 130. No obstante, si acudimos a la definición actual de esclavitud, la expresión “todas sus formas” no aparece. En lugar de partir de la definición del art. 1.1 de la Convención de 1926, Miers sigue el camino del resto de organismos, entidades no legales y académicos que han ampliado el término para cubrir prácticas que poco o nada tienen que ver.

La jurisprudencia internacional se ha preocupado de la creación de criterios y estándares para identificar situaciones de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados,¹⁵¹³ lo que muestra una predisposición a dotar de contenido jurídico a estas prácticas de explotación. Por otro lado, también se ha generado una oleada de publicaciones doctrinales tratando de desenredar a cada una de esas figuras.¹⁵¹⁴ La incorporación de estos criterios doctrinales en las decisiones judiciales,¹⁵¹⁵ ofrece motivos para afirmar que el estado de la discusión es mejor ahora que lo era hace una década.

No obstante, el discurso contra la “esclavitud moderna” continúa estando impregnado de ambigüedad. La utilización de términos paraguas como “formas contemporáneas de esclavitud” o “esclavitud moderna” es útil porque sirve para denominar conjuntamente un conglomerado de prácticas de explotación que tienen una historia común y que se siguen manifestando en la actualidad.¹⁵¹⁶ Sin embargo, la utilización de dichos términos para denominar cualquier tipo de mal o de práctica, como por ejemplo la gestación subrogada,¹⁵¹⁷ sin un análisis de por qué en ese caso concreto se manifiestan los atributos del derecho de propiedad, ha provocado recelos –fundados– en la literatura al respecto.

1.1 Origen de la expansión del concepto

El carácter evocativo del término “esclavitud” se ha utilizado para atraer la atención pública sobre determinadas prácticas, como la “trata de blancas”.¹⁵¹⁸ No obstante, los

¹⁵¹³ Especialmente a partir de la sentencia del TPIY *Kunarac* (SPI), párr. 524, donde se establecen los indicadores de esclavitud.

¹⁵¹⁴ Liderado por Jean Allain, especialmente a partir del libro de “The legal understanding slavery: from the historical to the contemporary”, donde el sociólogo Kevin, que previamente había sido uno de los grandes precursores del concepto amplio de esclavitud, alcanza un consenso sobre la definición: Allain, J./Bales, K., “Slavery and its definition”, *Global dialogue*, Vol. 14, No. 2, 2012. Ver también: Chuang, J.A., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, p. 609; Chuang, J., “The Challenges and Perils of Reframing Trafficking as “Modern-Day Slavery”, *Anti-Trafficking Review*, Vol. 5, 2015, p.146; Van der Wilt, H., “Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts”, pp. 297-334; Vijayarasa, R./Bello y Villarino, J. M., “Modern-Day Slavery: A Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev”, p. 39; Jordan, A., “La esclavitud, el trabajo forzado, la servidumbre por deudas y la trata de personas: de la confusión conceptual a las soluciones acertadas”, *Centro por los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario*, 2011; Villalibre Fernández, V., *Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos*, Oficina de promoción de la paz y de los derechos humanos de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2009, pp. 11 y ss.; Bonet Pérez, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, pp. 207-208; Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, pp. 341 y ss.

¹⁵¹⁵ Las Directrices Bellagio-Harvard se incorporan como criterio en la sentencia de la CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, p. 71.

¹⁵¹⁶ Esto no ha impedido que se utilice en el derecho nacional, como en Reino Unido cuya ley contra la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados se llama “de esclavitud moderna”. Además, es un término utilizado frecuentemente por la literatura anti-esclavitud. Ver especialmente: Quirk, J., “Defining Slavery in All Its Forms: Historical Inquiry as Contemporary Instruction”, p. 262.

¹⁵¹⁷ Lara Aguado, A., “La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”

¹⁵¹⁸ Sobre esto, ver especialmente: Irwin, ““White Slavery” as Metaphor”. Es paradigmático el discurso utilizado por el movimiento abolicionista de la prostitución y la trata de mujeres, aprovechando el momentum creado por el movimiento abolicionista de la esclavitud: Doezema, J., “Forced to Choose: Beyond the Voluntary v. Forced Prostitution Dichotomy”, en *Global Sex Workers: Rights, Resistance and Redefinition*, Kempadoo, K./Doezema, J., Routledge, Nueva York, 1998, pp. 34-50; Doezema, J. “Loose Women or Lost Women? The Reemergence of the Myth of White Slavery in Contemporary Discourses of Trafficking in

primeros intentos de expansión *normativa* del concepto se sitúan en las discusiones sobre colonialismo y apartheid que tuvieron lugar en Naciones Unidas a partir de 1966. En ese momento la mayoría de los Estados de la Asamblea General eran antiguas colonias recientemente independizadas, que dominaron la agenda de las Naciones Unidas durante 1960 a 1970,¹⁵¹⁹ y que dio lugar a que en 1966 las discusiones en la Comisión de Derechos Humanos que tenían que ver con la esclavitud se centraran en equipararla con el colonialismo, el apartheid y el racismo.¹⁵²⁰

Esto encontró la reticencia de algunos Estados¹⁵²¹ por lo que, como fórmula de compromiso, surgió el término político de “prácticas similares a la esclavitud” o “*slavery-like practices*”.¹⁵²² Este término difiere del término legal “prácticas análogas a la esclavitud” consagrado en la Convención de 1956 (“*practices similar to slavery*”) y no acabaría cristalizando en un concepto legal,¹⁵²³ pero “sembraría tanta confusión que, a todos los efectos, contribuiría a hacer que el régimen jurídico destinado a reducir la explotación humana fuera inoperativo durante casi dos generaciones”.¹⁵²⁴

Este término acabó formando parte del vocabulario habitual de Naciones Unidas,¹⁵²⁵

Women”, p. 24; Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, p. 59.

¹⁵¹⁹ Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, p. 255; Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 476.

¹⁵²⁰ ONU, *Report on Slavery*, UN Doc. E/4168/Rev.1, 1966, p. 285. El principal impulsor de este vínculo fue el representante de la República de Tanzania señaló que: “la política de apartheid seguida por Sudáfrica y en África Occidental por el racista, traidor e ilegal régimen en la colonia de Rodesia y los métodos colonialistas aplicados por el gobierno portugués en los territorios de Mozambique, Angola y la Guinea Portuguesa, fueron ejemplos flagrantes de esclavitud. Los métodos tradicionalmente utilizados por los regímenes coloniales deben considerarse prácticas similares a esclavitud. [...] el Comité no tiene el encargo de volver a las Convenciones de 1926 o 1956, [...], sino lidiar con la esclavitud en 1966. Algunas delegaciones han interpretado la noción de esclavitud en un sentido técnico y limitado, y han emprendido la tarea de restringir la definición para que se ajuste a sus propios fines”: ONU, ECOSOC, *Summary Record of the Five Hundred and Thirty-Sixth Meeting*, UN Doc E/AC.7/SR.536, 7 de julio de 1966, p. 5.

¹⁵²¹ Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 477. No obstante, como algunos representantes pusieron de manifiesto, esto hubiera requerido negociar una nueva convención internacional

¹⁵²² Se ha decidido utilizar conscientemente el término en inglés, porque en español esta distinción no tiene sentido. En español se utiliza indistintamente “prácticas análogas a esclavitud o prácticas similares a esclavitud”, por lo que las connotaciones legales que tienen los términos en inglés desaparecen. Este nuevo término se plasmaría en resoluciones del ECOSOC como la Resolución 1126 (XLI) de 26 julio de 1966, adoptada por el ECOSOC, relativa a la “cuestión de esclavitud y la trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones, incluidas las prácticas similares a la esclavitud de apartheid y colonialismo, a la Comisión de Derechos Humanos”.

¹⁵²³ La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 no se contempló el vínculo entre esclavitud o sus prácticas análogas. En su lugar, entre los ejemplos de crímenes de apartheid, se prevé “la explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso” (artículo 2 e) de la Convención)

¹⁵²⁴ Allain, J., *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, pp. 14, 159 y ss.

¹⁵²⁵ Weissbrodt, D./Anti-Slavery International, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, párr. 19: “Todas las convenciones relativas a la abolición de la esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud (*slavery-like practices*) se refieren a un tema común: el concepto de propiedad. [...] Cabe sostener que el uso de las palabras «los atributos del derecho de propiedad..., o de algunos de ellos» (art. 2) se incluyeron a fin de formular una definición más amplia e integral de la esclavitud que no abarcara únicamente las formas de esclavitud practicadas en la trata de esclavos africanos, sino también prácticas de naturaleza y efectos análogos”; ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre*

que lo utilizó para nombrar a un sinnúmero de prácticas. El Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud actuó con un alto grado de flexibilidad, interpretando “su mandato de manera amplia, y sin dogmatismo lo que constituye la esclavitud, para abarcar una gran variedad de cuestiones, como problemas relativos a los derechos de la mujer, cuestiones como la circuncisión femenina, incesto, tráfico de órganos o el apartheid, entre otras.”¹⁵²⁶

Por estas razones, a principios del siglo XXI la esclavitud se había vaciado de significado jurídico, al menos en Naciones Unidas. Como analizamos anteriormente, la primera Relatora Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud continúa la estela marcada por el Grupo de Trabajo y en su primer informe señala las distintas fuentes que tendrá en cuenta para la definición de esclavitud, procedentes principalmente de sociólogos, y emite diversos informes temáticos donde difumina los contornos de cada figura.¹⁵²⁷ Esta tendencia ha cambiado con el mandato de la segunda Relatora Especial, que ha sostenido una postura más rígida sobre la necesidad de adherirse a los conceptos legales de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.¹⁵²⁸

La identificación de la trata con la esclavitud y el trabajo forzoso también ha sido una constante durante la creación del régimen contra la trata. El Protocolo de Palermo diferencia la trata de personas –proceso– con la explotación, pero la relación entre ambas ha sido una cuestión discutida.¹⁵²⁹ Así, autores como Gallagher o Roth han argumentado que la amplitud de acciones que abarca el delito de trata (traslado, acogimiento, recepción, etc.), permiten sostener que la explotación puede subsumirse en el mismo delito de

la Esclavitud acerca de su noveno período de sesiones, E/CN.4/Sub.2/1983/27, 17 de agosto de 1983, Recomendaciones 3 y 13.

¹⁵²⁶ Ver análisis *supra*, en el apartado de la esclavitud. Zoglin sugiere que esta flexibilidad estaba influenciada por la amplitud de los términos del mandato y por la relativa informalidad de los procedimientos, a los que se no se le prestaba mucha atención en el sistema de Naciones Unidas: Zoglin, K., “United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation”, p. 338.

¹⁵²⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, 9º período de sesiones, A/HRC/9/20, 28 de julio de 2008, párr. 8-10. Por ejemplo, la Relatora se acoge a la interpretación del TEDH en el caso *Siliadin* e indica que la clave para distinguir ambas figuras no reside en la gravedad del daño, sino en el estatus legal (A/HRC/15/20, párr. 25), pero lo contradice en relación con los matrimonios forzados (A/HRC/21/41, párr. 13). Ver también: Stoyanova, V., “United Nations against Slavery: Unraveling Concepts, Institutions and Obligations”, p. 384.

¹⁵²⁸ Bhoola, U., “Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 53 y ss. “A menudo me preguntan, ¿qué es la esclavitud contemporánea y ¿todavía existe? Es fácil agrupar a todas las formas de explotación laboral bajo una misma rúbrica de esclavitud moderna o contemporánea, pero esto no es correcto”, p. 53. En este sentido, en los informes Bhoola ha afirmado que la definición de la Convención de 1926 sigue siendo aplicable en la actualidad, aunque “el derecho de propiedad ha sido sustituido por muchas formas diferentes de coacción y control”: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, 39º sesión, A/HRC/39/52, 27 de julio de 2018, párr. 12. También añade que lo que distingue la servidumbre de la esclavitud es el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. *Ibid.*, párr. 13.

¹⁵²⁹ Lo que ha llevado a autores como Chuang a hablar de “exploitation creep”. Creep significa “deslizarse”, pero la idea que quiere transmitir Chuang es la de un concepto equívoco, confuso, que desliza: Chuang, J., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”.

trata.¹⁵³⁰ En esta línea, los *TIP Reports* del Departamento de Estado de Estados Unidos, que clasifican a los Estados de todo el mundo en función de ciertos estándares en la lucha contra la trata,¹⁵³¹ han presionado a los Gobiernos para que erradiquen la prostitución como medida anti-trata.¹⁵³² Aunque el movimiento moderno contra la trata de personas la denomina frecuentemente como una forma de “esclavitud moderna”, o como una de las “formas contemporáneas de esclavitud”,¹⁵³³ la equiparación *total* de la trata con la esclavitud no se sostiene ante ningún análisis jurídico.

La OIT también adoptó una postura ambivalente al respecto. En su “Estimación global del trabajo forzoso” de 2012, no utiliza estadísticas separadas para la trata,¹⁵³⁴ lo que llevó a que el *TIP Report* de 2012 señalara que las estimaciones de la OIT “reconocían que la trata de seres humanos está definida por la explotación, no por el movimiento”.¹⁵³⁵ La OIT, sin pronunciarse expresamente, confirma esta posición en otros informes donde indica que el movimiento no es necesario para perseguir penalmente un caso de trata de seres humanos y que “los legisladores de los Estados pueden decidir si distinguir o no entre personas sometidas a trata y no sometidas a trata [...] para diseñar respuestas diferenciadas que se adapten mejor al contexto nacional y a los grupos específicos”.¹⁵³⁶

No obstante, la OIT modifica este paradigma con posterioridad, y en la “Estimación global de trabajo forzoso y matrimonio forzoso” de 2017, la OIT indica claramente las tipologías de trabajo forzoso que se miden en el informe (trabajo forzoso, trabajo forzoso sexual, el trabajo forzoso impuesto por el estado y el matrimonio forzoso).¹⁵³⁷

¹⁵³⁰ Roth, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 73; Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, pp. 30 y ss.; Piotrowicz, R., “European Initiatives in the Protection of Victims of Trafficking Who Give Evidence Against Their Traffickers”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 14, 2000, p. 266.

¹⁵³¹ Ver al respecto: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 280 y ss.

¹⁵³² Chuang, J., “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, p. 618.

¹⁵³³ Por ejemplo, en *Rantsev* el TEDH argumenta que la inclusión de la trata en el artículo 4 del CEDH se debe a que en la trata se ejercen los atributos del derecho de propiedad, lo que es igual a decir que la trata es esclavitud: *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 280-281.

¹⁵³⁴ OIT, *Global Estimate of Forced Labour*, ILO, Ginebra, 2012: p. 13 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf [último acceso: 24/01/2020].

¹⁵³⁵ Department of State of United States of America, *Trafficking in Persons Report*, 2012, p. 45: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/192587.pdf> [último acceso: 24/01/2020].

¹⁵³⁶ OIT, *Hard to see, harder to count. Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, p. 19.

¹⁵³⁷ En el informe se señala: “Aunque la esclavitud moderna no está definida en la ley, se utiliza como un término paraguas que centra su atención en los aspectos en común entre los conceptos legales. Esencialmente, se refiere a las situaciones de explotación en las que una persona no puede negarse o dejar debido a las amenazas, violencia, coacción, engaño, y/o abuso de poder. [...] Los conceptos incluidos en el concepto de esclavitud moderna como esclavitud, instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, y la trata de personas. No están incluidos expresamente en las estimaciones pero están vinculados a ellos”. OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, pp. 15-18.

1.2 Normativa internacional fragmentada

La utilización equívoca de los conceptos –interesada o no–, obliga a acudir a los tratados internacionales que conforman el régimen internacional contra las formas más graves de explotación. Cuando los estudiamos detenidamente observamos que se trata de un régimen fragmentado, por ejemplo, algunos tratados contemplan las cuatro figuras y otros solo algunas, como el CEDH,¹⁵³⁸ DUDH o la Carta Africana.¹⁵³⁹ Además, en casos como en el régimen contra la trata de mujeres y niños, ha contribuido a enlodar aún más el significado legal de los conceptos.

Así, durante la negociación de la Convención Suplementaria de 1956 destinada a abordar la servidumbre, se sustituyó dicho término por “prácticas análogas a la esclavitud”, a pesar de que la prohibición de la “servidumbre” había sido incluida en la DUDH. La Convención no ofrece criterios legales para identificar una situación como servil, sino que se enumeran cuatro figuras muy heterogéneas –servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonio servil y trata de niños–, que también pueden constituir esclavitud, trabajos forzosos y trata.

Por otro lado, el Convenio No. 182 de la OIT da a entender que la trata de niños es una modalidad de esclavitud,¹⁵⁴⁰ y la introducción del delito de esclavitud¹⁵⁴¹ en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y con la referencia a la “exacción de trabajos forzosos o la reducción a una condición servil” dentro de los Elementos de los Crímenes de este delito,¹⁵⁴² parece que el concepto de esclavitud a efectos del Derecho penal internacional es más amplio que el del Convenio de 1926.¹⁵⁴³

1.3 Jurisprudencia aparentemente contradictoria

Los Tribunales internacionales también han dado lugar a una jurisprudencia contradictoria, en ocasiones excesivamente restringida y otras veces muy amplia, en un intento

¹⁵³⁸ El CEDH no menciona la trata, aunque la haya incluido jurisprudencialmente. Por otro lado, el artículo 6 de la Convención Americana de 1969 prohíbe la esclavitud y la servidumbre junto a la “trata de esclavos y la trata de mujeres”; y el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no menciona la servidumbre pero “prohíbe todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante”.

¹⁵³⁹ Las excepciones al trabajo forzoso presentan diferencias en el PIDCP, la CADH y el CEDH

¹⁵⁴⁰ Esteban Pérez, 343 sobre peores formas de trabajo infantil incluye como forma de esclavitud “la venta y tráfico de niños” en el concepto de peores formas de trabajo infantil,

¹⁵⁴¹ Aunque en las Convenciones en inglés, se observa una pequeña diferencia: en el Estatuto de Roma se habla de “enslavement” y en las Convenciones de 1926 y 1956, de “slavery” (no se aprecia esta diferencia en las Convenciones en español). El Estatuto de Roma contempla los delitos considerados derecho internacional consuetudinario H Hebel, ‘The Making of the Elements of Crimes’ in R Lee (ed), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publishers, 2001) 5.

¹⁵⁴² Sobre esta cuestión, ver *supra* el capítulo de la esclavitud.

¹⁵⁴³ Allain, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, p. 281; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 230. En este sentido, también: Van der Wilt, H., “Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes against Humanity: Unravelling the Concepts”, pp. 297 y ss.

de captar realidades complejas. A pesar de ello, ha evolucionado en las últimas dos décadas hacia una interpretación más uniforme, debido en parte al diálogo con la doctrina científica.¹⁵⁴⁴ A continuación, vamos a exponer sintéticamente cómo se ha producido esta evolución, y en qué aspectos continúan existiendo contradicciones en los razonamientos de los Tribunales, distinguiendo entre aquellos que se insertan en el sistema internacional de Derechos humanos y el Derecho penal internacional.

1.3.1 Los Tribunales penales internacionales

En este campo se ha consolidado la jurisprudencia de una visión amplia del delito de esclavitud que abarca también la esclavitud de hecho.¹⁵⁴⁵ ¿Esto significa que se ha interpretado de forma que se aleja de la definición de la Convención de 1926? Es decir, ¿hasta qué punto la “visión amplia” lo confunde con otras formas menos graves de explotación?

Para responder esta pregunta es fundamental partir de la sentencia *Kunarac* del TPIY, que es una decisión clave para la evolución posterior de la interpretación del concepto de esclavitud.¹⁵⁴⁶ La Sala de primera instancia lleva al Derecho penal internacional la definición de la Convención de 1926 como norma consuetudinaria,¹⁵⁴⁷ entendiendo que la referencia a los “atributos” y no directamente al “derecho” de propiedad, apunta a su aplicabilidad a una situación de hecho. En consonancia con ello, elabora una lista de indicadores de control y posesión, que son indicadores del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, como el trabajo forzoso y la servidumbre.¹⁵⁴⁸ Puede parecer que estos indicadores expanden la definición, pero la referencia última continúa siendo si de la situación se deduce el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad.

La forma de argumentar del TPIY, no obstante, también puede dar lugar a equívocos. El lenguaje utilizado (“esta definición *puede* ser más amplia que la tradicional, y en ocasiones *aparentemente* distinta, definición de esclavitud”) refleja que se trata de una cuestión poco asentada. En los pronunciamientos posteriores esto se confirma: aunque citan adecuadamente la sentencia *Kunarac*, la argumentación es confusa a la hora de aplicar los criterios al caso concreto.¹⁵⁴⁹ En el caso *Krnojelac*, por ejemplo, todo el peso de la decisión se encuentra en la existencia o no de consentimiento por parte de las víctimas, confundiendo la esclavitud con el trabajo forzoso. Esto ocurre nuevamente en el caso *Duch* donde, además, la Sala de apelaciones exige por primera vez el dolo específico de

¹⁵⁴⁴ Ejemplos, las Directrices Bellagio Harvard han sido utilizadas en la Sentencia de la CIDH *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, p. 71

¹⁵⁴⁵ Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, p. 344; Bonet Pérez, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, pp. 204 y ss; Espaliú Berdud, C., “La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI”, pp. 13 y ss.

¹⁵⁴⁶ STEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 280-281.

¹⁵⁴⁷ TPIY, *Kunarac* (SPI), párr. 539.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, párr. 542.

¹⁵⁴⁹ Especialmente en la sentencia del TESL *Brima*; párr. 744 a 748. Ver *supra* análisis de la jurisprudencia.

“obtener una ganancia”. Como en el caso no se pretendía obtener una ganancia sino “reformar” a los detenidos, concluye el Tribunal, no es esclavitud.¹⁵⁵⁰

En el TESL, la discusión sobre la naturaleza de los matrimonios forzosos refleja los problemas prácticos de no comprender la verdadera naturaleza de la esclavitud como una relación de control, con independencia de cómo se la etiquete. Hasta *Taylor*, se había aceptado el calificativo “matrimonio” sin atender a que era unilateralmente impuesto y que únicamente significaba sometimiento.¹⁵⁵¹

En general, aunque se ha consolidado una jurisprudencia correcta sobre la verdadera naturaleza de la esclavitud que evidencia la necesidad de aprehender una realidad compleja, no deja de haber ciertas imprecisiones que pueden ser contrarias a los principios fundamentales en el Derecho penal internacional, como el principio de legalidad y los derechos del reo.

1.3.2 Tribunales internacionales de derechos humanos

La jurisprudencia de estos Tribunales también ha sido equívoca en ocasiones. En el caso *Siliadin* el TEDH descarta que el concepto de esclavitud sea aplicable tanto a situaciones *de iure* como de facto y concluye que es un concepto legal.¹⁵⁵² No obstante, en otras sentencias parece desmentirlo, como en *MC y Otros* o en *Rantsev*. En esta última sentencia razona de forma justamente contraria cuando señala que “el concepto tradicional de esclavitud ha evolucionado para abarcar diversas formas contemporáneas de esclavitud, basadas en el ejercicio de una o de alguna de las potestades vinculadas al derecho de propiedad”.¹⁵⁵³ Es decir, abandona la referencia al derecho de propiedad legal y empieza a hablar de *potestades vinculadas al derecho de propiedad*, aunque solo en relación con la trata. Además, cuando señala que “la trata de seres humanos, en su verdadera naturaleza y objetivo de explotación, está basada en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad”,¹⁵⁵⁴ en realidad está diciendo que la trata está basada en la esclavitud, cuando existen otras finalidades de la trata, como la explotación sexual o la extracción de órganos.

Por otro lado, en relación con el concepto de trabajo forzoso el Tribunal parte de la definición del Convenio No. 29 de la OIT pero a veces le añade criterios como el “tipo y volumen de trabajo”, dando a entender que no es suficiente con la imposición coactiva de la condición de trabajador, sino que tiene que ser de un determinado tipo, como “el que

¹⁵⁵⁰ Tribunal Penal Internacional para Camboya, *Duch*, párr. 124-162, especialmente 155

¹⁵⁵¹ TESL, *Taylor*, párr. 427.

¹⁵⁵² *Siliadin c. Francia*, párr. 122-124. En su lugar, el TEDH indica que hay una situación de servidumbre y trabajo forzoso. El TEDH reitera la jurisprudencia del caso Van Droogenbroeck: “se trata de una forma particularmente seria de denegación de la libertad” “Obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios, que se le impone mediante coacción y que está vinculada al concepto de esclavitud. (...) Incluye la obligación para el siervo de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de alterar su condición”.

¹⁵⁵³ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 275.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, párr. 281.

haría un profesional remunerado”.¹⁵⁵⁵ Esto plantea los interrogantes que señalamos anteriormente como cuál es el volumen de actividad que debe imponerse para alcanzar el umbral de trabajo forzoso, y si este era un elemento esencial. Además, no ha sido coherente en la aplicación de este razonamiento, porque en algunas sentencias no lo ha tenido en cuenta y sólo ha atendido al carácter consentido/forzado de la relación.¹⁵⁵⁶

La jurisprudencia de otros Tribunales internacionales ha sido mucho más clara pero los pronunciamientos son mucho más escasos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha alineado a los criterios exigidos por el Convenio No. 29 de la OIT,¹⁵⁵⁷ y en relación con la servidumbre,¹⁵⁵⁸ con los del TEDH.¹⁵⁵⁹

1.4 La necesidad de claridad conceptual

La claridad conceptual es importante por varios motivos: en primer lugar, porque permite la asignación de responsabilidades, porque si todo es esclavitud, entonces nada lo es; en segundo lugar, para poder diseñar políticas eficaces –criminal o de otro tipo–, para combatir los fenómenos de forma eficaz; y, en tercer lugar, para garantizar los derechos de las víctimas y del reo.¹⁵⁶⁰

Es importante tener en cuenta que las exigencias de claridad conceptual varían en función del área del Derecho en el que nos encontremos. En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, la *rationale* es la de expandir los beneficiarios de protección y de lograr una mayor participación de los Estados.¹⁵⁶¹ Por esta razón, se admite más flexibilidad sin llegar a la imprecisión porque se corre el riesgo de vaciar de contenido práctico el concepto de esclavitud y porque la intersección entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal nacional y transnacional hace que sean necesarias unas definiciones claras que permitan identificar las obligaciones de los Estados. En este sentido, es muy revelador que a partir de la creación de criterios normativos concretos en los Tribunales penales internacionales se haya producido un notable incremento en el número de pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos, que hasta entonces eran prácticamente inexistentes.¹⁵⁶²

¹⁵⁵⁵ *Chowdury y Otros c. Grecia*, párr. 91 caso. En ese mismo sentido, *CN y V c. Francia*, párr. 279.

¹⁵⁵⁶ Por ejemplo, en *Tibet Mentos y Otros c. Turquía*, párr. 68; *Sokur c. Ucrania*; *Antonov c. Rusia*; *Radi y Gherghina c. Rumanía*.

¹⁵⁵⁷ CIDH, *Ituango*, párr. 160; *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 291-293.

¹⁵⁵⁸ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde.*, párr. 276.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, párr. 280.

¹⁵⁶⁰ Chalmers, J./Leverick, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, *Modern Law Review*, Vol. 71, No. 2, 2008, pp. 217-246. En función de la calificación, se puede generar un tratamiento diferente de la víctima dependiendo de los diferentes niveles de gravedad. Esto está muy relacionado con el principio de legalidad y su vertiente relacionada con el principio de igualdad y de seguridad jurídica. Al respecto, ver: Navarro Frías, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada, 2010, pp. 40 y ss.; Martínez Tapia, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Editorial Universidad de Almería, 2001, pp. 92 y ss.

¹⁵⁶¹ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 332-333

¹⁵⁶² Apenas se encuentra jurisprudencia en los organismos que tenían competencias para pronunciarse sobre la esclavitud hasta finales de la década de los 90 momento en el que se negocia el Protocolo de Palermo – que incluye entre sus finalidades la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados–, y se dicta la sentencia *Kunarac*, que convierten la abstracta definición de esclavitud en un concepto útil y funcional. De este

Por otro lado, en el contexto del Derecho penal la precisión jurídica es aún más importante, por la relevancia de principios como el de legalidad, intervención mínima o proporcionalidad, que afectan a los derechos del reo y de las víctimas¹⁵⁶³ y que afectan al trazado de políticas públicas apropiadas para la prevención y la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud.¹⁵⁶⁴ Estas cuestiones serán abordadas más adelante en el contexto del Derecho penal español.

2. La delimitación entre esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

Tras estudiar los conceptos de esclavitud, servidumbre, trabajos forzados y trata, y determinar que no subsumen por completo entre sí, vamos a abordar cuál es la relación entre estas prácticas. Esta tarea es muy importante porque la opción de una calificación u otra puede dar lugar a un tratamiento diferente para la víctima dependiendo de los diferentes niveles de gravedad, y porque la fijación de las fronteras entre las distintas figuras permite apuntalar el significado de cada uno de los conceptos.¹⁵⁶⁵

La diferenciación entre las conductas se ha realizado indicando que la clave es la *gravedad* de la explotación. A este modelo lo vamos a llamar “modelo del *continuum* de explotación”, donde la clave para distinguir las conductas de explotación radica en la identificación de los umbrales mínimos y máximos atendiendo a la gravedad o lesividad de las condiciones impuestas. La autora que mejor refleja el modelo de gradación es Skrivankova. Ella argumenta que la explotación laboral supone un *continuum* de explotación que oscila desde un extremo positivo de trabajo decente a otro extremo negativo de trabajo forzoso. En mitad se hallan una serie de negaciones de derechos, como el pago bajo el salario mínimo, discriminación, etc., que ocupan el espacio entre lo deseable (trabajo decente) y lo inaceptable (trabajo forzoso).¹⁵⁶⁶

modo, desde la segunda mitad del siglo XX, la utilidad práctica del concepto de esclavitud se había circunscrito a la de ser un arma dialéctica para llamar la atención internacional sobre ciertas situaciones.

¹⁵⁶³ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 217, especialmente crítica con la indeterminación en el Derecho penal transnacional.

¹⁵⁶⁴ Pérez Alonso, E., “La trata de seres humanos en el Derecho penal español”, pp. 346-347 “[...] pretender referirse a toda la forma de explotación extrema de la persona puede terminar por no referirse realmente a nada. [...] Se puede convertir en coartada perfecta para no hacer nada y que todo siga igual, o incluso tener consecuencias perversas para las víctimas”.

¹⁵⁶⁵ Esto también está relacionado con el principio de legalidad y, más en concreto, con el “etiquetamiento correcto” o *fair labelling*. Según este principio, la etiqueta del delito debe expresar de forma justa y adecuada o adecuada el mal provocado por el acusado, de modo que el estigma asociado a la condena se corresponda con la ilicitud o la injusticia del acto. Este principio se relaciona con cuestiones fundamentales del Derecho penal, como su función comunicativa y preventiva. Al respecto, ver: Chalmers, J./Leverick, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, pp. 217 y ss.; Mitchell, B., “Multiple Wrongdoing and Offence Structure: A Plea for Consistency and Fair Labelling”, *Modern Law Review*, Vol. 64, No. 3, 2001, p. 398; Asworth, A., “The Elasticity of *Mens Rea*”, en *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Tapper, C. F. H. (ed.), Butterworths, Londres, 1981, p. 53; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 342. Por lo tanto, si las personas que son objeto de abuso lo son en términos de contenido y nivel de gravedad del trabajo forzoso, estos abusos deberían etiquetarse como tales de conformidad con el principio de *fair labelling*.

¹⁵⁶⁶ Skrivankova, K., “Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation”, pp. 17 y ss.

Este modelo ha encontrado apoyo entre la literatura científica que resalta las complejidades del modelo de organización del trabajo actual, y entre aquellos que mantienen que los binarios del trabajo libre/no libre son insuficientes.¹⁵⁶⁷ El TEDH y la CIDH también han defendido una relación de gradación entre las distintas conductas,¹⁵⁶⁸ de forma que antes de analizar si existe servidumbre o esclavitud, se examina si se ha impuesto trabajo forzoso.¹⁵⁶⁹

No obstante, a pesar de la indudable utilidad de este modelo, por sí mismo no brinda los criterios de delimitación ni explica, por ejemplo, por qué puede haber esclavitud sin que exista trabajo forzoso. Si la compraventa de una persona se produce en un contexto de control equivalente a propiedad, se trata del ejercicio de un atributo que apunta a una situación de sometimiento a esclavitud. No obstante, no se hay trabajos forzosos porque no se ha impuesto un “trabajo o servicio”, que es un elemento fundamental de la definición. Entonces, ¿por qué decimos que el trabajo forzoso y la esclavitud son figuras relacionadas?

La esclavitud tiene unas características adicionales de instrumentalización y de privación de libertad o aislamiento que determinan que pueda someterse a esclavitud sin la utilización de la fuerza de trabajo. Así, si bien la esclavitud se situaría en el extremo negativo del *continuum* de gravedad, la razón no es porque se hayan impuesto condiciones laborales más gravosas o abusivas que en una situación de trabajo forzoso, sino por el mayor grado de control o sujeción.¹⁵⁷⁰ Este control sí se encuentra presente en los trabajos forzosos, que no alcanza el grado de la esclavitud.

Por estas razones se propone utilizar, como alternativa al *continuum* de explotación, otro criterio o herramienta que refleje la verdadera naturaleza de las formas contemporáneas de esclavitud: el control. Este enfoque permite identificar el aspecto esencial que subyace en una situación de imposición de trabajos forzosos, servidumbre y esclavitud, y permite diferenciarlo de otras situaciones de imposición de condiciones laborales abusi-

¹⁵⁶⁷ Esta idea, denominada “*labor exploitation continuum*” ha sido esbozada y desarrollada también por McGrath, S., “Many chains to break: The multi-dimensional concept of slave labor in Brazil”, *Antipode*, Vol. 45, No. 4, 2012, pp. 1005-1028; Strauss, K., “Coerced, forced and unfree labour: Geographies of exploitation in contemporary markets”, *Geography Compass*, Vol. 6, No. 3, 2012, pp. 137-148; Lewis, H./Dwyer, P./Hodkinson, S./Waite, L., “Hyper-precarious lives: Migrants, work and forced labour in the Global North”, *Progress in Human Geography*, Vol. 39, No. 5, 2015, pp. 580-600; Strauss, K./McGrath, S., “Temporary migration and precarious employment and unfree labour relations: Exploring the “continuum of exploitation in Canada’s Temporary Foreign Worker Program”, *Geoforum*, Vol. 78, 2017, pp. 199-208; Scott, S., *Labour exploitation and work-based harm*, Policy Press, 2017, pp. 7, 21 y ss. Skrivankova, p. 17 y Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 266 y ss

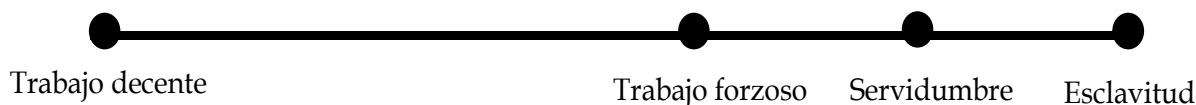
¹⁵⁶⁸ *Siliadin c. Francia*, párr. 124; *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 276; *M y Otros c. Italia y Bulgaria*, párr. 149; *CN y V c. Francia*, párr. 89.

¹⁵⁶⁹ No obstante, aunque el TEDH establece con claridad que la diferencia entre la servidumbre y el trabajo forzoso es el “sentimiento de la víctima de que su condición es permanente” (*CN y V c. Francia*, párr. 51), no realiza la misma operación respecto a la servidumbre y la esclavitud, y no explica cómo se vinculan o en qué radica exactamente la similitud entre ambas. *Siliadin c. Francia*, párr. 123-124. Esta operación la realiza la CIDH en *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 303-394.

¹⁵⁷⁰ Allain, J./Hickey, R., “Property and the definition of slavery”, pp. 915-938.

vas. Además, la herramienta del “*continuum* de control” es útil para reflejar la progresividad de estas conductas, y pone de manifiesto que la diferencia entre ellas es una cuestión de control y sometimiento hasta llegar al extremo de la completa instrumentalización de la persona.

Continuum de control:



El apoyo a este modelo de *continuum* de control puede encontrarse en los *travaux préparatoires* del PIDCP, que evidencian que se pretendía tratar con dos niveles diferentes de dominación, donde la servidumbre incluyese más conductas de *dependencia personal* que la esclavitud,¹⁵⁷¹ en los tribunales nacionales¹⁵⁷² y en la literatura científica.¹⁵⁷³ Aunque no lo diga directamente, el TEDH también utiliza este modelo para diferenciar el trabajo forzoso de la servidumbre, al acudir a nociones como “aislamiento”, “forma particularmente grave de privación de libertad”, y “el sentimiento de la víctima de que su situación es permanente”.¹⁵⁷⁴ Estos elementos apuntan a una situación de mayor o menor control, no a que las condiciones sean más o menos graves o abusivas.

Partiendo de esta premisa, vamos a delimitar cada una de las figuras desde la perspectiva del *continuum* del control, poniéndolas en relación con el resto de figuras.

2.1 Concepto de esclavitud

Para el concepto de esclavitud, la definición en vigor es la que contiene artículo 1.1 de la Convención de 1926:

La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos

¹⁵⁷¹ Ver: ONU, Asamblea General, *Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights prepared by the Secretary-General. Agenda item 28 (part. II), A/2929, 1955, p. 33, y ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Summary record of the Hundred and Forty-Second Meeting, párr. 79.*

¹⁵⁷² Por ejemplo, en Reino Unido, en la sentencia *Regina c. SK*, el Tribunal de Apelación determinó que el artículo 4 del CEDH reflejaba una “jerarquía de la negación de la autonomía personal”, y se hizo referencia al “grado de control” como una norma para distinguir la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado. Ver: *Regina v. SK*, 2011, párr. 24, 39 y 40. Disponible online en: https://sherloc.unodc.org/res/cld/case-law-doc/traffickingpersonscrimetype/gbr/2011/r_v_s_k_2011_ewca_crim_1691_html/R._v._S.K._2011_EWCA_Crim_1691.pdf [último acceso: 25/01/2020].

¹⁵⁷³ Las Directrices Bellagio-Harvard señalan el nivel de control como base de la distinción entre la esclavitud y la servidumbre (Directriz 10). Jean Allain lo expresa de la siguiente forma: “la servidumbre debe entenderse como la explotación humana que no llega a la esclavitud. Es decir, tal explotación no manifiesta poderes que normalmente estarían asociados con la propiedad, ya sea de *jure* o de *facto*”. Ver: Allain, J., “On the Curious Disappearance of Human Servitude from General International Law”, p. 304. Este mismo autor ha mantenido que la esclavitud se diferencia de la servidumbre en el grado de disminución de la autonomía personal: *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, pp. 311 y ss. A pesar de estas matizaciones, Allain termina indicando que el concepto de servidumbre está limitado a las cuatro prácticas serviles de la Convención Suplementaria de 1956, *Ibid.*, p. 202.

¹⁵⁷⁴ *CN y V c. Francia*, párr. 91

del derecho de propiedad o algunos de ellos.

Dentro de la definición identificamos dos elementos: el “estado o condición”, y los “atributos del derecho de propiedad”. El primero implica que la esclavitud puede ser tanto jurídica como de hecho, y el segundo elemento nos sitúa en el paradigma del derecho de propiedad y sus facultades. De todos los atributos, los que son aplicables al contexto de la esclavitud son, fundamentalmente, la posesión, el derecho de uso, de obtención de frutos, administración, transmisión en herencia o disposición. Por ejemplo, la compra, venta, transferencia, uso del producto derivado del trabajo de la persona, la gestión o el beneficio de uso –por ejemplo, si la persona es prestada o usada como garantía–, el deshacerse de una persona o su maltrato.

Algunos de ellos pueden encontrarse en situaciones cotidianas sin que sean equivalentes a la esclavitud, como en la organización del trabajo de los empleados por parte de un empresario.¹⁵⁷⁵ No obstante, el ejercicio de los atributos sólo es relevante a efectos de su calificación como conducta de sometimiento a esclavitud cuando manifiesta o exterioriza la existencia previa de un control fáctico equivalente a posesión.¹⁵⁷⁶ Es decir, en la escala del *continuum* del control, las circunstancias más amplias de control hacen que la esclavitud se encuentre en el extremo.

De esta forma, y sin tener que estar de acuerdo en la formulación concreta de qué potestades o atributos incluimos en el derecho de propiedad, existe una característica que constituye la base:¹⁵⁷⁷ el control absoluto, que implica la sujeción de la persona a la voluntad del “propietario” y que permite que este mantenga un control directivo abstracto equiparable al que otorga un verdadero derecho de propiedad.¹⁵⁷⁸

Aparte de esta definición general, es útil tener en cuenta los indicios de una situación de sometimiento a esclavitud enunciados por el TPIY en *Kunarac*, y que apuntan fundamentalmente a una situación de control de la autonomía individual:

- Restricción o control de la autonomía de un individuo, de su libertad de elección o de movimiento, incluida la detención o cautiverio, incluida la adopción de medidas para impedir o disuadir la fuga;
- Ausencia de consentimiento o libre voluntad de la víctima, o su irrelevancia por existir, por ejemplo, amenaza, uso de fuerza u otras formas de coerción, miedo a la violencia, engaño o falsas promesas, abuso de poder, posición de vulnerabilidad de la víctima, detención o cautividad, opresión psicológica o determinadas condiciones socioeconómicas;

¹⁵⁷⁵ Penner se refiere a esas situaciones como “falsos positivos”. En: Penner, J. E., “The Concept of Property and the Concept of Slavery”, p. 252.

¹⁵⁷⁶ Honoré, A.M., “Ownership”, pp. 113, 115

¹⁵⁷⁷ Este control, en palabras de Larissa Katz, supone que el propietario es el que decide sobre el futuro de la cosa, que ella llama “*agenda-settler*”, es decir, persona que fija las directrices respecto a su uso: Katz, L., “Exclusion and Excludability in Property Law”, p. 275. En este sentido, también: Allain, J./Hickey, R., “Property and the definition of slavery”, p. 932

¹⁵⁷⁸ Hickey y Allain, *Understanding*, p. 932.

- Existencia de explotación, exacción de trabajos o servicios forzosos u obligatorios, a menudo sin remuneración y que suelen implicar -aunque no necesariamente- privaciones físicas, tratos crueles, abusos, control de la sexualidad y trata de personas. Es decir, la obtención de un provecho por parte del perpetrador;
- La “adquisición” o “disposición” de alguien a cambio de una compensación monetaria o de otro tipo;
- La duración del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, aunque su importancia en un caso determinado dependerá de la existencia de otras indicaciones de esclavitud. El Tribunal aclara que detener a alguien o mantenerlo en cautiverio, sin más, por lo general no constituye esclavitud
- Afirmación de exclusividad.¹⁵⁷⁹

A diferencia de los trabajos forzosos, el foco de la definición de esclavitud es el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, por lo que no se requiere la exacción de trabajo. Lo relevante del trabajo forzoso es que la persona no puede abandonar el trabajo –entre otras cosas, porque se encuentra amenazada con un mal–, pero eso no implica un control sobre el resto de los aspectos vitales. En la servidumbre, si bien hay una privación mayor de libertad que determina la situación de aislamiento, no llega al extremo de control equivalente a posesión.

2.2 Concepto de servidumbre

La Convención de 1956, bajo el nombre “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” prohíbe una serie de prácticas serviles que tienen en común la restricción de la autonomía de la voluntad de un modo u otro. No obstante, no puede interpretarse como un sistema de *numerus clausus* porque se trata de una descripción de *modus operandi* que pueden tener otro carácter, expresamente reconocido en la Convención, y porque la práctica subsiguiente de los órganos que se han encargado de interpretar el concepto de servidumbre han desarrollado otros criterios normativos ajenos a la misma. Esto nos lleva a defender que en el Derecho internacional el concepto de servidumbre ha adquirido una sustantividad propia al margen de la Convención de 1956, con sus caracteres moldeados principalmente en la jurisprudencia del TEDH,¹⁵⁸⁰ y donde su esencia radica en que se trata de una forma agravada de trabajos forzosos que supone una “forma particularmente grave de la negación de libertad”.¹⁵⁸¹

En concreto, el Tribunal de Estrasburgo ha indicado que la servidumbre “además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios [...] la obligación para el

¹⁵⁷⁹ Esta enumeración es adoptada en la sentencia de la CIDH *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 272, basándose en la sentencia del TPIY *Kunarac* (SPI), párr. 542.

¹⁵⁸⁰ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 257. Esta definición ha sido respaldada por la jurisprudencia de la CIDH en *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 280.

¹⁵⁸¹ *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párr. 58.

‘siervo’ de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición”.¹⁵⁸² De ello resulta que la servidumbre se considera la obligación de prestar servicios bajo el imperio de la coacción y que debe vincularse a la noción de “esclavitud”.¹⁵⁸³

Esto significa que los elementos distintivos de la servidumbre –que lo diferencian del trabajo forzoso– residen en “la obligación del siervo de vivir en la propiedad ajena” y especialmente en “el sentimiento de la víctima de que su condición es permanente”,¹⁵⁸⁴ que determinan la exclusión, el aislamiento y la limitación de movimientos.¹⁵⁸⁵ En otras palabras, el factor determinante para que el trabajo forzoso alcance el umbral de servidumbre es el control sobre aspectos de la vida de la víctima, distintos de la prestación de trabajo y servicios, que hace que ésta perciba que su condición es permanente.¹⁵⁸⁶

2.3 Concepto de trabajo forzoso

Como examinamos anteriormente, la definición en vigor de trabajo forzoso se encuentra en la Convención No. 29 de la OIT, adaptada y reinterpretada por el CEACR:¹⁵⁸⁷

[...] todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

Los elementos esenciales son tres: “trabajo o servicio”, “amenaza de una pena” y “que se presta de forma involuntaria”. Lo relevante se encuentra en el elemento de la *coacción física o mental* que puede presentarse de forma más o menos sutil: la persona *no puede*

¹⁵⁸² *Seguin c. Francia*, p. 4; *Siliadin c. Francia*, párr. 123-124; *CN y V c. Francia*, párr. 91; *CN c. Reino Unido*, 80.

¹⁵⁸³ *Siliadin c. Francia*, párr. 124.

¹⁵⁸⁴ *CN y V c. Francia*, párr. 91; *Chowdury y Otros c. Grecia*, párr. 98.

¹⁵⁸⁵ *CN y V c. Francia*, párr. 93, porque le impidió crear contactos fuera del domicilio de los empleadores. En *Chowdury* se confirma esta interpretación. El Tribunal critica la decisión del tribunal griego porque confunde los delitos de servidumbre y trata de seres humanos, puesto que “las condiciones laborales y de vida que derivan en un estado de exclusión del mundo exterior, sin posibilidad de renunciar y buscar otro trabajo”, pertenecen al ámbito de la servidumbre y no de la trata: *Chowdury y Otros c. Grecia*, párr. 98. La CIDH se adhiere a esta interpretación en: *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, párr. 276-280, especialmente párr. 280

¹⁵⁸⁶ Esta idea es congruente con los *travaux préparatoires* del PIDCP, ver *supra*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha aplicado este criterio, basándose en elementos como que los trabajadores no perspectiva de poder salir por diversos motivos, como la presencia de guardias armados o la coacción física y ejercida: *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, párr. 303.

¹⁵⁸⁷ Ollus, N., “Regulating forced labour and combating human trafficking: the relevance of historical definitions in a contemporary perspective”, p. 229. En noviembre de 2001, la OIT estableció el Programa Especial de Acción para Combatir el Trabajo Forzoso con el fin de encabezar la labor de la OIT mediante la sensibilización y la mejora de la comprensión a nivel mundial, la prestación de servicios de asesoramiento y la ejecución de proyectos innovadores. En el marco del Programa Especial de Acción se han elaborado varios manuales con fines prácticos para combatir el trabajo forzoso, como por ejemplo: OIT, *Trafficking for forced labour. How to monitor the recruitment of migrant workers. Training manual*, ILO, Ginebra, 2005: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/instructional-material/wcms_081894.pdf [último acceso: 25/01/2020]; OIT, *Forced labour and human trafficking. A handbook for labour inspectors*, ILO, Geneva, 2008: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_097835.pdf [último acceso: 25/01/2020]; OIT, *Combating forced labour. A handbook for employers and business*, ILO, Ginebra, 2015: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_101171.pdf [último acceso: 25/01/2020].

abandonar el trabajo.¹⁵⁸⁸ Por esa razón encajan también aquellas situaciones que, aunque no se trate de una amenaza real, es *equivalente* en cuanto a gravedad *percibida* de amenaza, razón por la que se tienen en cuenta las características personales de la víctima.¹⁵⁸⁹ La amenaza debe ser lo suficientemente grave o idónea para colocar a la víctima en un estado que le lleve a aceptar la realización de un trabajo que, sin dicha amenaza, no hubiera efectuado.

El hecho de que el trabajador sea teóricamente capaz de salir de la situación de explotación no significa que en la práctica sea capaz de hacerlo: la falta de conocimientos lingüísticos, de medios económicos y culturales, así como de una situación de dependencia, puede hacer que en la práctica la persona no pueda salir de la situación de control en la que se encuentra.¹⁵⁹⁰ Las condiciones laborales impuestas juegan un papel importante en la valoración del consentimiento, pero no son lo más determinante.

La diferente naturaleza entre el trabajo forzoso y la explotación laboral puede ilustrarse de la siguiente forma: la existencia de una amenaza implica que B teme que, de no realizar el trabajo o servicio que A le impone, su situación empeorará. De esta manera, B estará actuando racionalmente al elegir el menor de los males –conforme a su criterio o percepción subjetiva del riesgo– al trabajar para A, a pesar de que eso le coloque en una situación dañina. En cambio, en una situación de explotación laboral, aunque también sea dañina para B, su situación no empeora si se niega a realizar el trabajo para A. En todo caso, permanece igual. Aunque es evidente que si B está en una situación de necesidad también tendrá que elegir entre dos males, y lo ideal es que no fuese posible que B tuviera que realizar esa elección porque A no ofreciera un trabajo en condiciones de explotación, las dos situaciones son cualitativamente distintas. A crea o se aprovecha de la situación de B, donde los elementos de control hacen que la única decisión racional de B sea la de someterse y realizar el trabajo para A.

¹⁵⁸⁸ *Siliadin c. Francia*, párr. 117; *Chowdury c. Grecia*, párr. 90. En *CN c Reino Unido*, párr. 80 se recuerda que puede adoptar formas sutiles

¹⁵⁸⁹ OIT, *Erradicar el trabajo forzoso, Estudio General de 2007 sobre los convenios*, para. 134. Aunque cada individuo es diferente y la presión que hace que el trabajo sea “forzado” para una persona puede no ser lo mismo para otra, la restricción económica en general no debe ser calificada como forzada, puesto que un empleador no puede ser responsable de limitaciones externas que no crea. OIT, *Forced labour and human trafficking. Casebook of Court Decisions*, pp. 5-6. De hecho, para determinar si un caso puede ser clasificado como trabajo forzoso, una pregunta clave de las entrevistas desarrolladas con los migrantes es: “¿ha sido usted libre de cambiar o abandonar su empleo en algún momento dado?”: Andrees, B./Van der Linden, M. N. J., “Designing trafficking research from a labour market perspective: the ILO experience”, p. 58. Esto refleja la compleja realidad descrita en el capítulo sobre el trabajo forzoso: “muchas víctimas entran en situaciones de trabajo forzoso inicialmente por su propia voluntad, aunque sea a través de fraude y engaño, sólo para descubrir más tarde que no son libres de retirar su trabajo. Posteriormente, no pueden abandonar su trabajo debido a coacción legal, física o psicológica”: OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, p. 6; *Siliadin c. Francia*, párr. 118; *CN y V c. Francia*, párr. 77-79; *Chowdury c. Grecia*, párr. 95.

¹⁵⁹⁰ Con el fin de superar las dificultades teóricas, se ha desarrollado una lista de indicadores para ayudar a la identificación del trabajo forzoso y el trabajo forzoso como resultado de la trata: OIT, *Human trafficking and forced labour exploitation. Guidelines for legislation and law enforcement*, pp. 19-20; OIT *ILO indicators of Forced Labour*, p. 3.

Vamos a poner un ejemplo muy básico: A ofrece a B 60.000 euros si B acepta gestar un embrión fecundado con el esperma de A mediante inseminación artificial y renunciar a los derechos de custodia del niño al nacer. B, que se encuentra en una situación muy desfavorable, acepta. Teniendo en cuenta únicamente los elementos presentados, al no haber una consecuencia negativa para B si se niega a gestar el embrión –más allá de las propias derivadas de su situación desfavorable–, esta situación de gestación subrogada no podría calificarse como trabajo forzoso.¹⁵⁹¹

Aunque quizás constituya una simplificación excesiva, la diferencia puede ilustrarse con un ejemplo concreto: supongamos que un migrante, en situación administrativa irregular, trabaja diez horas diarias en invernaderos, en condiciones de calor insoportable, sin descansos regulares y sin acceso a agua potable limpia. Se le prometió una remuneración después de 3 meses de trabajo, pero tras la expiración de este período, no se le paga y tiene miedo de irse del invernadero porque si deja todo, su trabajo nunca será remunerado. Esto puede calificarse como trabajo forzoso por la presencia de elementos de control que afectan a la valoración del consentimiento (condiciones laborales ilegales) o a la existencia de amenaza de un mal (pérdida de todo el dinero si abandona el invernadero, la percepción subjetiva de amenaza por la situación administrativa irregular).

La situación se agravará aún más, elevándola hasta una situación de servidumbre, si el migrante tiene contactos prácticamente limitados con el mundo exterior y se encuentra en una situación de aislamiento, lo que implica que se controlan aspectos de su vida distintos de la provisión de mano de obra. Por último, el ejercicio de un mayor control equivalente a posesión sobre los trabajadores, por ejemplo, mediante un control casi absoluto de la libertad deambulatoria y el mantenimiento de dicha situación de una manera muy prolongada en el tiempo, sería el punto de referencia para determinar que la servidumbre equivale a esclavitud.

2.4 Concepto de trata de seres humanos

Por último, vamos a examinar la naturaleza de la trata como forma de control. Hemos argumentado que la trata no coincide con sus propósitos de explotación, pero desde la

¹⁵⁹¹ Alan Wertheimer ha elaborado uno de los análisis teóricos más completos sobre la naturaleza de la explotación y la coacción. Wertheimer identifica dos tipos de transacciones de explotación: la dañina y la que es mutuamente ventajosa. Dentro de la “explotación dañina”, identifica varias situaciones: los casos en los que la parte explotadora amenaza con empeorar la situación de la parte explotada si no acepta su propuesta, cuando el beneficio de la transacción de explotación es desproporcionadamente alto en relación con el perjuicio provocado a B, cuando la compensación de B es demasiado baja, o cuando las condiciones son inhumanas o degradantes: Wertheimer, A., *Exploitation*, Princeton University Press, 1999, pp. 207 y ss. Esta idea se encuentra también, más condensada, en: Wertheimer, A., “Remarks on Coercion and Exploitation”, *Denver University Law Review*, Vol. 74, 1997, pp. 889-906, especialmente en pp. 897-898. José Fernando Lousada Arochena expone la diferencia entre la explotación laboral y la explotación humana de la siguiente forma: “La explotación laboral es un incumplimiento simple de la normativa laboral, lo que se afirma aun sabiendo que, en especial si el incumplimiento es grave y reiterado, ello pueda parecer un tanto frívolo. Pero es que tal incumplimiento nunca supone la cosificación de la persona en que consiste la esclavitud o la servidumbre, ni elimina la voluntariedad en la prestación del trabajo”: Lousada Arochena, J. F., “Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT”, *Lan Harremanak*, Vol. 39, 2018, pp. 158-159.

perspectiva del *continuum* de control, en la trata de personas se materializan algunos elementos de control.

La definición de trata internacionalmente aceptada sigue una estructura de acción, medios y finalidad de explotación. El primer elemento apunta al alcance del delito de trata, que abarca todas las acciones implicadas desde el origen hasta llegar a un destino con el objetivo de explotarla.¹⁵⁹² El segundo implica que la acción debe realizarse empleando unos medios comisivos determinados, que no se exigen cuando la víctima es menor (apartado c) del artículo 3). Los medios exigidos son: “la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, 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”. De esta forma, la coacción es el eje central del concepto de trata, que permite distinguirlo de otros fenómenos conexos como el tráfico ilícito de migrantes. La coacción se manifiesta de una forma más o menos intensa a través de los medios, que tienen en común que atentan contra la libertad de la víctima, su seguridad y su autodeterminación personal, donde la víctima, en contra de su voluntad, se sitúa en una posición en la cual puede ser explotada.¹⁵⁹³ El tercer elemento es la finalidad de explotación. Los Estados tienen la obligación de tipificar algunas finalidades, como la esclavitud, la explotación de la prostitución ajena o la extracción de órganos, pero los Estados pueden adoptar una definición más protectora que contemple más formas de explotación.

Como vemos, la coacción es el eje central en la trata de personas, al igual que en la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados. Aunque no deban confundirse, comparten el núcleo de control. Por último, es necesario hacer una precisión porque puede haber casos en los que la trata se solape con la esclavitud. En concreto, si se ha producido el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad –por ejemplo, si se ha “vendido” una persona a cambio de un precio, o si se ha “cedido” con el fin de explotarla– en un contexto de control equivalente a posesión.

¹⁵⁹² Según la relatora sobre las formas de violencia sobre la mujer, aquí radica el injusto de la trata: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women’s migration and violence against women*, párr. 16.

¹⁵⁹³ En línea con esto, el artículo 3 b) del Protocolo indica que “el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

TERCERA PARTE: TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

The history of liberty is a history of resistance
[La historia de la libertad es una historia de resistencia]
Wodrow Wilson, 1912

I. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

1. Introducción

La regulación de las conductas agrupadas bajo las “formas contemporáneas de esclavitud” plantea un problema preliminar, común en todas las legislaciones, a la hora de optar por un determinado sistema de legislación.¹⁵⁹⁴ En muchos casos confluyen factores que son determinantes, como el papel asignado al poder legislativo y al judicial, o el propio de la ley penal, especialmente influida por el principio de legalidad y el mandato de determinación que constituye su sustrato material. A continuación, se van a analizar las regulaciones penales de 66 Estados. De ellos, 46 son miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Convenio de Varsovia y 20 Estados iberoamericanos), para examinar las siguientes cuestiones:

- a) Si han regulado o no la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados
- b) Si lo han hecho a través del Código Penal o de una ley especial.
- c) Si han contemplado un delito de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados, si los han dividido en diferentes artículos o si contemplan unas conductas y otras no.
- d) Si, además de tipificar los delitos, han definido las conductas en la norma penal, y si estas definiciones se parecen a los conceptos del Derecho internacional.

Se excluyen expresamente del análisis la normativa de los Estados que regulan exclusivamente la trata de seres humanos sin tipificar delitos de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados porque no es el foco de atención principal de este trabajo y porque, normalmente, va a tratarse de normativa armonizada al haber ratificado el Protocolo de Palermo o el Convenio de Varsovia.

En este cuadro se exponen sintéticamente los principales resultados:

66 países examinados: 46 europeos y 20 iberoamericanos (se excluye España)

¹⁵⁹⁴ La racionalidad de las normas penales ha sido tradicionalmente una cuestión muy discutida y criticada en la doctrina, ver especialmente: Pérez Alonso, E., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, pp. 288 y ss., y 352 y ss. No obstante, en la última década se ha prestado más atención a esta cuestión, especialmente a partir de los estudios de Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003, y *Política Criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. También, al respecto: Sánchez Lázaro, F.G., *Política criminal y técnica legislativa*, Comares, Granada, 2007; García-Escudero Márquez, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Aranzadi, Pamplona, 2010; Nieto Martín, A./Muñoz de Morales Romero, M./Becerra Muños, J. (dir.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Chile, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Guyana, Holanda, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Surinam, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela.		
35 países que NO regulan la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados: 27 europeos y 8 latinoamericanos		
Albania, Armenia, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chile, Colombia, Dinamarca, El Salvador, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Guatemala, Guyana, Holanda, Honduras, Islandia, Irlanda, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Paraguay, Polonia, República Checa, San Marino, Suecia, Suiza, Surinam, Turquía, Ucrania.		
31 países que SÍ regulan la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados: 19 europeos y 12 iberoamericanos (negrita= Ley Especial y no Código Penal)		
Andorra, Alemania, Argentina, Austria, Azerbaiyán, Belice , Bolivia, Brasil, Chipre , Costa Rica, Croacia, Ecuador, Eslovenia, Francia, Hungría, Italia, Lituania, Macedonia, México , Moldavia, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido , Rumanía, Serbia, Uruguay, Venezuela.		
Delito de esclavitud	Delito de servidumbre o prácticas análogas a la esclavitud	Delito de trabajos forzados
Alemania (232b); Andorra (134); Argentina (140); Austria (104); Azerbaiyán (106); Bolivia (291); Brasil (149); Chipre (8); Croacia (105); Ecuador(82); Eslovenia (112); Francia (224-1 A); Italia (600); Lituania (147-2); Macedonia (418); México (11); Moldavia (167); Montenegro (446); Nicaragua (315); Noruega (259); Perú (153-C);	Alemania (232b); Andorra (134); Austria (104); Brasil (149); Chipre (8); Costa Rica (189); Croacia (105); Eslovenia (112); Francia (225-24-2); Italia (600); Macedonia (418); México (12); Moldavia (167); Montenegro (446); Nicaragua (315); Panamá (182); Perú (153-C); Reino Unido (1-Inglaterra y Gales, 1-Irlanda del Norte, 4-Escocia); Serbia (390);	Alemania (232b); Argentina (140); Azerbaiyán (114-2); Belice (157); Brasil (149); Chipre (8); Costa Rica (189 bis); Ecuador (105); Francia (225-14-1); Hungría (193); Lituania (147-1); México (22); Moldavia (168); Nicaragua (315); Panamá (456-D); Perú (168B); Reino Unido (1-Inglaterra y Gales, 1-Irlanda del Norte, 4-Escocia); Rumanía (212);

Portugal (159); Reino Unido (1-Inglaterra y Gales, 1-Irlanda del Norte, 4-Escocia); Rumanía (209); Serbia (390); Uruguay (280 y 280 BIS); Venezuela (173)	Uruguay (280)	Uruguay (280)
Definiciones		
Países que definen la esclavitud	Países que definen la servidumbre	Países que definen los trabajos o servicios forzosos
Andorra (134); Azerbaiyán (106); Brasil (Ordenanza 1129 de 2017, del Ministerio de Trabajo); Ecuador (82); Francia (224-1 A); Italia (600.1); México (11); Moldavia (167); Uruguay (Ley 19643)	Andorra (134); Brasil (Ordenanza 1129 de 2017, del Ministerio de Trabajo); Francia (225-14-2); Italia (600.2); México (12); Moldavia (167); Uruguay (Ley 19643).	Azerbaiyán (114-2.1); Belice (157); Brasil (Ordenanza 1129 de 2017, del Ministerio de Trabajo); Costa Rica (189 bis); Ecuador (105); Francia (225-14-1); Hungría (193); Lituania (147-1); México (22); Moldavia (168); Panamá (456-D); Perú (168-B); Rumanía (212); Uruguay, (Ley 19643).

2. Países que han ratificado el Convenio del Consejo de Europa contra la trata.¹⁵⁹⁵

A continuación vamos a examinar la regulación penal de los Estados europeos que han ratificado el Convenio de Varsovia y que castigan específicamente las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.¹⁵⁹⁶ En particular, se

¹⁵⁹⁵ Hasta la fecha, 47 Estados del ámbito regional europeo han ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata, de 2005: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, San Marino, Santa Sede, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. Las ratificaciones pueden consultarse en el siguiente enlace: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/197/signatures?p_auth=C8VCXTSf [acceso 25/01/2020].

¹⁵⁹⁶ Alemania castiga el sometimiento a esclavitud, servidumbre o servidumbre por deudas o circunstancias análogas en el artículo 232b StGB; Andorra castiga la esclavitud y la servidumbre en el artículo 134 del Código Penal; Austria castiga la esclavitud y el tráfico de esclavos en el artículo 104 StGB; Azerbaiyán contempla un delito de esclavitud y trabajos forzosos en los artículos 106 y 114-2.1 del Código Penal, respectivamente; Chipre castiga las tres prácticas en el artículo 1 de la Ley 60(I)/2014 de prevención y lucha contra la trata y la explotación de personas y de protección de las víctimas; Croacia castiga el delito de sometimiento a esclavitud y situaciones similares en el artículo 105 del Código Penal; Eslovenia tipifica el delito de esclavitud y prácticas análogas en el artículo 112 del Código Penal; Francia tipifica los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos en los artículos 224-1 A, 225-14-2 y 225-14-1, respectivamente; Hungría castiga los trabajos forzosos en el artículo 193 del Código Penal; Italia tipifica los delitos de esclavitud y servidumbre en el artículo 600 del Código Penal; Lituania castiga los trabajos forzosos en

observará si la normativa ofrece una definición propia de dichos conceptos,¹⁵⁹⁷ si se remite expresamente a las definiciones internacionalmente aceptadas,¹⁵⁹⁸ o si no dispone nada al respecto.¹⁵⁹⁹ En caso de que se haya establecido una definición propia de los conceptos, se analizará el grado de adecuación a las definiciones existentes en los tratados internacionales relevantes, así como la interacción entre las distintas conductas –por ejemplo, si se distingue la esclavitud de la servidumbre, o si existe una gradación de pena entre ellas–.

En relación con la trata de seres humanos, se estudiarán los siguientes aspectos: si la definición sigue la estructura de acción, medios comisivos y finalidad de explotación,¹⁶⁰⁰ o si no se requieren medios comisivos,¹⁶⁰¹ bien cuando la víctima sea menor de edad¹⁶⁰²

el artículo 147-1 del Código Penal; Moldavia tipifica el delito de esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud en el artículo 167, y el delito de trabajos forzados en el artículo 168 del Código Penal; Montenegro castiga la esclavitud y las prácticas análogas en el artículo 446 del Código Penal; Macedonia del Norte contempla un delito de sometimiento a esclavitud o prácticas análogas en el artículo 418 del Código Penal; Noruega tipifica el delito de esclavitud en el artículo 259 del Código Penal; Portugal castiga la reducción a esclavitud en el artículo 159 del Código Penal; Reino Unido tipifica los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el artículo 1 de la Ley de esclavitud moderna (para Inglaterra y Gales); en el artículo 1 de la Ley sobre la trata y la explotación de seres humanos (justicia penal y apoyo a las víctimas) de Irlanda del Norte); y en el artículo 4 de la Ley sobre trata y la explotación de seres humanos de Escocia; Rumanía tipifica el delito de esclavitud en el artículo 209 y los trabajos forzados en el artículo 212 de su Código Penal; y Serbia castiga el delito de sometimiento a esclavitud o prácticas similares en el artículo 390 del Código Penal.

¹⁵⁹⁷ Andorra define la esclavitud y la servidumbre en el artículo 134 del Código Penal; Azerbaiyán define la esclavitud en el artículo 106 y los trabajos forzados en el artículo 114-2.1 del Código Penal; Francia define la esclavitud en el artículo 224-1 A CP, la reducción a servidumbre en el artículo 225-14-2 CP, y los trabajos forzados en el artículo 225-14-1 del Código Penal; Hungría define los trabajos forzados en el artículo 193; el Código Penal italiano define los conceptos de esclavitud y servidumbre en el artículo 600; Lituania define los trabajos forzados en el artículo 147-1 del Código Penal; Moldavia define la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud en el artículo 167, y los trabajos forzados en el artículo 168 del Código Penal; Rumanía tipifica los trabajos forzados en el artículo 212 del Código Penal.

¹⁵⁹⁸ Croacia hace referencia a la “violación de las reglas de Derecho internacional” en el artículo 105 del Código Penal; al igual que el artículo 112 del Código Penal de Eslovenia; Macedonia del Norte también define la esclavitud y las prácticas análogas haciendo referencia a la “contravención de las reglas del Derecho internacional” en el artículo 418 del Código Penal; Montenegro menciona la “contravención de las reglas del Derecho internacional” en el artículo 446 del Código Penal; Reino Unido (en sus leyes para Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia) se remite a la definición del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los artículos 1(2), 1(2) y 4(2) respectivamente; Serbia tipifica en el artículo 390 del Código Penal el delito de esclavitud y prácticas análogas “en violación del Derecho internacional”.

¹⁵⁹⁹ Alemania; Austria; Chipre; Noruega y Portugal.

¹⁶⁰⁰ Alemania, artículo 232 StGB; Andorra, artículo 134*bis* del Código Penal; Austria, artículo 104a StGB; Azerbaiyán, artículo 114-1 del Código Penal; Croacia, artículo 106 del Código Penal; Chipre, artículo 2 de la Ley 60(I)/2014 de prevención y lucha contra la trata y la explotación de personas y de protección de las víctimas; Francia, artículo 225-4-1 del Código Penal; Italia, artículo 601 del Código Penal; Lituania, artículo 147 del Código Penal; Moldavia, artículo 165 del Código Penal; Montenegro, artículo 444 del Código Penal; Macedonia del Norte, artículo 418-a del Código Penal; Noruega, artículo 257 del Código Penal; Portugal, artículo 160 del código Penal; Reino Unido, artículo 3(5) para Inglaterra y Gales, artículo 3(5) para Irlanda del Norte; artículo 3(7) para Escocia, cuando la finalidad de explotación sea la obtención de servicios; Rumanía, artículo 210 del Código Penal; Serbia, artículo 388 del Código Penal.

¹⁶⁰¹ Reino Unido, en relación algunas finalidades del delito de trata, artículo 2 y 3 de la Ley de Esclavitud; artículo 2 y 3 de la Ley del Norte de Irlanda; artículo 1 y 3 de la Ley de Escocia.

¹⁶⁰² Alemania, artículo 232(1) StGB, respecto a los menores de veintiún años; Andorra, artículo 134*bis*. 2 del Código Penal; Austria, artículo 104a(5) StGB; Croacia, artículo 106.2 del Código Penal; Francia, artículo 225-4-1, apartado II, del Código Penal; Italia, artículo 601.2 del Código Penal; Lituania, artículo 157 del Código Penal; Moldavia, artículo 206 del Código Penal; Montenegro, artículo 444(2) del Código Penal;

o porque éstos actúen como agravantes.¹⁶⁰³ Por último, también se examinará si entre dichas finalidades se encuentra el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

Como se ha mencionado anteriormente, se han excluido expresamente del análisis las siguientes categorías: en primer lugar, los Estados que castigan la trata de seres humanos sin mencionar la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados entre sus finalidades de explotación;¹⁶⁰⁴ en segundo lugar, los Estados que contemplan un delito de trata y que se refieren a la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados exclusivamente en el marco de dicho delito –como finalidad de explotación– y no de manera específica;¹⁶⁰⁵ y, en tercer lugar, aquellos Estados que contemplan el delito de esclavitud exclusivamente como delito de guerra o de lesa humanidad, es decir, cuando debe producirse en el marco de un conflicto armado o como parte un ataque generalizado y sistemático contra la población

Macedonia del Norte, artículo 418-d del Código Penal; Noruega, artículo 257 *in fine* del Código Penal; Portugal, artículo 160.2 del Código Penal; Reino Unido: artículo 3(6) de la Ley de Esclavitud; artículo 3(6) de la Ley de Irlanda del Norte, art. 3(6); artículo 3(8) de la Ley de Escocia; Rumanía, artículo 211 del Código Penal; Serbia, artículo 388(2) del Código Penal.

¹⁶⁰³ Hungría, artículo 192(2) del Código Penal; Noruega, artículo 257 del Código Penal; Eslovenia, artículo 113. 1) del Código Penal.

¹⁶⁰⁴ El Código Penal de Estonia recoge un delito de trata propiamente dicha (art. 133), y su facilitación (art. 133-1), sin mencionar los propósitos de sometimiento a trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas; en Grecia, el Código Penal tipifica el delito de trata con fines de explotación laboral en el artículo 323A; el Código Penal de Islandia castiga la trata de seres humanos por diversos propósitos en el artículo 227.a; Liechtenstein tipifica el delito de trata con el propósito de explotación “a través del trabajo” en el artículo 104 del Código Penal; Suiza tipifica el delito de trata con fines de explotación laboral en el artículo 182 del Código Penal.

¹⁶⁰⁵ Albania castiga el delito de trata de seres humanos con fines de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en los artículos 110(a)-110(c) de su Código Penal; Armenia castiga la trata de seres humanos con fines de trabajos forzados, esclavitud, o prácticas similares a la esclavitud en el artículo 132 de su Código Penal; Bielorrusia castiga el delito de trata con fines de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el artículo 1 de la Ley No. 212-3 para combatir la trata de seres humanos, de 2014; Bélgica prohíbe el delito de trata en los artículos 433 quinquies a 433 novies del Código Penal; Bosnia y Herzegovina prohíbe la trata de seres humanos con fines de trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas en el artículo 186 del Código Penal; Bulgaria contempla el delito de trata de seres humanos con fines de trabajos forzados en el artículo 159a del Código Penal; Dinamarca castiga la trata con fines de trabajos forzados, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud en el artículo 262 de su Código Penal; el Código Penal de Eslovaquia tipifica el delito de trata con fines de esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y trabajos forzados en el artículo 179 del Código Penal; Finlandia castiga la trata de personas con finalidad de “trabajos forzados u otras circunstancias degradantes” en el artículo 3 del Capítulo 25 del Código Penal finlandés; Georgia castiga el delito de trata con fines de sometimiento a esclavitud o a esclavitud moderna en el artículo 143 de su Código Penal; Holanda tipifica el delito de trata con fines de sometimiento a trabajos o servicios forzados u obligatorios, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud en el artículo 273f del Código Penal; Irlanda, en la Ley de derecho penal (trata de seres humanos), aprobada el 7 de mayo de 2008, reformada por la Ley de derecho penal (trata de seres humanos) (enmienda) de 2013, tipifica en el artículo 1 la trata con fines de esclavitud o prácticas similares, servidumbre o trabajos forzados; en Letonia se tipifica el delito de trata con fines de sometimiento a esclavitud u otras formas análogas o servidumbre en el artículo 154-2 del Código Penal; el Código Penal de Malta castiga el delito de trata con fines de esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados en el artículo 248A de su Código Penal; Polonia tipifica el delito de trata con fines de esclavitud y servidumbre en el artículo 115 del Código Penal; el Código Penal de República Checa tipifica un delito de trata con fines de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados en el artículo 168 del Código Penal; Turquía contempla el delito de trata con fines de sometimiento a esclavitud y trabajos forzados en el artículo 80 del Código Penal; Ucrania castiga la trata con fines de trabajo forzoso, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud en el artículo 149 del Código Penal; Suecia tipifica en el artículo 1(a) del Capítulo 4 el delito de trata de seres humanos con fines de trabajos forzados.

civil.¹⁶⁰⁶

2.1 Alemania

En el Código Penal alemán (StGB), los delitos sobre trata de seres humanos, esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se encuentran en la Sección número 18 de la Parte Especial (“Delitos contra la libertad personal”).¹⁶⁰⁷

Mientras que el delito de trata se introdujo en el StGB en 2005 para adecuar la legislación alemana a la Decisión Marco 2002/629/JAI y al Protocolo de Palermo,¹⁶⁰⁸ los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados no se incluyeron hasta la reforma de 2016, con la Ley de mejora de la lucha contra la trata de seres humanos y de modificación de la Ley federal del registro penal central y del Libro VIII del Código Social (*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch*), que entró en vigor el 15 de octubre de 2016 y con la que Alemania transpuso la Directiva 2011/36/UE en la legislación nacional.¹⁶⁰⁹

Hasta entonces, tres artículos distintos contemplaban las diferentes vertientes del delito de trata: el artículo 232 StGB se refería a la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual, el artículo 233 StGB a la trata con fines de explotación laboral, y

¹⁶⁰⁶ Bélgica únicamente castiga la esclavitud como parte de una seria violación del derecho humanitario, es decir, en el contexto de un conflicto armado en artículo 136 del Código Penal; Luxemburgo no contempla un delito de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados fuera del marco de los delitos de lesa humanidad artículo 136ter; Malta castiga la esclavitud y esclavitud sexual como delitos de lesa humanidad en el artículo 54C del Código Penal; el Código Penal suizo tipifica el delito de sometimiento a esclavitud como crimen de lesa humanidad en el artículo 264a.

¹⁶⁰⁷ “Como bien jurídico protegido por este precepto se ha identificado, en general, la libertad personal de autodeterminación, disposición o aprovechamiento de la propia capacidad de trabajo”, Kühl, en su comentario al § 233 StGB en Lackner, K./Kühl, K., *StGB*, 27ª ed., 2011, marginal 1; Eisele, en su comentario al § 233 StGB en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 28ª ed., 2010, marginal 1; y también Sentencia del Tribunal Supremo alemán, 3ª Sala de lo penal, de 13 de enero de 2010 (procedimiento No. 507/09), fundamento jurídico II.2.a).bb).

¹⁶⁰⁸ Esquinas Valverde, P., “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código Penal Alemán”, en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 401 y ss. Villacampa Estiarte cita también otras razones, como la conveniencia de modificar los preceptos (anticuados) que relacionaban la trata exclusivamente con la prostitución, el objetivo de proteger a trabajadores inmigrantes de ser contratados en condiciones abusivas, o incluso para preservar la competitividad de los trabajadores alemanes frente al “dumping social”: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 309 y ss.; Ziegler, “The legal framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim protection emerging from Witness Protection?”, en *Immigration and Criminal Law in the European Union*, en Guild, E./Minderhoud, P., (ed.), 2006, p. 90; Böse, “Trafficking in human beings in Germany”, en *The evaluation of European Criminal Law. The example of the Framework decision on combating trafficking in human beings*, Weyenbergh, A./Santamaría, V. (eds.), Université de Bruxelles, 2009, p. 111.

¹⁶⁰⁹ De esta forma, se “garantiza que la definición del término trata de seres humanos se ajusta plenamente al artículo 4 del Convenio de Europa contra la Trata de Seres Humanos y que se presta la debida atención a los medios para cometer los delitos que contiene”: GRETA, Reply from Germany to the Questionnaire for the evaluation of the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the Parties, GRETA(2018), 5 de febrero de 2018: <https://rm.coe.int/greta-2018-3-rq2-deu/168078b19c> [último acceso: 25/01/2020].

el artículo 233a StGB a la conducta de favorecimiento de la trata de personas.¹⁶¹⁰ A pesar de esta nomenclatura, era la conducta de “favorecimiento de trata de personas”, del artículo 233a, la que se adecuaba más al concepto internacional de trata de seres humanos, mientras que las conductas de los artículos 232 y 233 (trata con fines de explotación sexual y laboral, respectivamente), incriminaban las conductas de explotación derivada de la trata.¹⁶¹¹

2.1.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se castiga en el apartado 2 del artículo 232b StGB “trabajo forzoso” (*Zwangsarbeit*):

- (1) Se impondrá una pena de prisión de seis meses a diez años a el que, aprovechándose de la situación de necesidad personal o económica de otra persona o de la situación de vulnerabilidad que implica encontrarse en un país extraño, o que tratándose de una persona menor de veintiún años,
 1. La someta o mantenga en un empleo de explotación (segunda frase del párrafo 1 del artículo 232),¹⁶¹²
 2. La someta a esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o circunstancias análogas.
 3. La someta o mantenga en una situación de mendicidad forzosa.

De esta manera, respecto al sometimiento a esclavitud, servidumbre por deudas o circunstancias análogas, en este artículo se prevén dos situaciones: la primera, que mediante el aprovechamiento de una situación de necesidad personal o económica, o de la situación de vulnerabilidad derivada de encontrarse en un país extraño –pese a que no se requiera la condición de extranjero de la víctima o el traspaso de fronteras¹⁶¹³–, se someta a una persona a esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o circunstancias análogas; y la segunda, que se someta a dicha situación a un menor de veintiún años, en cuyo caso no hace falta el aprovechamiento específico de las circunstancias mencionadas.

¹⁶¹⁰ Aunque como describe Villacampa, la incriminación de formas de trata en el Código Penal alemán no parte del año 2005, sino que previamente ya existían otros delitos que incriminaban formas de trata relacionadas exclusivamente con la explotación sexual: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 311 y ss; Esquinas Valverde, P., “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código Penal Alemán”, pie de página 3 de la p. 400; Mollema, N., “The Legal Framework to Combat Human Trafficking in Germany: A Critical Perspective”, *African Journal of Criminal Justice*, Vol. 27, No. 1, 2014, pp. 7 y ss.

¹⁶¹¹ Ver: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 314; Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 10, 2013, p. 333; Esquinas Valverde, P., “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código Penal Alemán”, p. 406; Mollema, N., “The Legal Framework to Combat Human Trafficking in Germany: A Critical Perspective”, p. 19

¹⁶¹² Esta frase alude al “empleo de explotación” (*Beschäftigung*) que, tal y como indica el primer párrafo del artículo 232(1) *in fine*, se refiere al empleo en el sentido de la frase 1, número 1, letra b), que se produce cuando el trabajo se impone mediante la búsqueda sin escrúpulos de ganancias y sin consideración hacia el bienestar del trabajador y en condiciones en notoria desproporción con respecto a las condiciones de trabajo de otros empleados que desarrollan una actividad equivalente o igual.

¹⁶¹³ Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, p. 333, pie de página 88.

Aunque este artículo se asemeje al derogado 233 StGB,¹⁶¹⁴ existen algunas diferencias, como que en la nueva redacción se especifica que la situación de necesidad puede ser personal o económica (*persönlichen oder wirtschaftlichen*),¹⁶¹⁵ y que en lugar del verbo típico de “introducir, conducir a, llevar a” (*dazu bringen*), el artículo 232b se refiere a “causar, determinar a” (*veranlassen*).

Al igual que la anterior redacción del artículo 233, se equiparan bajo una misma pena comportamientos de diversa importancia, como la acción de someter a una persona a una situación esclavitud o servidumbre y la sujeción al tipo de explotación descrita en el párrafo 1 del artículo 232. Por tanto, las críticas vertidas sobre esta redacción tan amplia pueden aplicarse también al nuevo artículo 232b.¹⁶¹⁶

En relación a los conceptos de “esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o circunstancias análogas”, no están definidos en el StGB, aunque el legislador alemán, en el proyecto de reforma que introdujo el artículo 233 StGB, definió la servidumbre por deudas como “una relación de dependencia en la que el acreedor explota durante años la capacidad de trabajo del deudor con la finalidad de saldar deudas reales o supuestas”.¹⁶¹⁷ Esto no se incluyó finalmente en la norma penal, por lo deberá acudir a los Convenios relevantes ratificados por Alemania, como el Convenio de 1926 y la Convención Suplementaria de 1956.¹⁶¹⁸ Según la doctrina alemana, en la modalidades delictivas de servidumbre o condiciones análogas, deberán subsumirse los supuestos donde el empleador ostente una facultad absoluta de disposición sobre el empleado, de tal modo que pueda recurrir a su capacidad de trabajo en todo momento y sin limitación alguna en cuanto a la forma o tiempo de duración, llegando incluso hasta la esfera personal y privada de la vida del empleado.¹⁶¹⁹

¹⁶¹⁴ El anterior artículo 233 StGB se castigaba a aquel que, aprovechando la situación de aprieto o de desamparo de una persona originada en este segundo caso por su estancia en un país extranjero, en conducir a una persona a una situación de esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o al ingreso o continuación en la realización del empleo para el autor o una tercera persona en unas condiciones de trabajo que entrañen una manifiesta desproporción en relación con aquellas aplicadas a otros trabajadores. Traducción en Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, pie de página 90, p. 333

¹⁶¹⁵ Según la doctrina alemana, la “situación de necesidad” puede definirse, como “un estado serio, grave, de aprieto u opresión personal o económica (no necesariamente de peligro vital) que disminuya sensiblemente la libertad de decisión del afectado sobre su medio de vida”. Además, tal necesidad no ha de existir siempre objetivamente, sino que basta para ello la experiencia *subjetiva* de la víctima. Ver pp. 418 y ss. donde cita a Eisele, en *Schönke/Schröder StGB.*, comentario al § 232 StGB, marginal 10; y a Kühl, en su comentario al § 232 StGB en *Lackner/Kühl StGB.*, marginal 5, apartado aa).

¹⁶¹⁶ Kühl, marginal 1; Eisele, marginal 9

¹⁶¹⁷ Por todos Kühl, K., marginal 4, apartado bb).

¹⁶¹⁸ Spitzer, A. L., *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer, 2017, p. 131; Kühl, K., marginal 3, apartado aa); Eydner, J. R., „Der neue StGB § 233 StGB-Ansätze zum Verständnis der Ausbeutung der Arbeitskraft“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 11.

¹⁶¹⁹ Eydner, J. R., „Der neue StGB § 233 StGB-Ansätze zum Verständnis der Ausbeutung der Arbeitskraft“, pp. 11 y 12, propone ésta como una de las notas esenciales de la servidumbre por deudas. También señala que “el más importante aspecto de la servidumbre y del que surge su similitud material con la institución de la esclavitud reside en el ataque que ambas contienen hacia la personalidad jurídica de la víctima, así como en la restricción efectiva que implican de sus derechos civiles fundamentales, materiales y procesales, lo que somete a la víctima a la total arbitrariedad del acreedor”. Citado en Esquinas Valverde, P., “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código Penal Alemán”, p. 411.

En cuanto a los trabajos forzados, aunque el artículo 232b StGB se refiera a ellos para denominar el delito (*Zwangsarbeit*), dicha denominación no vuelve a aparecer en el artículo, dando a entender que todas las conductas descritas –empleo de explotación, sometimiento a esclavitud, servidumbre o mendicidad forzada–, son modalidades del mismo. En definitiva, en el artículo no se castiga la conducta de trabajos forzados tal y como se describe en el Convenio No. 29 de la OIT,¹⁶²⁰ ni establece una gradación entre las distintas figuras enumeradas en el artículo, sino que contempla una serie de situaciones que, realizadas “aprovechándose de la situación de necesidad personal o económica de otra persona o de la situación de vulnerabilidad que implica encontrarse en un país extraño”, constituyen trabajo forzoso.¹⁶²¹

Para arrojar más luz al concepto de trabajo forzoso, resulta interesante diferenciarlo del de “explotación laboral” del artículo 233(1) StGB, que castiga con una pena de prisión de hasta tres años o multa aquel que “aprovechándose de la situación de necesidad personal o económica de otra persona o de la situación de vulnerabilidad que implica encontrarse en un país extraño, o que tratándose de una persona menor de veintiún años” –términos que coinciden con el artículo 232(1)–, explote: 1) a través del empleo de acuerdo con la segunda frase del apartado 1 del artículo 232¹⁶²²; 2) para el ejercicio de la mendicidad o 3) para la realización de actividades delictivas.

Como puede observarse, la principal diferencia en el caso de la primera conducta es que, mientras que el artículo 233 se refiere a “explotar”, el artículo 232b se refiere a “determinar, someter o mantener” a una persona a dicho empleo. Aunque el diferente tratamiento punitivo entre ambas conductas ha sido criticado por la doctrina,¹⁶²³ esta distinción concuerda con la esencia del concepto internacional de trabajo forzoso: la imposición de un trabajo o servicio, es decir, de una determinada *condición* de trabajador, en contra de su voluntad.¹⁶²⁴

2.1.2 Trata de seres humanos

El delito de trata se contempla en el §232 StGB, introducido en 2005 y reformado en

¹⁶²⁰ Artículo 2.1: “trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente

¹⁶²¹ Spitzer, A.L., *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, p. 261.

¹⁶²² Se produce cuando el trabajo se impone mediante la búsqueda sin escrúpulos de ganancias y sin consideración hacia el bienestar del trabajador y en condiciones en notoria desproporción con respecto a las condiciones de trabajo de otros empleados que desarrollan una actividad equivalente o igual.

¹⁶²³ Spitzer considera injustificada esta distinción y que debería darse el mismo tratamiento punitivo, en: *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, pp. 260 y ss.

¹⁶²⁴ Idea reflejada en: KOK, *zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates*, 17 de octubre de 2016, p. 10: https://www.kok-gegen-menschenhandel.de/fileadmin/user_upload/medien/Publikationen_KOK/KOK_Information_zum_Gesetz_zur_Umsetzung_der_EU-RiLi_gegen_MH_17_10_16.pdf, [último acceso: 25/01/2020].

2016 por última vez,¹⁶²⁵ y viene a sustituir al delito de “facilitación de la trata” del artículo 233a StGB.¹⁶²⁶

Este artículo contempla los tres elementos de la definición de trata internacionalmente establecida (acción, medios comisivos y propósito de explotación),¹⁶²⁷ incluyendo entre las finalidades de explotación el sometimiento a trabajos o servicios forzosos, la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud (artículo 232(1)2). Se indica expresamente que cuando la víctima sea menor de veintiún años no será necesario el empleo de los medios comisivos mencionados (primera frase del artículo 232(1) StGB).

¹⁶²⁵ §232 StGB (1) Toda persona que reclute, transporte, transmita, acoja o reciba a otra persona menor de 21 años de edad, o que se aproveche de su situación personal o económica o de su impotencia en relación con su estancia en un país extraño, será castigada con una pena de prisión de seis meses a cinco años si

1. esta persona debe ser explotada

(a) en el ejercicio de la prostitución o en la realización de actos sexuales sobre o delante del delincuente o de una tercera persona o en la aquiescencia de actos sexuales contra uno mismo por parte del delincuente o de una tercera persona,

b) por empleo,

c) en el ejercicio de la mendicidad, o

d) la comisión de actos sancionados con una pena,

2. esa persona debe ser mantenida en esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o en circunstancias análogas o similares a la esclavitud; o

3. a esa persona se le retira un órgano de manera ilegal.

La explotación mediante el empleo en el sentido de la frase 1, número 1, letra b), se considerará que existe si el empleo se lleva a cabo con el fin de obtener un beneficio implacable en condiciones de trabajo que sean manifiestamente desproporcionadas con respecto a las condiciones de trabajo de dichos empleados que se dedican la misma ocupación trabajo o a una ocupación comparable (empleo de explotación).

(2) Toda persona que explote a otra en la forma especificada en el apartado 1, frase 1, números 1 a 3, será castigada con una pena de prisión de entre seis meses y diez años,

1. si con violencia, mediante amenaza con un mal o engaño grave transporte, transmita, acomode o reciba por la fuerza, o

2. secuestre o apropie o ayudados en su apropiación por una tercera persona.

¹⁶²⁶ Incrimina la conducta de quien favorezca un delito de trata de personas de los contemplados en los §§ 232 o 233 bien reclutando, transportando, transmitiendo, alojando o acogiendo a una persona, con lo que estas conductas deben encaminarse a la realización de un concreto supuesto de explotación de los contemplados en los referidos preceptos. Como señalaba Villacampa Estiarte, Alemania constituía un caso paradigmático o singular porque situaba en lugar preferente la incriminación de la misma explotación laboral o sexual, bajo la denominación de trata o comercio con humanos –*Menschenhandel*–, dejando relegados a un segundo término, como incriminación anticipada de conductas que conducen a la explotación, lo que son auténticos supuestos de trata de personas. En definitiva, el ordenamiento alemán refleja una aproximación en dos niveles a la regulación de la trata, en que el primer nivel viene representado por las conductas más graves, las de explotación sexual o laboral –§§ 232 y 233– y el segundo nivel por las conductas menos graves, las de promoción de la trata de personas –§ 233a StGB–, que cubren actos preparatorios o auxiliares a aquéllas, pero que son las que efectivamente corresponden con el concepto internacional de la trata, siendo que las conductas de explotación se sancionan con penas de 6 meses a 10 años de prisión –tipo básico–, mientras las consistentes en el favorecimiento de la trata tienen una penalidad inferior –de 3 meses a 5 años de prisión el tipo básico del delito. Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, pp. 333-334

¹⁶²⁷ Entre los medios comisivos del tipo básico (párrafo 1) se encuentra el aprovechamiento de una situación personal o económica o de su vulnerabilidad derivada de su estancia en un país extraño –que se corresponde con el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad”–, mientras que el párrafo 2 contempla el empleo de violencia, engaño, amenaza de uso de fuerza, etc., como agravantes. Ver también: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Germany*, GRETA(2019)07, 22 de marzo de 2019, párr. 221 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2019-07-fgr-deu-en/1680950011> [último acceso: 25/01/2020]

2.2 Andorra

En el Código Penal de Andorra, el delito de esclavitud y servidumbre se recoge en el artículo 134,¹⁶²⁸ situado en el Capítulo I (“Delitos contra la libertad de movimiento de las personas”) del Título IV (“Delitos contra la libertad”), donde se encuentra también el delito de trata de personas con fines de esclavitud o servidumbre (artículo 134*bis*).¹⁶²⁹ El delito de trata de personas con fines de extracción de órganos (artículo 121*bis*), por otro lado, se sitúa en el Capítulo III (“Otros delitos contra la salud e integridad humanas”) del Título III (“Delitos contra la integridad física y moral”); y el de trata con fines de explotación sexual (artículo 157*bis*), está en el Capítulo IV (“Delitos relativos a la pornografía y los comportamientos de provocación sexual”) del Título VII (“Delitos contra la libertad sexual”).

2.2.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 134 regula los delitos de esclavitud y servidumbre de la siguiente forma:

1. Quien someta a una persona a esclavitud o servidumbre debe ser castigado con pena de prisión de cuatro a doce años. La pena se impondrá en su mitad superior cuando la víctima sea menor de edad. [...]
2. Se entiende por “esclavitud o servidumbre” la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o donarla.

De esta manera, el derecho penal andorrano incorpora la definición de esclavitud de la Convención de 1926, destacando que puede tratarse de una situación fáctica y no exclusivamente jurídica, cuando aclara que puede ejercerse “incluso de hecho”. Además, también provee de algunos ejemplos de atributos de derecho de la propiedad: compraventa, cesión y donación.

En relación al concepto de servidumbre, aunque se incorporase al artículo a partir de 2014, esto no conllevó ningún cambio en la pena o en definición del artículo 134: el marco punitivo continuó siendo de cuatro a doce años, y la única diferencia en la definición es que el verbo “donarla” (*faire donation*) sustituyó a “ofrecerla a cambio” (*l’offrir en échange*), lo que no cambiaba la esencia de la definición.¹⁶³⁰ En definitiva, en el artículo

¹⁶²⁸ Hasta 2014, se castigaba únicamente el delito de esclavitud (*esclavatge*) en el artículo 134 del Código Penal andorrano. No obstante, la Ley 40/2014 de reforma del Código Penal añade el concepto de servidumbre (*servitud*) al artículo 134, e introduce algunos cambios en relación con el delito de trata. Ver: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Andorra*, GRETA (2014) 16, 18 de septiembre de 2014, p.8: <https://rm.coe.int/Co-ERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680630c61> [último acceso: 25/02/2020].

¹⁶²⁹ Introducido también en 2014, en sustitución del delito de “trata de personas para la explotación” del artículo 252 del Código Penal. *Ibid.*

¹⁶³⁰ La redacción con anterioridad a la reforma se refería a “la situación de la persona sobre la que otra persona ejerce, incluso de facto, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla u ofrecerla a cambio”. Ver el siguiente documento del Estado de Andorra al Consejo de Europa (online), p. 4: <https://rm.coe.int/16806f210b> [último acceso: 25/01/2020].

134 no se ofrecen los criterios para distinguir entre la esclavitud y la servidumbre, ni se establece ningún tipo de gradación entre las conductas.

2.2.2 Trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos se regula en tres artículos distintos (artículos 121*bis*, 134*bis* y 157*bis*), en función de la finalidad de explotación que se pretenda obtener: fines de extracción de órganos,¹⁶³¹ fin de sometimiento a esclavitud o servidumbre,¹⁶³² o fin de explotación sexual.¹⁶³³ Esta regulación sigue la estructura establecida en la normativa internacional de acción, medios comisivos y finalidad de explotación,¹⁶³⁴ y en concreto, es el artículo 134*bis*.1 el que contempla los fines de

¹⁶³¹ Artículo 121*bis*: 1. El que, con fines de extracción de órganos, reclute, transporte, traslade, aloje o acoja una o más personas, será castigado con pena de prisión de dos a seis años, sin perjuicio, en su caso, de las penas que correspondan por las otras infracciones cometidas, cuando se emplee al menos uno de los siguientes medios:

- a) Que se recurra a la violencia u otras formas de intimidación o coacción, o bajo la amenaza de hacerlo.
- b) Que haya fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad.
- c) Que se propongan o acepten pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que ejerza autoridad, de hecho o de derecho, sobre otra persona.

2. Cuando no se emplee ninguno de los medios mencionados en el apartado anterior, tiene la consideración de tráfico de seres humanos con fines de extracción de órganos la comisión de la acción que se describe, si se realiza sobre un menor de edad, sin perjuicio, en su caso, de las penas que correspondan por las otras infracciones cometidas.

¹⁶³² Artículo 134. 1 CP: El que, con fines de esclavitud o servidumbre, reclute, transporte, traslade, aloje o acoja una o más personas, será castigado con pena de prisión de dos a seis años, sin perjuicio, en su caso, de las penas que

correspondan por las demás infracciones cometidas, cuando se emplee al menos uno de los siguientes medios:

- a) Que se recurra a la violencia u otras formas de intimidación o coacción, o bajo la amenaza de hacerlo
- b) Que haya fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad.
- c) Que se propongan o acepten pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que ejerza autoridad, de hecho o de derecho, sobre otra.

2. Cuando no se emplee ninguno de los medios mencionados en el apartado anterior, tiene la consideración de tráfico de seres humanos con fines de esclavitud o servidumbre la comisión de la acción que se describe, si se realiza sobre un menor de edad, sin perjuicio, en su caso, de las penas que correspondan por las otras infracciones cometidas.

¹⁶³³ 1. El que, con fines de prostitución ajena o de otros delitos contra la libertad sexual, reclute, transporte, traslade, aloje o acoja una o más personas, será castigado con pena de prisión de dos a seis años, sin perjuicio, en su caso, de las penas que correspondan por las otras infracciones cometidas, cuando se emplee al menos a uno de los siguientes medios:

- a) Que se recurra a la violencia u otras formas de intimidación o coacción, o bajo la amenaza de hacerlo.
- b) Que haya fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad.
- c) Que se propongan o acepten pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que ejerza autoridad, de hecho o de derecho, sobre otra.

La tentativa es punible.

2. Cuando no se emplee ninguno de los medios mencionados en el apartado anterior, tiene la consideración de tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual la comisión de la acción que se describe, si se realice sobre un menor de edad, sin perjuicio, en su caso, de las penas que correspondan por las otras infracciones cometidas.

La tentativa es punible

¹⁶³⁴ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Andorra. 2nd Evaluation Round*, GRETA(2019)10, 3 de julio de 2019, párr. 111 y 112: <https://rm.coe.int/report-concerning-the-implementation-of-the-council-of-europe-convention/168095a593> [último acceso: 25/01/2020].

esclavitud y servidumbre.

Además, tal y como se prescribe en el artículo 4 c) del Convenio de Varsovia, no es necesario el empleo de los medios comisivos descritos para que se considere trata de personas cuando la víctima es menor de edad (segundo apartado de los artículos 121*bis*, 134*bis* y 157*bis*).

2.3 Austria

El Código Penal austriaco castiga la esclavitud y el comercio de esclavos (*Sklaverei*) en el artículo 104 StGB, y la trata de seres humanos (*Menschenhandel*) en el artículo 104a. Tanto el delito de trata como el de esclavitud y comercio de esclavos se enmarcan en la Sección 2 (“Delitos contra la libertad”) de la Parte Especial del Código Penal austriaco.

2.3.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El Código Penal castiga la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de esclavos en el artículo 104, introducido en 1975 y reformado en 2009 por última vez:

- 1) El que trafique con esclavos o prive a otra persona de su libertad personal en forma de esclavitud o en una situación análoga a la esclavitud será castigado con una pena de prisión de entre diez y veinte años.
- 2) De la misma manera será castigada toda persona que haga que otra persona sea esclavizada o sometida a una situación análoga a la esclavitud, o que haga que otra persona entre en la esclavitud o en una situación análoga a la esclavitud.

De esta forma, el apartado 2) castiga a todo aquel que consiga (*bewirken, werden*) que otra persona sea esclavizada o sometida a situación análoga, sin diferenciar entre ambas conductas y sin definir qué elementos deben concurrir para que pueda considerarse que la víctima ha adquirido tal condición. Este artículo es el que se aplica cuando el traslado objeto de la trata culmina en explotación, puesto que tal y como indican las autoridades austriacas en el informe de 2015 a GRETA, “si se produce uno de los ‘graves’ casos de esclavitud o prácticas similares a esclavitud (como por ejemplo, servidumbre por deudas o servidumbre), entonces se aplica el artículo 104 del Código Penal y no del artículo 104a [sobre trata], que era la intención del legislador de acuerdo a los *travaux préparatoires* del Código Penal”.¹⁶³⁵

Por otro lado, el apartado 1) contempla la prohibición de traficar con esclavos, que se diferencia de la trata de seres humanos en que en este caso, la persona con la que se trafica ya ha adquirido la condición de esclavo o situación análoga.

¹⁶³⁵ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Austria, 2nd Evaluation Round*, GRETA(2015)19, 12 de octubre de 2015, párr. 162: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680630cb4> [último acceso: 25/01/2020].

2.3.2 Trata de seres humanos

El artículo 104a del Código Penal, introducido en 2004 y reformado por última vez en 2013,¹⁶³⁶ castiga el delito de trata de seres humanos siguiendo la estructura de acción medios, y finalidad de explotación, entre las que contempla la “explotación laboral”.¹⁶³⁷ Si la víctima es menor de 14 años, no se exige el empleo de los medios coactivos, fraudulentos o abusivos, y también se incrementa la pena de uno a diez años (apartado 5 del artículo 104a StGB).

El ordenamiento austriaco no considera la trata de seres humanos como una forma de adelantamiento de la barrera de protección penal respecto de una situación de efectiva explotación,¹⁶³⁸ pero la sanción que corresponde a las conductas de sometimiento a esclavitud o situaciones análogas y tráfico de esclavos es superior –10 a 20 años– que la que se prevé para el delito de trata del artículo 104a –de 6 meses a 5 años de prisión en el tipo básico–.

2.4 Azerbaiyán

En el Código Penal de Azerbaiyán se regula el delito de esclavitud en el artículo 106, dentro del Capítulo 16 (“Delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”) de la Sección VII (“Delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”). Por otro lado, el artículo 144 castiga la trata de seres humanos (144-1) y el sometimiento a trabajos forzosos (144-2). Estos delitos se sitúan en el Capítulo 19 (“Delitos contra la libertad y la dignidad del individuo”) de la Sección VIII (“Delitos contra el individuo”).¹⁶³⁹

¹⁶³⁶ La Ley de 2004 venía a complementar el artículo 217 del Código Penal de “trata de seres humanos”, que pasó a denominarse “comercio transfronterizo de prostitución”, y que continúa aún en vigor. Posteriormente, la modificación de 2013 mediante la Ley No. 134/2013 se realizó para transponer la Directiva 2011/36/UE sobre trata y recoge un mayor número de conductas de explotación (incluyendo la mendicidad y la realización de actividades criminales), y un incremento de las penas: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/member-states/austria-2-institutional-and-legal-framework_en. [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶³⁷ Artículo 104a: 1) Toda persona que reclute, albergue, reciba, transporte, ofrezca o se traslade de otro modo a otra persona utilizando medios deshonestos (párrafo 2) con la intención deliberada de explotación de la persona (párrafo 3), se castigará con una pena de prisión de un mínimo de seis meses hasta cinco años. (2) Los medios deshonestos son el uso de la fuerza o amenazas severas, el engaño sobre los hechos, el abuso de la autoridad, una situación de vulnerabilidad, demencia o indefensión, intimidación y la recepción o concesión de pagos por la cesión del control de la persona.

(3) La explotación incluye la explotación sexual, la explotación a través del trasplante de órganos, la explotación laboral y la explotación sexual, la explotación de la mendicidad y la explotación para cometer actividades delictivas.

4) La persona que cometa el delito en el contexto de una asociación delictiva, con arreglo a la uso de violencia grave o de tal manera que la vida de la persona se vea gravemente amenazada deliberadamente o por negligencia grave o de forma que se cause un daño especialmente grave a la persona, será castigada con una pena de prisión de un año como mínimo y hasta diez años.

(5) Con una pena de prisión de un año como mínimo y hasta diez años de duración, también se castigará una persona que recluta, alberga o recibe de otra manera, transporta u ofrece o se traslada a a otra persona menor de 28 años con la intención deliberada de explotarla”.

¹⁶³⁸ Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, p. 334.

¹⁶³⁹ Ver: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Azerbaijan, 2nd Evaluation Round*, GRETA(2018)17, 23 de

2.4.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

El delito de esclavitud, que fue introducido en el Código Penal en 1999, se encuentra regulado en el artículo 106 de la siguiente forma:

- 1) La esclavitud -la posesión parcial o total de los derechos de una persona asimilada a un bien- será castigada con una pena de prisión de cinco a diez años.
- 2) Si el autor de los hechos descritos anteriormente es un niño o se ha hecho con fines de trata, será castigado con una pena de prisión de 7 a 10 años.
- 3) La trata de esclavos, es decir, la esclavitud o el trato análogo al de un esclavo, la tenencia de esclavos con miras a su venta o intercambio, la eliminación de un esclavo, cualquier acto relacionado con la trata o el tráfico de esclavos, así como la esclavitud sexual o la privación de libertad sexual por medio de la esclavitud, serán castigados con una pena de prisión de cinco a diez años.¹⁶⁴⁰

De esta manera, se define en primer lugar la condición de esclavo –la posesión total o parcial de derechos sobre una persona que es tratada como un bien–, y en segundo lugar, se indican las acciones específicas que se penalizan en relación a la esclavitud, como la tenencia para la venta o la disposición de la vida de un esclavo.¹⁶⁴¹ Esta definición se asemeja a la contenida en la Convención de 1926, aunque a diferencia de la misma –que se refiere al ejercicio de los *atributos* del derecho de propiedad–, el Código Penal azerí menciona “la posesión total o parcial *de derechos* sobre una persona”, por lo que parece que se refiere a una esclavitud de *iure*.

Por otro lado, el delito de sometimiento a trabajos forzosos también está contemplado de manera independiente en el artículo 114-2.1, introducido en 2013:¹⁶⁴²

Obligar a una persona a realizar cualquier trabajo (o servicio) amenazándola, recurriendo a la fuerza o a la amenaza de utilizar la fuerza contra ella, o restringiendo la libertad de una persona, salvo en los casos específicos previstos por la ley.

Esta definición contiene los elementos fundamentales del Convenio No. 29 de la OIT sobre trabajo forzoso: involuntariedad –“obligar a una persona”–, y amenaza de una pena cualquiera. En este caso se especifican los medios comisivos que invalidan el consentimiento: amenaza, uso de la fuerza o amenaza de uso de la fuerza, o restricción de libertad.

2.4.2 Trata de seres humanos

El delito de trata se encuentra regulado en el artículo 144-1.1 del Código Penal,

noviembre de 2018, párr. 152 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2018-17-fgr-aze-en/16808f11a5> [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶⁴⁰ Artículo 106 del Código Penal, tal y como se traduce en: UNODC, *Ley Modelo contra la trata de personas*, p. 23.

¹⁶⁴¹ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 348

¹⁶⁴² GRETA(2018)17, párr. 152 y ss.

incorporado en 2005 y reformado en 2013.¹⁶⁴³ Este artículo se adapta a los estándares internacionales sobre a la definición de trata,¹⁶⁴⁴ y entre las finalidades de explotación contempla la imposición de trabajos o servicios forzosos, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud.

El artículo 144-1.2 establece como una circunstancia agravante que el delito se cometa contra un menor, pero no elimina la necesidad de demostrar el empleo de los medios comisivos de la trata en dichos casos.¹⁶⁴⁵

2.5 Chipre

En Chipre, el marco normativo para combatir la trata de personas y formas de explotación relacionadas es la Ley 60(I)/2014 de prevención y lucha contra la trata y la explotación de personas y de protección de las víctimas. Esta norma prohíbe tanto el sometimiento a esclavitud, prácticas similares y trabajos forzosos en el artículo 8, como la trata de seres humanos en el artículo 2.

2.5.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

En la Ley 60(I)/2014, la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos se contempla en el artículo 8 de la “explotación de personas en el trabajo”:

Quien comercializa con una persona con el fin de explotar su trabajo o servicios, la somete a trabajos o servicios forzados, a cualquier forma de esclavitud o práctica similar o de subordinación en su nombre o el de otra persona, o cuando en el trabajo realizado existe una clara diferencia con las condiciones de trabajo de otra persona que realiza el mismo trabajo o similar, a través de:

- (a) amenazas, y/o
- (b) uso de la fuerza u otras formas de coerción, y/o
- (c) secuestro, y/o
- (d) engaño o fraude o engaño, y/o
- (e) abuso de autoridad, o de posición vulnerable, y/o
- (f) proporcionar o recibir pagos o beneficios para asegurar el consentimiento de la persona que ejerce el control sobre otra persona, y/o
- (g) una deuda falsa,

¹⁶⁴³ Artículo 114-1: La captación, obtención, conservación, acogida, transporte, entrega o recepción de una persona mediante amenazas o el uso de la fuerza, intimidación u otros medios de coacción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder[influencia] o una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios, privilegios o concesiones para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación". La explotación se define como: "trabajo forzado (servicios), explotación sexual, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud y dependencia resultantes de tales prácticas, extracción ilegal de órganos y tejidos humanos, experimentos/investigaciones biomédicas ilegales sobre una persona, utilización de una mujer como madre sustituta, participación en actividades ilegales así como en actividades delictivas En: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Azerbaijan. First Evaluation Round*, GRETA(2014)9, 23 de mayo de 2014, párr. 15 y 174: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680630ceb> [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶⁴⁴ GRETA(2018)17, párr. 152 y ss.

¹⁶⁴⁵ Ibid., párr. 153

será culpable de un delito grave y, si es declarado culpable, será encarcelado por no más de seis años y, si la persona afectada es un menor, la prisión no será superior a 10 años.

A pesar del amplio rango de conductas contempladas y de que hace referencia expresa a los “trabajos o servicios forzados”, “esclavitud” o “práctica similar”, la ley no define ninguna de ellas ni establece una distinción o gradación entre las mismas. El elemento común, no obstante, es la idea de subordinación –expresamente enunciada– y de control, puesto de manifiesto en la enumeración de medios comisivos exigidos cuando se imponen condiciones de trabajo abusivas.

2.5.2 Trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos se castiga en el artículo 2 de la mencionada Ley, de una manera muy similar a como se define internacionalmente.¹⁶⁴⁶ Entre las finalidades de explotación se incluye la explotación laboral u otros servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la mendicidad, la venta forzosa, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, y la servidumbre. La Ley chipriota no incluye ninguna referencia sobre la no necesidad de empleo de ciertos medios comisivos cuando la víctima sea menor.¹⁶⁴⁷

2.6 Croacia

El Código Penal croata castiga de manera separada los delitos de esclavitud (artículo 105) y el de trata de seres humanos (artículo 106), ambos situados en el Título IX (“Delitos contra la humanidad y la dignidad humana”). Antes de la reforma del Código Penal en 2011, no obstante, ambos delitos se tipificaban conjuntamente en el artículo 175.¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴⁶ Artículo 2: “el reclutamiento, la contratación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción o el alojamiento de personas, incluidos los intercambios o la transferencia del control o del poder sobre esa persona, mediante amenazas o uso de la fuerza u otras formas de violencia la coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o prestaciones o subsidios para obtener el consentimiento de una persona que tenga control sobre otra persona con fines de explotación”. La explotación se define como “la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía, la explotación laboral u otros servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la mendicidad, la venta forzosa, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de actividades delictivas, la explotación de una persona para llevar a cabo una adopción y la explotación de una persona con fines de extracción, venta y tráfico de órganos humanos u otras sustancias biológicas, tejidos y fetos”. Ver GRETA(2015)20, para 126 y 127

¹⁶⁴⁷ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Cyprus. 2nd Evaluation Round*, GRETA(2015)20, 6 de noviembre de 2015, párr. 125 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2015-20-fgr-cyp-w-cmts-en/168078e556> [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶⁴⁸ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Croatia. First Evaluation Round*, GRETA(2011)20, de 30 de noviembre de 2011, párr. 35: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680630e7a> [último acceso: 25/01/2020], y de la segunda vuelta: GRETA(2015)33, párr. 16: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680630e7c> [último acceso: 25/01/2020].

2.6.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 105 del Código Penal, introducido en 2011,¹⁶⁴⁹ contempla la prohibición de esclavitud y tráfico de esclavos en los siguientes términos:

- 1) Toda persona que, en violación de las normas del Derecho internacional, sitúe a otra en situación de esclavitud, o similar, o la mantenga en esa situación, o la compre, venda, o entregue a otra persona o intervenga en la compra, venta o entrega de esa persona, o incite a otra a vender su libertad o la libertad de la persona a la que provee o cuida, será castigada con una pena de prisión de uno a diez años.
- 2) El que transporte a personas que se encuentren en situación de esclavitud o en una situación similar será castigado con una pena de prisión de seis meses a cinco años.

Así, en el párrafo 1) se prohíbe la esclavitud o “situaciones similares”, y se castiga con una pena de uno a diez años de prisión. Aunque no se definan, el artículo alude a que se trata de una “violación de las normas del derecho internacional”, lo que apunta a la Convención de 1926 sobre Esclavitud y la Convención Suplementaria de 1956, ratificadas por Croacia.¹⁶⁵⁰ Además, esta idea es reforzada con la segunda parte del artículo, que se refiere a la participación del sujeto activo en la compra, venta o entrega de la persona, que son atributos del derecho de propiedad. No obstante, en este artículo no se fijan los criterios para distinguir la esclavitud de sus prácticas similares.

El segundo párrafo castiga el tráfico o transporte de personas en situación de esclavitud o en una situación similar. A diferencia de la trata de personas, en este caso el transporte se produce cuando las personas ya han adquirido dicha condición.

2.6.2 Trata de seres humanos

La definición de trata de seres humanos, contemplada en el artículo 106 del Código Penal,¹⁶⁵¹ sigue los estándares de la definición internacionalmente definida de trata de personas.¹⁶⁵² Entre las finalidades de explotación contempla el sometimiento a esclavitud

¹⁶⁴⁹ A partir de 2011 este delito se tipifica de manera individual, puesto que previamente se castigaba en el mismo precepto que la trata de personas, en el artículo 175 del Código penal. Tal y como queda reflejado en el informe GRETA de 2015, las autoridades croatas informaron que esto había contribuido a facilitar la aplicación de esta disposición por parte de la policía y los fiscales. Ver GRETA(2011)20, párr. 11 y GRETA(2015)33, párr. 144

¹⁶⁵⁰ Croacia ratificó el 12 de octubre de 1992 ambas Convenciones. Ver estado de ratificaciones: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-3&chapter=18&clang=en#10 (1926); https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&clang=en (1956)

¹⁶⁵¹ Introducido en 2011, puesto que anteriormente se castigaban conjuntamente la trata de personas y la esclavitud en el artículo 175: GRETA(2015)33, párr. 16

¹⁶⁵² GRETA(2015)33, párr. 143 y ss.: artículo 106. 1) Toda persona que, mediante el uso de la fuerza o la amenaza, el engaño, el fraude, el secuestro, el abuso de poder o de una posición difícil o una relación de dependencia, conceda o reciba una compensación monetaria u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga el control de otra, o reclute, transporte, traslade, acoja o reciba de otro modo a una persona, intercambie o traslade o supervise a una persona en aras de la explotación de su trabajo, como trabajo forzoso o servidumbre, mediante el establecimiento de la esclavitud o de una relación similar, o para su explotación con fines de prostitución u otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía, o para la celebración de matrimonios ilícitos, prohibidos o forzados, o para la extracción de partes de su

o relación similar, trabajos forzados o servidumbre. Además, el párrafo 2 del artículo 106 dispone expresamente que no será necesario el empleo de los medios comisivos cuando la víctima sea menor de edad.

2.7 Eslovenia

El Código Penal esloveno castiga el sometimiento a esclavitud en el artículo 112 y la trata de personas en el artículo 113, ambos en el marco del Capítulo 14 (“Delitos contra la humanidad”) de la Parte Especial.

2.7.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 112, reformado en 2008 y titulado “sometimiento a esclavitud”, castiga también el sometimiento a condiciones análogas:

Toda persona que, en violación del Derecho internacional, someta a otra persona a esclavitud o a una condición análoga, o mantenga a otra persona en esa condición, o compre, venda o entregue a otra persona a un tercero, o negocie la compra, venta o entrega de esa persona, o incite a otra persona a vender su libertad o la libertad de la persona a la que apoya o cuida, será castigada con una pena de prisión de uno a diez años.

En este artículo se prohíben dos conductas: la primera consiste en someter o mantener a una persona a esclavitud o a una condición análoga “en violación del derecho internacional”, y la segunda consiste en participar en algún acto que suponga transaccionar con la libertad de una persona. Aunque no se defina el término de “esclavitud” se refiere a que debe ser en “violación de las normas del derecho internacional”, lo que nuevamente apunta a la Convención de 1926 sobre Esclavitud y la Convención Suplementaria de 1956.¹⁶⁵³ Además, esta idea se apuntala con la segunda parte del artículo, que se refiere al ejercicio de ciertos atributos del derecho de propiedad.

2.7.2 Trata de seres humanos

Eslovenia criminaliza la trata de seres humanos en el artículo 113 del Código Penal, reformado por última vez en 2015.¹⁶⁵⁴

cuerpo, o para su utilización en conflictos armados o para la comisión de actos ilícitos, serán castigados con una pena de prisión de entre uno y diez años. 2) La sanción prevista en el párrafo 1 del presente artículo se impondrá a todo aquel que reclute, transporte, traslade, acoja o reciba a un niño, o intercambie o traslade la supervisión de un para explotar su trabajo mediante el trabajo forzoso o la servidumbre, mediante el establecimiento de la esclavitud, o relación similar, o para su explotación con fines de prostitución u otras formas de explotación sexual. la explotación, incluida la pornografía, o para contraer matrimonios ilícitos o forzados, o con fines ilícitos. adopción o con el propósito de tomar partes de su cuerpo, o para su uso en conflictos armados. Este marco normativo ha sido declarado adecuado por el TEDH en la sentencia *SM c. Croacia*. Ibid., párr. 16.

¹⁶⁵³ Eslovenia ha ratificado únicamente la Convención Suplementaria de 1956.

¹⁶⁵⁴ Artículo 113. 1) Toda persona que, con fines de explotación de la prostitución u otras formas de abuso sexual, trabajo forzoso, esclavitud, servidumbre, comisión de delitos o tráfico de órganos humanos, tejidos humanos o sangre, compre, adquiera, acomode, transporte, venda, entregue o utilice de cualquier otro modo a otra persona, o reclute, intercambie o transfiera el control de esa persona, o actúe como agente en esos

El tipo básico no establece una estructura de acción, medios y finalidad de explotación, sino que construye el delito como una o varias acciones cometidas con un propósito de explotación. En otras palabras, la utilización de determinados medios comisivos no es un elemento básico de la conducta de trata, sino que actúa únicamente como agravante. Entre las finalidades de explotación se encuentra el sometimiento a trabajo forzoso, esclavitud o servidumbre. Por último, la trata de menores de dieciocho años constituye una circunstancia agravante en el artículo 113(2) del Código Penal.¹⁶⁵⁵

2.8 Francia

El Código Penal francés contempla los delitos de esclavitud (artículos 224-1 A y B), reducción a una situación de servidumbre (artículo 225-14-2), trabajos forzados (artículo 225-14-1) y trata de personas (artículo 225-4-1).

Sistemáticamente, sitúa el delito de trata en la Sección 1 bis (“De la trata de seres humanos”) y los delitos de reducción a una situación de servidumbre y trabajos forzados en la Sección 3 (“De las condiciones de trabajo y vivienda contrarias a la dignidad de la persona, de trabajo forzoso y de reducción a esclavitud”). Todos se ubican en el Capítulo V (“De los atentados a la dignidad de la persona”), salvo el delito de esclavitud que, por el contrario, se encuentra en la Sección 1 (“De la reducción a esclavitud y la explotación de las personas reducidas a esclavitud”) del Capítulo VI, (“De los atentados a la libertad de la persona”).

2.8.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

Los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados no se introdujeron en el Código Penal hasta 2013,¹⁶⁵⁶ mediante la Ley No. 2013-711 de 5 de Agosto de 2013, por la que Francia adecuó su ordenamiento a la Directiva 2011/36/UE sobre trata y a otros compromisos internacionales.¹⁶⁵⁷

actos, con independencia del consentimiento de la persona, será castigada con una pena de prisión de uno a diez años y una multa. 2) Si el delito mencionado en el párrafo anterior se comete contra un niño o por la fuerza, amenaza, engaño, secuestro o abuso de una posición subordinada o dependiente, o mediante la concesión o recepción de pagos o beneficios con el fin de obtener el consentimiento de una persona que tenga el control de otra persona, o con fines de embarazo forzado o inseminación artificial, el autor será castigado con una pena de prisión de tres a 15 años.

¹⁶⁵⁵ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Slovenia. 2nd Evaluation Round*, GRETA(2017)38, 15 de febrero de 2018, párr. 145 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2017-38-fgr-svn-en/168078919e> [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶⁵⁶ Razón por la que el TEDH consideró que Francia no cumplía con las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 CEDH en *Siliadin* y en *CN y V c. Francia*.

¹⁶⁵⁷ Así lo indica el propio título de la Ley: “Ley n° 2013-711 del 5 de agosto de 2013 que contiene varias disposiciones de adaptación en el campo de la justicia en aplicación de la ley de la Unión Europea y los compromisos internacionales de Francia”. *Journal Officiel de la République Française* [J.O.] [Boletín Oficial de Francia], 6 de agosto, 2013, p. 13338. Sobre el proceso de adopción de esta ley, ver, por todos: Pluen, O., “Le crime de réduction en esclavage Ou l’incrimination du ‘Coeur de l’esclavage moderne’ en droit pénal interne par la loi du 5 aout 2013”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Vol. 1, No. 29, 2015, pp. 29-48. La adecuación de la ley a los criterios del TEDH ha sido una afirmación casi unánime. Ver, entre otros: Le Coz, No. “La repression des atteintes aux personnes dans la loi no 2013-711 du 5 aout 2013”, *AJ Penal*, 2013, pp. 512 y ss.

El legislador francés dedica una nueva sección del Código Penal a la esclavitud y la explotación de las personas que han sido esclavizadas. El artículo 224-1 A define y castiga la conducta de sometimiento a esclavitud en los siguientes términos:

La esclavitud es el acto de ejercer uno de los atributos de los derechos de propiedad sobre una persona.

La esclavitud de una persona se castiga con 20 años de prisión.¹⁶⁵⁸

A continuación, en el artículo 224-1 B se castiga el acto de explotar a una persona esclavizada:

La explotación de una persona reducida a la esclavitud es el acto de cometer una agresión sexual contra una persona cuya esclavitud sea evidente o conocida por el autor, de secuestrarla u obligarla a realizar trabajos o servicios forzados.

La explotación de una persona reducida a la esclavitud se castiga con 20 años de prisión penal.¹⁶⁵⁹

Así, en la definición de esclavitud el legislador francés se ciñe casi completamente a la Convención de 1926 aunque, en lugar de referirse a “los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”, indica que es suficiente con ejercer uno de ellos.¹⁶⁶⁰ También es relevante la división de los actos relacionados con la esclavitud en dos delitos, uno de sometimiento a una determinada condición y otro de aprovechamiento de dicha condición en el plano sexual o laboral. Olivier Pluen explica eficazmente que mediante la distinta criminalización de la explotación de una persona reducida a esclavitud:

[...] la noción de reducción a la esclavitud ha sido así llevada a su esencia [...], mientras que la explotación de un esclavo ha recibido su propia definición y castigo. Una de las consecuencias de esta diferenciación, [...], es que la esclavitud se denomina en adelante “condición”, independientemente de cualquier otra actividad a la que la persona afectada se vea sometida involuntariamente.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁸ *La réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété. La réduction en esclavage d'une personne est punie de vingt années de réclusion criminelle.*

¹⁶⁵⁹ *L'exploitation d'une personne réduite en esclavage est le fait de commettre à l'encontre d'une personne dont la réduction en esclavage est apparente ou connue de l'auteur une agression sexuelle, de la séquestrer ou de la soumettre à du travail forcé ou du service forcé. L'exploitation d'une personne réduite en esclavage est punie de vingt années de réclusion criminelle*

¹⁶⁶⁰ Esta redacción ha generado críticas por parte de la doctrina. Como refleja Bourgeois de una manera concisa, de esta forma “[se] acentúa la suficiencia de un solo incidente de propiedad para enjuiciar y condenar a un delincuente por haber reducido a un individuo a la esclavitud. Ver: Bourgeois, B., “Statutory Progress and Obstacles to Achieving an Effective Criminal Legislation against the Modern-Day Forms of Slavery: The Case of France”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38, 2017, pp. 489 y ss.

¹⁶⁶¹ Pluen, O., “Le crime de réduction en esclavage Ou l'incrimination du ‘Coeur de l'esclavage moderne’ en droit pénal interne par la loi du 5 aout 2013”, p. 41. Bourgeois realiza una importante observación al respecto, como que “el legislador adopta una redacción que va en contra del objetivo declarado del estatuto, que es reducir el delito de esclavitud a lo que se percibe como su núcleo central, reprimiendo algunos poderes relacionados con el derecho de propiedad a través de un delito asociado. Por lo tanto, corresponde a los jueces aportar sustancia al núcleo de la noción identificando qué atributos de la propiedad definen una “condición” como tal, y delimitando así los actos que constituyen esclavitud. En un contexto jurídico de este tipo, esto implica inevitablemente cierta imprevisibilidad e implica cierto grado de subjetividad en

En relación con los delitos de sometimiento a servidumbre y trabajos forzados, estos vienen a complementar la “explotación de condiciones de vida y de trabajo en condiciones contrarias a la dignidad humana” definidas en el artículo 225-14.¹⁶⁶² El artículo 225-14-2 se refiere a la servidumbre:

La reducción a servidumbre es el acto de someter, de manera habitual, al delito previsto en el artículo 225-14-1 [delito de trabajo forzoso] a una persona cuya vulnerabilidad o dependencia sea evidente o conocida por el delincuente. La pena es de diez años de prisión y una multa de 300.000 euros.¹⁶⁶³

De esta forma, el Código Penal francés define la servidumbre en relación al delito de trabajo forzoso, adoptando la postura del TEDH en *C.N. y V c. Francia*, según la cual “la servidumbre corresponde a un tipo especial de trabajo forzoso u obligatorio o, en otras palabras, a un trabajo forzoso u obligatorio agravado”.¹⁶⁶⁴ Por tanto, cuando se obtiene fraudulentamente la capacidad laboral de una persona de una forma repetida y aprovechando su situación de vulnerabilidad o dependencia, se trata de reducción a servidumbre.¹⁶⁶⁵ El ponente del Senado francés sobre el proyecto de ley explicó la opción finalmente elegida con las siguientes palabras:

La esclavitud difiere de la servidumbre en que esta última se inscribe plenamente en la esfera laboral. [. . .] El campo de ejercicio de la servidumbre se limita al del trabajo -que es la razón por la que hemos extraído o ampliado, por así decirlo, la definición de servidumbre del delito de trabajo forzado-, mientras que la esclavitud implica la perpetración por parte del dominador de una explotación que va más allá del trabajo, incluida la explotación de las personas en general, privándolas de toda libertad y cometiendo abusos sexuales contra ellas.¹⁶⁶⁶

En definitiva, la servidumbre es una modalidad agravada del trabajo forzoso al que se refiere artículo 225-14-1 del Código Penal:

El trabajo forzoso es el acto de obligar a una persona, mediante la violencia o la amenaza, a realizar un trabajo sin remuneración o a cambio de una remuneración que manifiestamente no guarda relación alguna con la magnitud del trabajo realizado. Se castiga con una pena de

cuanto a la comprensión de la esclavitud” Bourgeois, B., “Statutory Progress and Obstacles to Achieving an Effective Criminal Legislation against the Modern-Day Forms of Slavery: The Case of France”, p. 489.

¹⁶⁶² El artículo 225-14 indica: “El hecho de someter a una persona cuya vulnerabilidad o estado de dependencia sea evidente o conocido por el autor a condiciones de trabajo o de vida incompatibles con la dignidad humana se castigará con una pena de cinco años de prisión y una multa de 150.000 euros”.

¹⁶⁶³ *La réduction en servitude est le fait de faire subir, de manière habituelle, l'infraction prévue à l'article 225-14-1 à une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur. Elle est punie de dix ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende.*

¹⁶⁶⁴ *C.N. y V c. Francia*, párr. 91.

¹⁶⁶⁵ Beaussonie, G., «Loi no 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union Européenne et des engagements internationaux de la France», *Revue de Science Criminelle et de Droit Comparé*, Vol. 4, 2013, pp. 866-867.

¹⁶⁶⁶ *Compte-rendu intégral des débats, Senat, séance du 25 juillet 2013, Journal Officiel de la République Française*, 7710. Citado en Pluen, O., “Le crime de réduction en esclavage Ou l'incrimination du ‘Coeur de l'esclavage moderne’ en droit pénal interne par la loi du 5 août 2013”, p. 41.

siete años de prisión y una pena de multa de 200.000 euros”.¹⁶⁶⁷

En esta definición figuran los elementos esenciales del Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso: imponer la realización de un trabajo o servicio en contra de la voluntad del trabajador –“obligar a [...] realizar un trabajo”–, y la amenaza de una pena cualquiera –“mediante violencia o amenaza”–, al que se le añade el requisito de que sea “sin remuneración o a cambio de una remuneración que manifiestamente no guarda relación alguna con la magnitud del trabajo realizado”.

De esta manera, el legislador francés incorpora los criterios del TEDH sobre el trabajo forzoso de una manera peculiar. Como vimos anteriormente, el TEDH parte de la definición del Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso,¹⁶⁶⁸ pero también requiere que se examinen las condiciones impuestas, en concreto “el tipo y volumen de trabajo”, para distinguirlo de “echar una mano” o de lo que razonablemente pueda esperarse de otros miembros de la familia o de una persona que comparte alojamiento.¹⁶⁶⁹ El requisito de remuneración manifiestamente inequitativa o ausencia de la misma puede interpretarse como la traducción del criterio de “carga desproporcionada” a los trabajos forzosos impuestos entre partes privadas, de forma que no basta únicamente con la imposición coactiva de cualquier tipo de trabajo o servicio, sino que deben aplicarse además ciertas condiciones: en este caso, relacionadas con una remuneración injusta. La inclusión de este criterio, en definitiva, hace que el concepto de trabajo forzoso en el Derecho penal francés difiera ligeramente del que se establece en el Convenio No. 29 de la OIT, puesto que no sólo se castiga la imposición de una determinada condición de trabajador, sino que esta imposición debe ir acompañada de una condición – remuneración– manifiestamente injusta.

La gradación de las penas máximas para cada una de las conductas, de 7, 10 y 20 años de prisión, refleja la idea de distinta gravedad de las conductas de trabajos forzosos, reducción a servidumbre y esclavitud. Además, también es relevante la ubicación sistemática de los delitos: mientras que los trabajos forzosos y la servidumbre se encuentran vinculados en el capítulo de los delitos que atentan contra la dignidad de la persona en lo relativo al trabajo, el delito de esclavitud se sitúa separadamente en el capítulo de los atentados a la libertad de la persona. Esto apunta a la consideración de la esclavitud como un atentado a la libertad que no tiene que estar necesariamente vinculado al trabajo, mientras que la reducción a servidumbre y trabajos forzosos guardan más relación con la imposición de trabajos en ciertas condiciones contrarias a la dignidad.¹⁶⁷⁰

2.8.2 Trata de seres humanos

¹⁶⁶⁷ *Le travail forcé est le fait, par la violence ou la menace, de contraindre une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. Il est puni de sept ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende.*

¹⁶⁶⁸ Ver análisis *supra*, especialmente *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 32; *Siliadin c. Francia*, párr. 116.

¹⁶⁶⁹ *CN y V c. Francia*, párr. 74

¹⁶⁷⁰ Sobre esto, ver: Bourgeois, B., “Statutory Progress and Obstacles to Achieving an Effective Criminal Legislation against the Modern-Day Forms of Slavery: The Case of France”, pp. 455 y ss.

El delito de trata, incluido en 2003 y reformado en profundidad en 2013,¹⁶⁷¹ se regula en el artículo 225-4-1 del Código Penal francés.¹⁶⁷² Se sigue la estructura establecida en la normativa internacional de acción, medios y finalidades de explotación,¹⁶⁷³ y en estas finalidades se incluyen el sometimiento a esclavitud, reducción a servidumbre y trabajos o servicios forzosos. Cuando la víctima sea menor no es necesario que concurren los medios comisivos descritos (artículo 225-4-1, apartado II).

2.9 Hungría

El Código Penal húngaro castiga el sometimiento a trabajos forzosos en el artículo 193, y la trata de seres humanos en el artículo 192. Ambos se encuentran en el Capítulo XVIII (“Delitos contra la libertad personal”) de la Parte Especial.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁷¹ En 2003 estaba vinculado principalmente al propósito de realización de actos de explotación sexual, o de “mendicidad, trabajo u hospedaje en condiciones que atenten contra la dignidad humana”. Esta redacción había originado una recomendación del grupo GRETA en 2012, que consideraba que era demasiado amplia y podía ser objeto de interpretaciones muy diversas por parte de los tribunales. Más concretamente, indicaba “que sería beneficioso para el delito de trata que se refieran expresamente al trabajo forzoso, los servicios forzosos, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, las nociones bien reconocidas en el derecho internacional, incluida la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 4 del CEDH. Ver: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by France. First Evaluation Round*, GRETA(2012)16, 28 de enero de 2013, párr. 48: <https://rm.coe.int/report-concerning-the-implementation-of-the-council-of-europe-conventi/1680744b03> [último acceso: 25/01/2020]. Por esta razón, este delito es reformado en 2013, inevitablemente influido por las indicaciones del TEDH y los requerimientos, a nivel europeo, de formular una herramienta represiva eficaz, se trató de no “[...] restar los requisitos de calidad inherentes a la norma penal que se convierte en interna por efecto de la transposición”: Gozzi, M-H., “La loi du 5 aout 2013: quand l'importance du texte n'emporte pas qualité normative”, *Recueil Dalloz*, Vol. 46, 2013, p. 2721.

¹⁶⁷² “I.- Se entiende por trata de personas la captación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la recepción de una persona con fines de explotación en una de las siguientes circunstancias:

1° ya sea mediante amenazas, coacción, violencia o tácticas fraudulentas dirigidas a la víctima, a su familia o a una persona que tenga una relación habitual con la víctima;

2° o por un ascendiente legítimo, natural o adoptivo de esa persona o por un individuo que ejerce autoridad sobre él o abusa de la autoridad que le ha sido conferida por sus deberes;

3° o abusando de una situación de vulnerabilidad debida a la edad de la persona, a una enfermedad, a una discapacidad, a una deficiencia física o mental o a un estado de embarazo, aparente o conocido por el autor;

4° a cambio de o a través de la oferta de remuneración o cualquier otro beneficio o promesa de remuneración o beneficio.

La explotación a que se refiere el párrafo primero del presente apartado I supone la colocación de la víctima a su propia disposición o a la de un tercero, que podrá no ser identificado, con el fin de tipificar como delitos el proxenetismo, la agresión o el abuso sexual, la esclavitud, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción de órganos, la explotación de la mendicidad, las condiciones de trabajo o de alojamiento que sean contrarias a la dignidad humana, o de obligar a la víctima a cometer un delito o una falta.

La trata de personas se castiga con siete años de prisión y una multa de 150.000 euros.

II. - La trata de seres humanos cometida contra un menor está constituida aunque no se cometa en ninguna de las circunstancias previstas en los puntos 1° a 4° del apartado I se castiga con diez años de prisión y una multa de 1 500 000 euros”

¹⁶⁷³ Ver: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by France. Second Evaluation Round*, GRETA(2017)17, 6 de julio de 2017, párr. 255 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2017-17-fgr-fra-en/16807454bf> [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶⁷⁴ El delito de trata se introdujo por primera vez en el Código Penal en 1998, y ha sido reformado en 2012 por última vez. Ver: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention*

2.9.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 193 del Código Penal, introducido en 2012, tipifica los trabajos forzados de la siguiente manera:

- 1) Toda persona que obligue a otra persona, aprovechándose de su situación vulnerable, o por la fuerza o mediante amenazas de fuerza, a realizar un trabajo en contra su voluntad, será culpable de un delito punible con una pena de prisión de uno a cinco años.
- 2) La pena será de prisión de dos a ocho años si se comete el delito de trabajo forzoso:
 - a) Atormentando a la víctima;
 - b) Causando un perjuicio significativo a sus intereses; o
 - c) Contra una persona menor de dieciocho años de edad.

La definición de trabajos forzados del apartado 1) reproduce los elementos esenciales del Convenio No. 29 de la OIT, donde el elemento esencial es la imposición de la realización de un trabajo en contra de la voluntad del trabajador –“obligue a otra [...] a realizar un trabajo en contra de su voluntad” –, utilizando para ello unos determinados medios coactivos: el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la víctima, el uso de la fuerza o la amenaza de uso de fuerza. Además, se contemplan unas circunstancias que agravan la pena pero que no afectan en lo esencial al tipo básico.¹⁶⁷⁵

2.9.2 Trata de seres humanos

El segundo párrafo del artículo 192 del Código Penal tipifica la trata de seres humanos sin que sea necesario el empleo de determinados medios comisivos, es decir, requiriendo únicamente la realización del elemento “acción” con el propósito de explotación.¹⁶⁷⁶ Este artículo no establece cuál es el umbral de explotación que debe alcanzarse, sino que el apartado 8 de este mismo artículo indica que “a efectos de la aplicación del presente artículo, se entenderá por ‘explotación’ el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad con el fin de aprovecharse de la víctima que se vea obligada a ello o se encuentre en tal situación”. No obstante, al ser preguntadas las autoridades búlgaras al respecto por GRETA en 2015, se refirieron al comentario oficial del Código Penal que establecía que son los instrumentos internacionales relevantes -el Convenio de Varsovia entre ellos-, son los que proporcionan información sobre los distintos tipos de explotación cubiertos.¹⁶⁷⁷ El hecho de que la víctima sea menor de edad no se considera agravante, aunque sí se agrava la pena si se comete “contra una persona que está bajo el cuidado, custodia o supervisión del perpetrador o recibe tratamiento médico de éste, o si se abusa

on Action against Trafficking in Human Beings by Hungary. First Evaluation Round, GRETA(2015)11, 29 de mayo de 2015, párr. 14: <https://rm.coe.int/168070a5f3> [último acceso: 25/01/2020]

¹⁶⁷⁵ Además, como indica el informe del FRA sobre Hungría, no tiene que originar necesariamente un beneficio financiero. Ver: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/severe-labour-exploitation-country_hu.pdf, p. 8 [último acceso: 25/01/2020].

¹⁶⁷⁶ Artículo 192. 2) Toda persona que -con fines de explotación-, venda, compre, intercambie, suministre, reciba, reclute, transporte, acoja o acoja a otra persona, incluida la transferencia de control sobre ella, será castigada con una pena de prisión de uno a cinco años. (8) A efectos de la aplicación del presente artículo, se entenderá por "explotación" el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad con el fin de aprovecharse de la víctima que se vea obligada a ello o se encuentre en tal situación

¹⁶⁷⁷ Sobre esto, ver GRETA(2015)11, párr. 41 y ss.

de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima” (artículo 192(3) del Código Penal).

2.10 Italia

En Italia están tipificados los delitos de esclavitud y servidumbre en los artículos 600 y 602 del Código Penal,¹⁶⁷⁸ y el de trata de personas en el artículo 601 CP. Se sitúan sistemáticamente en el Capítulo III (“De los delitos contra la libertad individual”) dentro del Título II de la Parte Especial (“Delitos contra la personalidad individual”). Según la doctrina italiana, el bien jurídico protegido es el *status libertatis*, entendido como la condición previa para el ejercicio de las libertades individuales y, por tanto, para la realización de la dignidad humana.¹⁶⁷⁹

2.10.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 600 del Código Penal italiano tipifica el delito de “Reducción o mantenimiento en condiciones de esclavitud o servidumbre”, introducido en el año 1930 y modificado por última vez en 2014.¹⁶⁸⁰ Este artículo contiene dos apartados: en el primero castiga la esclavitud y el “estado de sometimiento continuo” con una pena de prisión de ocho a veinte años, y el segundo describe las condiciones que deben concurrir para que exista “reducción o mantenimiento en estado de sometimiento continuo”:

1. Aquel que ejerza sobre una persona los atributos que se corresponden con el derecho de propiedad, o quien reduzca o mantenga a una persona en estado de sometimiento continuo, obligándola a trabajar o a prestar servicios sexuales o a mendigar o a cualquier otra actividad ilícita que implique explotación o a consentir la extracción de órganos, será sancionado con la pena de prisión de ocho a veinte años.
2. La reducción o mantenimiento en estado de sometimiento continuo [*soggezione*] se produce cuando la conducta se lleva a cabo mediante la violencia, la amenaza, el engaño, el abuso de autoridad o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o mental o de una situación de necesidad, mediante la promesa o el otorgamiento de sumas de

¹⁶⁷⁸ Este delito tiene una larga tradición en el Derecho penal italiano. Sus antecedentes se encuentran en el Código Penal toscano de 1853, el Código Penal de Zanardelli de 1889, y finalmente llegan en el art. 600 del Código “Rocco”, de 1930. En octubre de 1930. En cambio, no se contempla expresamente la prohibición del trabajo forzoso, observación realizada por: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Joy Ngozi Ezeilo. Mission to Italy*, A/HRC/26/37/Add.4, 1 de abril de 2014, párr. 32

¹⁶⁷⁹ En general: Scevi, P., *Nuove Schiavitù e Diritto Penale*, Giuffrè, Milán, 2014, pp. 14 y ss.

¹⁶⁸⁰ Mediante el Decreto legislativo No. 24 de 4 de marzo de 2014, se modificaron los artículos 600 y 601 para transponer la Directiva 2011/36/UE contra la trata. Sobre esto, ver: Cerami, G., “Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di “attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”, *Diritti dell'uomo*, Vol. 3, 2014, pp. 597 y ss.; Madeo, A., “Il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime”, *Studium iuris*, 2014, pp. 1105 ss., GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy. Second Evaluation Round*, GRETA(2018)28, 25 de enero de 2019, párr. 21 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2018-28-fgr-ita/168091f627> [último acceso: 25/01/2020].

dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre la persona.¹⁶⁸¹

Así, según el tenor literal del primer apartado del artículo, hay dos maneras de cometer este delito: (i) mediante el ejercicio de la potestad patrimonial –esclavitud–; o (ii) mediante la reducción o mantenimiento de una persona en estado de sometimiento continuo, obligando a la víctima a realizar trabajos o servicios sexuales o a mendigar o cualquier otro trabajo que implique explotación o a consentir la extracción de órganos –servidumbre–.

El delito de reducción a esclavitud puede cometerse sin que se deba acreditar el empleo de unos determinados medios coactivos, abusivos o fraudulentos, puesto que basta con que se certifique el ejercicio de las potestades relacionadas vinculadas al derecho de propiedad.¹⁶⁸² Esto se debe a que, según la doctrina italiana, el contenido esencial de la esclavitud radica en la llamada “reificación” de la persona.¹⁶⁸³ Es preciso resaltar que el legislador italiano se refiere expresamente a “los atributos que se corresponden con el derecho de propiedad”. Esta disposición fue reformada en 2003¹⁶⁸⁴ para superar las dificultades de interpretación y el viejo y recurrente debate sobre si se estaba castigando únicamente la esclavitud legal o también la de hecho,¹⁶⁸⁵ por lo que con esta nueva redacción el legislador incluye en el ámbito de este delito los casos de esclavitud de facto.¹⁶⁸⁶ Además, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente al respecto, dejando claro que para que se imponga la condición de esclavo “no es necesaria una negación integral de la libertad personal, sino que es suficiente con una lesión significativa en la capacidad de autodeterminación de la persona lesionada”.¹⁶⁸⁷

¹⁶⁸¹ Ver artículo 2, para 1, b) del Decreto Legislativo No. 24/2014: *1. Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni. 2. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.*

¹⁶⁸² Trinci, A./Farini, S., *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2015, p. 538.

¹⁶⁸³ Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./Papa, S., *Trattato di diritto penale. Vol. VIII – I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, UTET Giuridica, Torino, 2010, p. 215; Mantovani, F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 266 y ss.

¹⁶⁸⁴ Anteriormente se castigaba a “todo aquel que redujera a una persona a esclavitud o a una condición análoga a la esclavitud” con una pena de prisión de cinco a quince años.

¹⁶⁸⁵ Según algunos autores, la esclavitud debía considerarse una condición *secundum ius* (por lo tanto, inaplicable); mientras que, según otros, por la noción de “condición similar a la esclavitud”, abarcaba también las situaciones de hecho. La falta de una definición de esclavitud también suscitó dudas sobre su compatibilidad con el principio constitucional de legalidad. A pesar de esto, incluso antes de la reforma de 2003, la jurisprudencia quiso extender la definición no codificada de esclavitud, optando por una solución evolutiva del art. 600, encaminada a incluir en la esfera de aplicación de la norma las formas neo-esclavitud de la realidad actual: Ciampa, G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Jovene, 2008, pp. 236 y ss.

¹⁶⁸⁶ Picotti, L. “Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale”, *L'indice penale*, Vol. 10, No. 1, 2007, pp. 26 y ss.

¹⁶⁸⁷ “Non è necessaria un'integrale negazione della libertà personale, ma è sufficiente una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa”: Sentencia de Casación Penal

La segunda figura delictiva prevista en el artículo 600 del Código Penal italiano sanciona la conducta de una persona que reduce o mantiene a otra en un estado de servidumbre, que debe ser entendido como un estado de sometimiento o sujeción continua del que se obtienen unos beneficios fruto de la explotación. Contiene, por tanto, dos elementos esenciales: la condición de subyugación o sometimiento habitual y la explotación coactiva de la persona.¹⁶⁸⁸

El segundo apartado especifica la forma en que debe producirse el sometimiento del sujeto pasivo: mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o mental o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o el otorgamiento de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre la persona.¹⁶⁸⁹ Además, el sometimiento a dicho estado de sumisión debe perseguir la explotación de la persona.¹⁶⁹⁰ La disposición contiene una lista no exhaustiva de posibles formas de explotación: trabajo o servicios sexuales, mendicidad, cualquier otra actividad que implique explotación, o extirpación de órganos.¹⁶⁹¹ En definitiva, la persona puede ser explotada para una variedad de propósitos, siempre y cuando se haga de manera continuada.¹⁶⁹²

Si analizamos la definición italiana de servidumbre a la luz de los criterios de la del TEDH observamos aspectos comunes, especialmente en cuanto a los medios comisivos exigidos y en el elemento de sometimiento. No obstante, la principal diferencia es que el artículo 600 exige que el servicio exigido sea de naturaleza de explotación, mientras que

No. 42751, de 16 de mayo de 2017. En este sentido, la doctrina italiana señalaba que la reducción a la esclavitud podría realizarse incluso si la sujeción se abandona temporalmente, alternando momentos de libertad dirigidos a superar la resistencia de la víctima, y que no hace falta someter a la víctima a una sujeción total. Ver: Peccioli, A., “Giro di vite contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone”, *Diritto penale e processo*, No. 1, 2004, p. 33.

¹⁶⁸⁸ Cerami, C. “Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di “attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”, p. 617, indica que se trata de un delito habitual que requiere una pluralidad de comportamientos coactivos para la transformación del hombre libre en un siervo.

¹⁶⁸⁹ Tal y como señala la doctrina, al contrario que las definiciones de violencia, amenaza, engaño, inferioridad física o mental, o de necesidad, que pueden extraerse de otras disposiciones del Código Penal, la descripción de la “situación de vulnerabilidad”, introducida con la reforma de 2014, no tiene un equivalente en el Código Penal, lo que puede generar problemas de interpretación: Cerami, G., “Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di “attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”, p. 619.

¹⁶⁹⁰ Tal y como indica Urban, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recalcado el papel decisivo del requisito de explotación en la estructura de la norma, en la sentencia del Tribunal de Casación No. 39044, de 10 de septiembre de 2004, n. 39044. Ver: Urban F., “La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking”, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, No. 1, 2018, p. 8 y pie de página 40.

¹⁶⁹¹ La razón de esta aplicación radica probablemente en la intención del legislador de satisfacer de la mejor manera posible el principio de legalidad del art. 25, apartado 2, de la Constitución italiana. Ver: Ibid., p. 8; Fiandaca, G./Musco, E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bolonia, 2011, p. 122.

¹⁶⁹² Se ha planteado la cuestión de la relación entre el delito en cuestión y las formas individuales de explotación que, en sí mismas, son capaces de integrar tipos autónomos de delitos (como la complicidad en la prostitución, la mendicidad o la explotación laboral). A este respecto, la jurisprudencia italiana ha admitido la concurrencia entre el delito de reducción a la esclavitud y el de inducción, complicidad y explotación de la prostitución: Trinci, A./Farini, S., *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, p. 541.

la definición del TEDH se centra en el elemento de sumisión y la imposibilidad de alterar la condición que es, según el Tribunal, precisamente lo que lo diferencia del trabajo forzoso.¹⁶⁹³

Por último, relacionado con este artículo se encuentra el artículo 602, sobre la compraventa de esclavos: “El que, fuera de los casos indicados en el artículo 601 [trata de personas], compre o se deshaga de una persona que se encuentre en una de las condiciones mencionadas en el artículo 600 será castigado con una pena de prisión de ocho a veinte años”. A diferencia del art. 600, la condición de esclavo o siervo actúa como presupuesto previo a la conducta punible, no como resultado.

2.10.2 Trata de seres humanos

El artículo 601 del Código Penal italiano, modificado por última vez en 2014,¹⁶⁹⁴ es el que regula el delito de trata conforme a los cánones del derecho internacional y europeo, es decir, siguiendo la estructura de acción, medios y finalidad de explotación.¹⁶⁹⁵ Entre estas finalidades de explotación no se incluye expresamente el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados. Además, también se prevé la aplicación de la misma pena al que, sin utilizar los medios enunciados en el artículo, dirija alguna de las acciones contra un menor de edad.¹⁶⁹⁶

2.11 Lituania

En Lituania, el artículo 147-1 del Código Penal tipifica el delito de explotación de trabajos o servicios forzados, que incluye la imposición de trabajos en condiciones de esclavitud. Por otro lado, el artículo 147 establece el delito genérico de trata de personas y el artículo 157 tipifica la trata de menores. Los dos primeros delitos se sitúan sistemáticamente dentro del Capítulo XX (“Delitos contra la libertad humana”), y el segundo, en el Capítulo XXIII (“Delitos y faltas contra los menores y la familia”), de la Parte Especial.

¹⁶⁹³ *CN y V c. Francia*, párr. 91

¹⁶⁹⁴ Sobre esto, ver: Cerami, G., “Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di “attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”, p. 629.

¹⁶⁹⁵ Artículo 601: “Se aplicará una pena de prisión de ocho a veinte años a quien reclute, introduzca en el territorio del Estado, traslade incluso fuera de dicho territorio, transporte, ceda autoridad sobre una persona a otra, ofrezca alojamiento a una o más personas que se encuentren en las condiciones especificadas en el artículo 600, o realice dichas conductas contra una o más personas mediante engaño, violencia o amenazas, el abuso de autoridad o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, o de una condición física o psíquica más débil, o de una condición de necesidad, o la promesa o la concesión de dinero o cualquier otra ventaja a la persona que tenga el control de esa persona, con el fin de inducirla u obligarla a realizar un trabajo, mantener relaciones sexuales o mendigar o, en cualquier caso, realizar actividades ilícitas que entrañen la explotación o la extracción de órganos de la misma”. Ver también: el informe GRETA(2018)28. El elemento de explotación es lo que distingue la esclavitud de la trata (Sentencia del Tribunal de Casación, No. 2545/2004).

¹⁶⁹⁶ Artículo 600.2 “La misma pena se aplica a quien, incluso fuera de los procedimientos a que se refiere el párrafo primero, realice las conductas previstas en el mismo con respecto a las personas menores de edad”.

2.11.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 147-1 del Código Penal, introducido en el año 2000, se refiere a la “explotación de los trabajos o servicios forzados”. Este artículo contiene dos partes que están vinculadas, siendo el segundo párrafo una modalidad agravada del primero:

1. Toda persona que, mediante el uso de la violencia física, amenazas, engaño u otros medios enumerados en el artículo 147 del presente Código [los del delito de trata de personas¹⁶⁹⁷], obligue ilegalmente a otra persona a realizar un determinado trabajo o prestar determinados servicios, incluida la mendicidad, será castigada con una multa o una restricción de la libertad o con la detención o con una pena privativa de libertad de una duración máxima de tres años.
2. Toda persona que cometa el acto indicado en el párrafo 1 del presente artículo obligando a otra persona a realizar un trabajo o a prestar servicios en condiciones de esclavitud o en otras condiciones inhumanas será castigada con una pena de prisión de hasta ocho años.

El primer párrafo define los trabajos forzados de una manera casi idéntica al artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT sobre trabajo forzoso: imposición involuntaria de un trabajo o servicio –“obligue ilegalmente a otra persona a realizar un determinado trabajo o prestar determinados servicios”–, mediante la amenaza de una pena cualquiera –“, mediante el uso de la violencia física, amenazas, engaño u otros medios enumerados en el artículo 147 del presente Código” –.

De esta forma, el Código Penal lituano tipifica un delito que castiga la imposición de la condición de trabajador de una manera coactiva, abusiva o fraudulenta, sin que se deban imponerse ciertas condiciones inhumanas o degradantes. En caso de que eso ocurra, y concretamente si son “condiciones de esclavitud u otras condiciones inhumanas”, entra en juego el segundo párrafo del artículo 147-1 y se aplica una pena agravada. No obstante, en el Código no se define el umbral para que las condiciones alcancen el umbral de esclavitud, aunque el incremento del máximo de pena, de tres a ocho años, denota la gravedad de las mismas.

2.11.2 Trata de seres humanos

El artículo 147 del Código Penal, introducido en 2003 y reformado por última vez en 2016,¹⁶⁹⁸ castiga la trata de seres humanos siguiendo la estructura de la normativa internacional de acción, medios y finalidad de explotación.¹⁶⁹⁹ Entre estas finalidades se

¹⁶⁹⁷ El artículo 147 establece los siguientes medios: “por medio de violencia física o amenazas, o privándolo de la posibilidad de resistir o utilizando la dependencia o vulnerabilidad de la víctima, o mediante engaño, o tomando o pagando dinero, o recibiendo o proporcionando otros beneficios a una persona que realmente controla a la víctima”

¹⁶⁹⁸ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Lithuania. Second Evaluation Round*, GRETA(2019)08, 21 de junio de 2019, párr. 155 y ss.

¹⁶⁹⁹ Artículo 147. Trata de seres humanos: 1. Una persona que vende, compra o de otra manera transmite o adquiere a una persona o recluta, transporta o mantiene en cautiverio a una persona utilizando violencia física o amenazas o privándola de cualquier otra manera de la posibilidad de resistencia, o aprovechándose de la dependencia o vulnerabilidad de la víctima, o recurriendo al engaño, o aceptando o pagando dinero u

encuentra el sometimiento a esclavitud, a condiciones análogas a la esclavitud o a trabajos forzosos.

En caso de que la víctima sea menor, el Código Penal lituano contempla una disposición específica, el artículo 157, para castigar la conducta de comprar, vender, transportar, adquirir o mantener en cautiverio a un menor para que sea explotado con fines de esclavitud o en condiciones análogas a la esclavitud, sin que tengan que concurrir los medios comisivos previstos en el artículo 147.¹⁷⁰⁰

2.12 Macedonia del Norte

El Código Penal de Macedonia del Norte prohíbe el sometimiento a esclavitud y el transporte de esclavos en el artículo 418, y la trata de personas en el artículo 418-a. Ambos se encuentran situados en el Título 34 (“Delitos contra la humanidad y el derecho internacional”) de la Parte Especial.

2.12.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

El delito 418, introducido en 1996, castiga el sometimiento a esclavitud y el transporte de esclavos de una manera autónoma al delito de trata:

- 1) Quien, contraviniendo las normas del Derecho internacional, esclavice a otra persona o la mantenga en una situación similar, compre, venda, entregue a otra persona o medie en la compra, venta o entrega de dicha persona, o instigue a otra persona a vender su libertad o la libertad de una persona a la que asista o que le asista, será condenado a una pena de prisión de uno a diez años.
- 2) El que transporte de un país a otro a personas sometidas a esclavitud o relaciones análogas será condenado a una pena de prisión de seis meses a cinco años

En este artículo se castigan tres conductas: (i) en primer lugar, el hecho de esclavizar a una persona; (ii) en segundo lugar, el mantenimiento en una situación similar o análoga; y (iii) en tercero, la participación en la compra, venta o entrega de la persona. Aunque no se definan, se hace referencia a la contravención de las normas de Derecho internacional,

obteniendo o concediendo cualquier otro beneficio a una persona que realmente tiene a la víctima bajo su control, cuando el delincuente tenga conocimiento de la explotación de la víctima o trate de explotarla, independientemente de su consentimiento, con fines de esclavitud o en condiciones análogas a la esclavitud, la prostitución, la pornografía o cualquier otra forma de explotación sexual, los matrimonios forzados, los matrimonios forzados, los trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad, o la comisión de un delito penal o con cualquier otro fin de explotación, será castigado con una pena de prisión de dos a diez años. 2..¹⁷⁰⁰ Artículo 157. 1. Toda persona que ofrezca comprar o adquirir de otro modo un niño o venda, compre o transporte o adquiera un niño, o reclute, transporte o mantenga en cautiverio a un niño, sabiendo o procurando que el niño, independientemente de su consentimiento, sea adoptado o explotado ilegalmente con fines de esclavitud o en condiciones análogas a la esclavitud, 1. La pena de prisión será de tres a doce años para la prostitución, la pornografía, cualquier otra forma de explotación sexual, los matrimonios forzados, los trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad, o la comisión de un delito penal o con cualquier otro fin de explotación.

donde es el Convenio de 1926 el que alberga la definición de esclavitud.¹⁷⁰¹ Esta conclusión se refuerza por el hecho de que la tercera parte del artículo enuncia una serie de acciones que constituyen atributos del derecho de propiedad, como la compra, venta o transferencia de la posesión.¹⁷⁰²

El segundo apartado del artículo se refiere al transporte de personas sometidas a esclavitud o relaciones análogas. La principal diferencia con el delito de trata es que este artículo se refiere al traslado de personas que ya han sido sometidas a esclavitud, mientras que en el caso de la trata se las traslada con el propósito de explotarlas, es decir, que aún no han adquirido dicha condición.

2.12.2 Trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos, introducido en 2002 y reformado por última vez en 2015,¹⁷⁰³ se encuentra recogido en el artículo 418-a.¹⁷⁰⁴ Este artículo sigue la estructura de acción, medios y resultado establecida en las normas internacionales, y prevé el sometimiento a esclavitud, trabajo forzoso y servidumbre como formas de explotación.¹⁷⁰⁵

El artículo 418-d tipifica de manera autónoma el delito de trata de niños, sin que deban emplearse los medios comisivos a los que se refiere el tipo básico de trata del artículo 418-d. En estos casos, el uso de dichos medios constituye una circunstancia agravante.¹⁷⁰⁶

¹⁷⁰¹ Este Convenio fue ratificado por Montenegro el 18 de enero de 1994. Sobre el estado de las ratificaciones, ver: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=XVIII-3&chapter=18&clang=en> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁰² GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by "the former Yugoslav Republic of Macedonia. First Evaluation Round*, GRETA(2014)12, 17 de junio de 2014, párr. 55: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680631ee1> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁰³ Ibid., párr. 14; GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by "the former Yugoslav Republic of Macedonia. Second Evaluation Round*, GRETA(2017)39, 21 de febrero de 2018, párr. 16 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2017-39-frm-mkd-en/168078aeba> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁰⁴ Una persona que por la fuerza, amenaza grave, o utilizando otras formas de coerción, secuestro, engaño con abuso de su propia posición o una posición de embarazo, debilidad, incapacidad física o mental de otra persona, o dando o recibiendo dinero u otros beneficios con el fin de obtener el acuerdo de una persona que tiene control sobre otra persona o de cualquier otra manera, recluta, transporta, transfiera, compre, venda, acoja o acepte personas con fines de explotación a través de la prostitución u otras formas de explotación sexual, la pornografía, el trabajo o la servidumbre forzosos, la esclavitud, los matrimonios forzados, los embarazos forzosos, la adopción ilegal o una relación análoga, la mendicidad y explotación a través de actividades ilegales, o el trasplante ilícito de partes del cuerpo humano, será castigado con penas privativas de libertad de una duración mínima de cuatro años.

¹⁷⁰⁵ Informe GRETA(2014)12, párr. 51

¹⁷⁰⁶ Artículo 148-d: (1) Quien induzca a un niño a realizar actividades sexuales o posibilite actividades sexuales con un niño o persuada, transporte, transfiera, compre, venda u ofrezca en venta, obtenga, suministre, acoja o acepte a un niño con el fin de explotarlo en actividades sexuales a cambio de dinero u otras formas de compensación u otras formas de explotación sexual, pornografía, trabajos o servicios forzados, mendicidad o explotación para una actividad prohibida por la ley, esclavitud, matrimonios forzados, fertilización forzada, adopción ilegal o consentimiento de las fuerzas como mediadoras para la adopción de niños, trasplante ilegal de órganos humanos, será condenado a una pena de prisión de al menos ocho años.

2.13 Moldavia

El Código Penal de Moldavia castiga el sometimiento a esclavitud y condiciones análogas a la esclavitud en el artículo 167, los trabajos forzosos en el artículo 168, la trata de seres humanos en el artículo 165, y la trata de menores en el artículo 206. Estos delitos, salvo el de trata de menores, se sitúan en el Capítulo III (“Delitos contra la libertad, el honor y la dignidad de la persona”) de la Parte Especial. El artículo 206, por su parte, se encuentra en el Capítulo VII (“Delitos contra la familia y los menores”) de la Parte Especial.

2.13.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

Ambos artículos fueron introducidos en 2008 mediante una Ley de modificación del Código Penal. En primer lugar, el artículo 167 prohíbe la “esclavitud y condiciones análogas a la esclavitud” en los siguientes términos:

Situar o mantener a una persona en condiciones en las que otra persona es su propietaria o la obliga, mediante engaño, coacción, violencia o amenaza de violencia, a entrar o permanecer en una relación extramarital o conyugal, se castigará con una pena de prisión de tres a diez años, con (o sin) privación del derecho a ocupar determinados cargos o a ejercer determinadas actividades durante un período máximo de cinco años.

Este artículo define dos conductas delictivas: (i) en primer lugar, “situar o mantener a una persona en condiciones en las que otra persona es su propietaria”; y (ii) en segundo lugar, “obligar, mediante engaño, coacción, violencia o amenaza de violencia, a entrar o permanecer en una relación extramarital o conyugal”. La primera conducta, por tanto, establece un concepto de esclavitud similar al de la Convención de 1926, aunque sin especificar si se trata de una propiedad legal o también de hecho. Por otro lado, la segunda conducta es similar a los “matrimonios serviles” descritos en la Convención Suplementaria de 1956, cuyo artículo 1. c) i) se refiere a “una mujer, sin que le 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”. De esta forma, aunque el artículo 167 prohíba las “condiciones análogas a la esclavitud”, únicamente tipifica la modalidad de matrimonios forzosos.

Por otro lado, el artículo 168 del Código Penal castiga bajo la rúbrica de “trabajos forzosos” las siguientes conductas:

Obtener trabajo de una persona contra su voluntad, mediante coacción o fraude, si esta acción no incluye los elementos de la trata de seres humanos o de la trata de niños, será castigado

(2) Toda persona que cometa el delito tipificado en el párrafo 1 mediante el uso de la fuerza, amenazas graves, engaños u otras formas de coerción, secuestro, estafa, abuso de posición o embarazo, impotencia o discapacidad física o mental de otra persona, o mediante la concesión y recepción de dinero de otro beneficio con el fin de obtener el consentimiento de una persona que controle a otra, o que el acto se cometa en relación con un niño menor de 14 años, será condenada a una pena de prisión de al menos diez años.

con una pena de prisión de hasta 3 años.

De esta manera, el artículo 168 castiga el sometimiento a trabajos forzados de una manera similar a como se definen en el Convenio No. 29 de la OIT, donde los elementos esenciales son la involuntariedad –“Obtener trabajo de una persona contra su voluntad” –, y la amenaza de una pena cualquiera –“mediante coacción o fraude”–.¹⁷⁰⁷ La gradación de las penas máximas, de tres a diez años, refleja la progresión en la gravedad de las conductas.

2.13.2 Trata de seres humanos

El artículo 165 del Código Penal, introducido en 2003, tipifica el delito de trata de seres humanos, siguiendo la estructura de tres elementos de la definición de trata en la normativa internacional.¹⁷⁰⁸ Entre las finalidades de explotación se encuentra la imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o condiciones similares.

Por último, el artículo 206 se refiere específicamente a la trata de menores de edad, donde no es necesario el empleo de los medios comisivos mencionados en el artículo 165.¹⁷⁰⁹

2.14 Montenegro

El artículo 446 del Código Penal de Montenegro castiga el “sometimiento a esclavitud y transporte de personas esclavas”, y el artículo 444 es la trata de seres humanos. Ambos artículos se encuentran en el Título 35 (“Delitos contra la humanidad y otros valores

¹⁷⁰⁷ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the Republic of Moldova. Second Evaluation Round*, GRETA(2016)9, 7 de junio de 2016, párr. 17: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680665339> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁰⁸ Artículo 165: Trata de seres humanos consiste en (1) La captación, el transporte, el traslado, la ocultación o la recepción de personas, con o sin su consentimiento, con fines de explotación sexual comercial o no comercial, para trabajos o servicios forzados, para la mendicidad, la esclavitud o condiciones similares, para su utilización en conflictos armados o actividades delictivas, para la extracción de órganos o tejidos humanos cometidos mediante: a) amenaza de violencia física o mental no peligrosa para la vida y la salud de la persona, incluidos el secuestro, la incautación de documentos y la servidumbre con el fin de pagar una deuda cuyo importe no se fijó dentro de un límite razonable, así como la amenaza de divulgación de información confidencial de la familia de la víctima o de otras personas, tanto físicas como jurídicas; b) el engaño; c) el abuso de vulnerabilidad o el abuso de poder, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que controle a otra persona; será castigado con una pena de prisión de 5 a 12 años, con la privación del derecho a ocupar determinados cargos o a ejercer determinadas actividades durante un período de 2 a 5 años.

¹⁷⁰⁹ Artículo 206: 1. La captación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño, así como la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga el control sobre el niño, con la intención de: a) explotación sexual, comercial o no comercial para la prostitución o la industria pornográfica; b) trabajos o servicios forzados; b¹) mendicidad u otros fines inmorales; c) explotación en condiciones de esclavitud o similares a la esclavitud, incluidos los casos de adopción ilegal; d) utilización en conflictos armados; e) utilización en una actividad delictiva; f) extirpación de órganos, tejidos y/o células humanos; g) (suprimido); h) venta o compra, será castigada con pena de prisión de 10 a 12 años, con privación del derecho a ocupar determinados cargos o a ejercer una determinada actividad durante un período de 2 a 5 años.

garantizados por el Derecho internacional”) de la Parte Especial.

2.14.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 446 del Código Penal, introducido en el Código Penal en 2002,¹⁷¹⁰ contempla la prohibición de esclavitud en los siguientes términos:

- 1) Toda persona que, en violación de las normas del Derecho internacional, someta a otra persona a esclavitud o a una situación similar o la mantenga en dicha situación, o que compre, venda, entregue a otra persona o intervenga en la compra, venta o entrega de esa persona, o que incite a otra persona a vender su propia libertad o la libertad de las personas a las que apoya o a las que cuida, será castigada con una pena de prisión de uno a diez años.
- 2) Quien transporte de un país a otro a personas en situación de esclavitud u otra situación similar será castigado con una pena de prisión de seis meses a cinco años.

A pesar de este artículo no defina la esclavitud o sus prácticas análogas, hace referencia a que debe ser en “violación de las normas de Derecho internacional”. En este sentido, aunque Montenegro no haya ratificado el Convenio de 1926, ha ratificado la Convención Suplementaria de 1956, cuyo 7 reproduce su definición de esclavitud.¹⁷¹¹ Además, la segunda parte del artículo se refiere a la participación del sujeto activo en la compra, venta o entrega de la persona, que son atributos del derecho de propiedad. En este artículo, no obstante, no se fijan los criterios para distinguir la esclavitud de sus prácticas análogas, y fija un marco punitivo muy amplio, de uno a diez años.

Por último, el segundo apartado del artículo 446 recoge una conducta parecida a la de trata, con la diferencia de que se transporta a una persona que ya ha adquirido la condición de esclavo.¹⁷¹²

2.14.2 Trata de seres humanos

El artículo 444 del Código Penal, introducido en 2002 y reformado por última vez en 2013,¹⁷¹³ prohíbe la trata de seres humanos y establece una definición de trata ajustada a los estándares de la normativa internacional de tres elementos constitutivos.¹⁷¹⁴ Entre los

¹⁷¹⁰ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Montenegro. First Evaluation Round*, GRETA(2012)9, 13 de septiembre de 2012, párr. 14: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680631f72> [último acceso: 26/01/2020]; y de la segunda ronda de evaluación: GRETA(2016)19, de 28 de septiembre de 2016, párr. 135: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806a8d1e> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷¹¹ El 23 de octubre de 2006. En cualquier caso, la prohibición de esclavitud es una norma de *ius cogens*, aplicable en todos los Estados aunque no hayan ratificado el Convenio: CIJ, *Barcelona Traction*, párr. 33–34; Conklin, W. E., “The Peremptory Norms of the International Community”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 3, 2012, ps. 837-861.

¹⁷¹² Sobre esto, ver: GRETA(2012)9, párr. 43.

¹⁷¹³ *Ibid.*, párr. 14 y GRETA(2016)19, párr. 135.

¹⁷¹⁴ GRETA(2016)19, párr. 135 y ss. Artículo 446 CP: 1) Toda persona que, por la fuerza o mediante amenazas, engaños o engaños, abuso de autoridad, confianza, relación de dependencia o vulnerabilidad de otra persona, o mediante la retención de documentos de identidad, o mediante la entrega o recepción de dinero u otro beneficio, con el fin de obtener el consentimiento de una persona que tenga control sobre otra, reclute, transporte, transfiera, entregue, venda o compre, medie en la venta, esconda o mantenga a otra persona para

fines de explotación, se incluye el sometimiento a servidumbre, a esclavitud o actos similares a la esclavitud.

Cuando sea trata de menores de edad, el artículo 444 contiene sólo dos de los elementos constitutivos del delito de trata básico, a saber, la acción y la finalidad de la explotación, independientemente de los medios utilizados.¹⁷¹⁵

2.15 Noruega

El Código Penal noruego tipifica el delito de esclavitud en el artículo 259 y el de trata de seres humanos en el artículo 257 del Código Penal. Ambos delitos se sitúan en el Capítulo 21 (“De los crímenes contra la libertad personal”) de la Parte Especial.

2.15.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

El artículo 259, introducido en 2017, prohíbe el sometimiento a esclavitud y la trata de esclavos en los siguientes términos:

Toda persona que esclavice a otra persona será castigada con una pena de prisión de hasta 21 años. La misma pena se aplicará a toda persona que participe en la trata de esclavos o en el transporte de esclavos o de personas destinadas a la trata de esclavos.

El Código Penal noruego no define la esclavitud ni se refiere a “prácticas análogas a la esclavitud” o servidumbre. A pesar de esto, las autoridades noruegas indicaron en las respuestas al cuestionario publicado por GRETA que “esta disposición también cubre las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre”.¹⁷¹⁶

2.15.2 Trata de seres humanos

El tipo básico del delito de trata de seres humanos, introducido en el Código Penal en el año 2003 y reformado por última vez en 2005 (aunque esta reforma no entró en vigor hasta el 1 de octubre de 2015),¹⁷¹⁷ está tipificado en el artículo 257 del Código Penal.¹⁷¹⁸

la explotación del trabajo, la sumisión a la servidumbre, la comisión de delitos, la esclavitud o actos similares a la esclavitud, la prostitución u otra forma de explotación sexual, la mendicidad, el uso de la pornografía, la celebración de matrimonios ilícitos, la extracción de una parte del cuerpo para trasplantes o la utilización en conflictos armados, será castigada con una pena de prisión de uno a diez años.

¹⁷¹⁵ Artículo 446. 2) Si el delito a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo se comete contra un menor, el delincuente será castigado con la pena de prisión prescrita para ese delito, aun cuando no haya habido fuerza, amenaza o cualquier otro de los métodos mencionados en la comisión del mismo.

¹⁷¹⁶ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Norway. First Evaluation Round*, GRETA(2013)5, 7 de mayo de 2013, párr. 42 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806321c1>

¹⁷¹⁷ Mediante una ley de 4 de julio de 2003: Ver la respuesta de Noruega a las Recomendaciones del grupo GRETA en 2013, p. 7: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806321c0> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷¹⁸ Artículo 257: Trata de personas: Cualquier persona que por medio de violencia, amenazas, abuso de la vulnerabilidad de otra persona, fuerza, explota o induce a otra persona a: a) la prostitución u otros fines sexuales, b) realizar trabajo o servicios, incluida la mendicidad, c) servicio de guerra en un país extranjero, o d) La extirpación de cualquiera de los órganos de dicha persona, será culpable de trata de seres humanos

Este artículo contempla dos conductas que tienen asociada una misma pena: el primer párrafo no requiere el elemento “acción” si están presentes los medios comisivos y el propósito de explotación, y el segundo párrafo incluye el elemento “acción” de la definición de trata tal y como se define en los instrumentos internacionales sobre trata.¹⁷¹⁹ Es preciso señalar que, dentro de las finalidades de explotación, no se prevén los trabajos forzosos, la esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre, sino la inducción a realizar “trabajos o servicios”.

Finalmente, el artículo 257 *in fine* del Código Penal prevé que se comete delito de trata, con independencia de si se han empleado o no los medios comisivos, si la víctima es menor de dieciocho años.

2.16 Portugal

El Código Penal portugués tipifica la conducta de sometimiento a esclavitud en el artículo 159, y el delito de trata de seres humanos en el artículo 160. Ambos delitos se sitúan en el Capítulo IV (“De los delitos contra la libertad personal”) de la Parte Especial.

2.16.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

El artículo 159 del Código Penal, introducido en la reforma del año 2007,¹⁷²⁰ se refiere al delito de esclavitud:

Quien: a) Reduzca a otra persona a la condición de esclavo; o b) Enajene, ceda o adquiera una persona o tome posesión de ella con la intención de mantenerla en la situación prevista en el párrafo anterior; se castigará con una pena de prisión de entre cinco y quince años”.

y podrá ser castigada con una pena de prisión de hasta seis años. Cualquier persona que: a) tome las medidas necesarias para forzar la explotación o la incitación mencionadas en el párrafo primero mediante la contratación, el transporte o la recepción de la persona de que se trate; b) de otra manera contribuya a forzar la explotación o la incitación; c) ofrezca un pago o cualquier otra ventaja para obtener el consentimiento para tales actos de cualquier persona que tenga autoridad sobre la persona agraviada, o que reciba tal pago u otra ventaja, será castigada con la misma pena.

Toda persona que cometa uno de los actos mencionados en los párrafos primero o segundo contra una persona menor de 18 años será castigada con una pena independiente del uso de la fuerza o de amenazas, del uso indebido de la vulnerabilidad de una persona o de cualquier otra conducta indebida. La persona que ignorara el hecho de que la persona agraviada era menor de 18 años de edad estará sujeta a una pena de si de alguna manera se le puede culpar por su ignorancia

¹⁷¹⁹ Este tipo de redacción ha sido criticado en: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Norway. Second Evaluation Round*, GRETA(2017)18, 21 de junio de 2017, párr. 151: <https://rm.coe.int/greta-2017-18-fgr-nor-en/1680782abc> [último acceso: 26/01/2020]. Tal y como indican las autoridades noruegas en el informe GRETA de 2013, “el delito del primer párrafo del artículo 224 del Código penal [actual artículo 259] no requiere el elemento “acción” si están presentes los medios comisivos y el propósito de explotación. Las autoridades han señalado que, conforme a los trabajos preparatorios al Código Penal, es el segundo párrafo del artículo 224 [artículo 259] el aplicable en los casos de trata de seres humanos, y el que cumple la obligación de los artículos 18 y 4 de la Convención. Ver: GRETA(2013)5, párr. 40.

¹⁷²⁰ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Portugal First evaluation round*, GRETA(2012)15, 12 de febrero de 2013, párr. 15: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680686b19> [último acceso: 26/01/2020].

Este artículo tipifica dos conductas: en primer lugar, la de reducir o someter a una persona a la *condición* de esclavo, y en segundo lugar, el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad (enajenar, ceder, adquirir, tomar posesión) con la intención de reducirla a esclavitud. Según la doctrina portuguesa, en el ordenamiento jurídico lusitano se reconoce que “son la humanidad y la dignidad mismas lo que niega el actor al transformar a la persona en su objeto”.¹⁷²¹

Aunque el Código Penal no contempla una definición de esclavitud, el hecho que se haga referencia expresamente a la “condición” de esclavo y no al “estatus”, apunta a una situación de facto. Además, la jurisprudencia portuguesa se ha pronunciado sobre este delito, relacionándolo con la Convención de 1926: el Tribunal de Apelaciones de Porto, en un acuerdo adoptado sobre los elementos del crimen de esclavitud señaló que:

El delito de esclavitud previsto en el artículo 159 del Código Penal viene a consagrar el respeto a lo que dispone la Convención de Ginebra sobre esclavitud, firmada el 25 de septiembre de 1926. Por lo tanto, la naturaleza jurídica debe ser interpretada y aplicada a la luz de los conceptos y principios contenidos en este texto de Derecho Internacional. [...] Esclavitud significa “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen todos o cualquiera de los atributos del derecho de propiedad. [...] Sin embargo, el concepto debe ser interpretado ante las circunstancias sociales, históricas y políticas contemporáneas, y de acuerdo con las concepciones filosóficas éticas dominantes. Por esta razón, la disposición legal prevé la esclavitud laboral en los casos en que la víctima es objeto de una relación de completa dominación por parte del sujeto pasivo, que experimenta un “régimen de miedo”, sin poder decidir sobre la forma y el momento de realizar el trabajo, y no recibiendo ninguna parte de su retribución”.¹⁷²²

Esta interpretación del Tribunal portugués apunta al elemento “relación de completa dominación” como criterio o característica fundamental del delito de esclavitud interpretado bajo una luz contemporánea. Esta relación de control total, que se manifiesta en elementos como la no retribución, impide que la víctima pueda tomar decisiones sobre su esfera de autonomía y le provoca un sentimiento de miedo. Por tanto, cuando alguna de las acciones enumeradas en la segunda parte del artículo 159 coloquen a la persona en una situación de completa dominación, se estarán cumpliendo los elementos típicos de este artículo.

Aunque no se contemplen otras formas de sometimiento, como prácticas análogas a la esclavitud o trabajos forzosos, la amplitud del marco punitivo garantiza al operador

¹⁷²¹ Carvalho, A. T., “Comentário aos artigos 159º (Escravidão) e 160º (Tráfico de pessoas)”, en *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial. Tomo 1, Artigos 131º a 201º*, 2ª ed, de Figueiredo, J. (dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 674.

¹⁷²² Tribunal da Relação do Porto, Recurso Penal No. 1231/09.3JAPRT.P1, 4ª Sección, 30/01/2013: https://docs.wixstatic.com/ugd/489f11_e838d25913e14ef5a815129e999f976e.pdf [último acceso: 26/01/2020], p. 117.

jurídico un cierto margen hermenéutico para incluir diversas conductas.¹⁷²³

2.16.2 Trata de seres humanos

El artículo 160 del Código Penal, modificado en 2013,¹⁷²⁴ tipifica el delito de trata de seres humanos siguiendo la estructura de acción, medios y finalidad de explotación.¹⁷²⁵ Entre estas finalidades de explotación se encuentra la esclavitud, sin mencionar sus prácticas análogas o el trabajo forzoso.¹⁷²⁶

Por último, el apartado 2 de este mismo artículo señala que cuando la víctima sea menor de dieciocho años no es necesario el empleo de los medios señalados.¹⁷²⁷

2.17 Reino Unido

El marco jurídico de Reino Unido fue objeto de una importante reforma en marzo de 2015 y ahora está sujeto a tres instrumentos:¹⁷²⁸ la Ley sobre la esclavitud moderna de 2015, cuyo ámbito de aplicación territorial es Inglaterra y Gales (en adelante, Ley sobre la esclavitud moderna); la Ley sobre trata y explotación de seres humanos, justicia penal y apoyo a las víctimas, de 2015, para Irlanda del Norte (Ley de Irlanda del Norte) y la Ley sobre la trata y explotación de seres humanos de 2015, que se aplica en Escocia (Ley de Escocia).

Esta normativa se consideró como un cambio significativo hacia un enfoque holístico para abordar la explotación laboral extrema íntegramente en el Derecho penal, en lugar

¹⁷²³ Aunque esto pueda dar lugar a amplio grado de discrecionalidad judicial: Feliciano, G. G., “Do crime de redução a condição análoga à de escravo, na redação da Lei nº 10.803/2003, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, 2004, p. 96.

¹⁷²⁴ Ver GRETA(2012)15, párr. 15.

¹⁷²⁵ Artículo 160 CP: 1. Quien ofrezca, entregue, reclute, seduzca, acepte, transporte, acoja o aloje a una persona con fines de explotación, incluida la explotación sexual, la explotación laboral, la explotación forzada la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades delictivas, a) por violencia, secuestro o amenaza grave; b) por estratagema o manipulación fraudulenta; c) con abuso de autoridad resultante de una relación de subordinación jerárquica, económica, laboral, o de dependencia familiar; d) Aprovechando la incapacidad mental o situación de especial vulnerabilidad de la mujer; o e) Mediante la obtención del consentimiento de la persona que tiene el control de la víctima; será castigado con una pena de prisión de tres a diez años.

¹⁷²⁶ Esto fue criticado en: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Portugal. Second Evaluation Round*, GRETA(2017)4, párr. 157 y ss., especialmente párr. 159: <https://rm.coe.int/greta-2017-4-fgr-prt-en/16806fe673> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷²⁷ Artículo 160 2. La misma pena se aplica a toda persona que, por cualquier medio, reclute, seduzca, transporte, dé refugio o aloje a un menor, o lo entregue, ofrezca o acepte con fines de explotación, incluida la explotación sexual, la explotación laboral, la mendicidad forzada, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades delictivas.

¹⁷²⁸ Sobre el proceso de redacción, ver Haynes, J., “The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary”, *Statute Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2016, pp. 33-56.

de como se hacía anteriormente desde el marco del derecho migratorio.¹⁷²⁹ Así, la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se tipifican en el artículo 1 de la Ley de esclavitud moderna; el artículo 1 de la Ley de Irlanda del Norte; y el artículo 4 de la Ley de Escocia. Por otro lado, la trata de personas está tipificada como delito en el artículo 2 de la Ley de esclavitud moderna, el artículo 2 de la Ley de Irlanda del Norte, y el artículo 1 de la Ley de Escocia.

2.17.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

Esta normativa de 2015 y modificada en 2018 por última vez es, en parte, una respuesta a la decisión del TEDH de que Reino Unido no cumplía adecuadamente la obligación positiva de tipificar las prácticas a las que se refiere el artículo 4 [del CEDH] y aplicarlas en la práctica.¹⁷³⁰ La esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio están definidos en el artículo 1 de la Ley de esclavitud moderna, y los siguientes apartado enumeran circunstancias que deberán tenerse en cuenta:

(2) En la subsección (1),¹⁷³¹ las referencias a mantener a una persona en esclavitud o servidumbre o a exigirle que realice un trabajo forzoso u obligatorio deben interpretarse de conformidad con el artículo 4 de la Convención de Derechos Humanos.

(3) Para determinar si una persona está sometida a esclavitud o servidumbre o si se le exige que realice un trabajo forzoso u obligatorio, se deberán tener en cuenta todas las circunstancias.

(4) Por ejemplo, se podrá tener en cuenta:

(a) Cualquiera de las circunstancias personales de la persona (tales como que la persona sea menor, sus relaciones familiares y cualquier enfermedad mental o física) que pueda hacer que la persona sea más vulnerable;

b) Cualquier trabajo o servicio prestado por la persona, incluidos los trabajos o servicios prestados en circunstancias que constituyan explotación en el sentido del artículo 3, apartados 3 a 6.

A su vez, el artículo 1 de la Ley de Irlanda del Norte indica:

(2) En la subsección (1),¹⁷³² las referencias a mantener a B en esclavitud o servidumbre o a

¹⁷²⁹ Mantovalou, V., “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, *The Modern Law Review*, Vol. 81, No. 6, 2018, p. 1018.

¹⁷³⁰ *CN c. Reino Unido*. En resumen, el Tribunal sostuvo que los delitos de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas son delitos distintos, aunque relacionados, que deben ser penalizados por separado. Esto significaba esencialmente que, al limitarse a adoptar medidas contra la trata de seres humanos, sin ofrecer protección a las víctimas del delito concreto de “servidumbre doméstica”, el Reino Unido estaba infringiendo el artículo 4 del CDH, párr. 81 y 82. Ver al respecto: Mantovalou, V., “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, pp. 1020 y ss.. También fue muy influyente en los debates parlamentarios un informe presentado por el Centro de Investigación sobre Justicia Social: “It Happens Here: Equipping the UK to Fight Modern Slavery”, del Centro de Justicia social de 11 de marzo de 2013 <https://www.centreforsocialjustice.org.uk/library/happens-equipping-united-kingdom-fight-modern-slavery> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷³¹ (1) Una persona comete este delito si:

(a) la persona mantiene a otra en situación de esclavitud o servidumbre y las circunstancias son tales que la persona sabe o debería saber que la otra persona se encuentra en una situación de esclavitud o servidumbre, o (b) la persona requiere que otra persona realice un trabajo forzoso u obligatorio y las circunstancias son tales que la persona sabe o debería saber que la otra persona está obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio.

¹⁷³² Esta subsección indica: 1. 1) Una persona (“A”) comete un delito si -

exigir a B que realice un trabajo forzoso u obligatorio deben interpretarse de conformidad con el artículo 4 de la Convención de Derechos Humanos.

3) Para determinar si B está sometido a esclavitud o servidumbre o si está obligado a realizar un trabajo forzoso u obligatorio, se deberán tener en cuenta todas las circunstancias.

(4) En particular, se puede tener en cuenta cualquiera de las circunstancias personales de “B”, que pueden hacer a “B” más vulnerable, como por ejemplo:

- (a) que B sea un niño o un adulto vulnerable; o
- (b) que A sea un miembro de la familia de B

Por último, el artículo 4 de la Ley de Escocia señala, sobre la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos:

(2) En la subsección (1), las referencias a mantener a una persona en situación de esclavitud o servidumbre o a exigirle que realice un trabajo forzoso u obligatorio deben interpretarse de conformidad con el artículo 4 de la Convención de Derechos Humanos (que prohíbe que una persona sea sometida a esclavitud o servidumbre o que esté obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio).

(3) A la hora de determinar si una persona está sometida a esclavitud o servidumbre o si está obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio, se tendrán en cuenta, en particular, las circunstancias personales de la persona (por ejemplo, si se trata de un niño, la edad de la persona o sus relaciones familiares o su estado de salud) que puedan hacerla más vulnerable que otras personas.

De esta forma, en estas tres leyes no se definen exactamente los términos, sino que se remiten al artículo 4 de la Convención de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del TEDH al respecto. Los Tribunales han destacado que “la esencia del concepto de esclavitud consiste en tratar a alguien como la pertenencia de uno, ejerciendo poderes sobre la persona como uno podía ejercer sobre un animal o un objeto”.¹⁷³³ No obstante, este tipo de formulación ha sido criticada por algunos autores que consideran que la inclusión de estas definiciones que dependen de una interpretación evolutiva (y poco clara) del TEDH puede no ser apropiada en el ámbito del Derecho penal, especialmente desde el punto de vista de los derechos del reo.¹⁷³⁴

2.17.2 Trata de seres humanos

La trata de personas está tipificada como delito en el artículo 2 de la Ley de esclavitud

(a) “A” mantiene a otra persona (“B”) en esclavitud o servidumbre y las circunstancias son tales que “A” sabe o debe saber que “B” está en esclavitud o servidumbre, o

(b) “A” requiere que “B” realice un trabajo forzoso u obligatorio y las circunstancias son tales que “A” sabe o debe saber que “B” está obligado a realizar un trabajo forzoso u obligatorio.

¹⁷³³ Ver: Tribunal de Apelación, *Regina v. SK* [2011] EWCA Crim 1691, 8 de julio de 2011, párr. 39; Tribunal de Apelación, *William Connors and Others* [2013] EWCA Crim 324.

¹⁷³⁴ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 347 y ss., Mantouvalou, V., “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, pp. 1023 y ss.

moderna;¹⁷³⁵ el artículo 2 de la Ley de Irlanda del Norte;¹⁷³⁶ y el artículo 1 de la Ley de Escocia.¹⁷³⁷ Antes de 2009, a pesar de la falta de disposiciones penales específicas para la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio, el delito de trata de personas estaba tipificado como delito, tanto con fines de explotación sexual¹⁷³⁸ como con fines de explotación laboral.¹⁷³⁹ Existen algunas diferencias entre la tipificación del

¹⁷³⁵ Inglaterra y Gales: “Una persona comete un delito si organiza o facilita el viaje de otra persona (“V”) con miras a la explotación de V.

(2) Es irrelevante si V consiente en el viaje (siendo V es adulto o menor).

(3) En particular, una persona puede organizar o facilitar el viaje de V reclutando a V, transportando o transfiriendo a V, albergando o recibiendo a V, o transfiriendo o intercambiando el control sobre V.

(4) Una persona organiza o facilita el viaje de V con el fin de que V sea explotado sólo si -

(a) la persona tiene la intención de explotar V (en cualquier parte del mundo) durante o después del viaje, o

(b) la persona sabe o debería saber que es probable que otra persona explote a V (en cualquier parte del mundo) durante o después del viaje.

(5) “Viaje” significa:

(a) llegar a, o entrar en, cualquier país,

b) salir de cualquier país,

c) viajar dentro de cualquier país.

¹⁷³⁶ Irlanda del Norte: (1) Una persona (“A”) comete un delito si A organiza o facilita el viaje de otra persona (“B”) con miras a que B sea explotada.

(2) “A” puede, en particular, organizar o facilitar el viaje de “B” reclutando a “B”, transportándolo o transfiriéndolo, albergando o recibiendo a “B”, o transfiriendo o intercambiando el control sobre “B”.

(3) “A” organiza o facilita el viaje de “B” con el fin de que “B” sea explotado sólo si -

(a) “A” tiene la intención de explotar a “B” (en cualquier parte del mundo) durante o después del viaje, o

(b) “A” sabe o debe saber que es probable que otra persona explote a “B” (en cualquier parte del mundo) durante o después del viaje.

(4) “Viaje” significa-

(a) llegar a, o entrar en, cualquier país,

b) salir de cualquier país,

c) viajar dentro de cualquier país.

¹⁷³⁷ Escocia: Una persona comete un delito si la persona:

a) realiza la acción pertinente, y

b) lo hace con el fin de que otra persona sea explotada.

(2) En esta parte, se entenderá por “acción pertinente” una acción que sea cualquiera de las siguientes:

a) la contratación de otra persona,

b) el transporte o traslado de otra persona,

c) la acogida o recepción de otra persona,

d) el intercambio o la transferencia del control sobre otra persona, o

e) la organización o facilitación de cualquiera de las acciones mencionadas en las letras a) a d).

(3) Es irrelevante si la otra persona consiente en cualquier parte de la acción pertinente.

(4) Para los propósitos de la subsección (1), una persona “realiza una acción pertinente” si -

(a) la persona tiene la intención de explotar a la otra persona (en cualquier parte del mundo) durante o después de la acción pertinente, o (b) la persona sabe o debería saber que es probable que la otra persona sea explotada (en cualquier parte del mundo) durante o después de la acción pertinente. Sección 1, Ley sobre la trata y la explotación de seres humanos (Escocia) de 2015

¹⁷³⁸ En los artículos 57 a 59 de la Ley de delitos sexuales de 2003 para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y en el artículo 22 de la Ley de justicia penal (Escocia) de 2003, modificada por la Ley de justicia penal y concesión de licencias (Escocia) de 2010.

¹⁷³⁹ La trata con fines de explotación laboral, incluida la esclavitud, el trabajo forzoso, la extracción de órganos, la prestación de todo tipo de servicios y prestaciones) se tipificó como delito en el artículo 4 de la Ley de asilo e inmigración (tratamiento de los solicitantes) de 2004 (que se extiende a Escocia, enmendada por el artículo 46 de la Ley de justicia penal y concesión de licencias (Escocia) de 2010). Este enfoque fragmentario, que no contemplaba la trata con fines de extracción de órganos, fue objeto de recomendaciones por el grupo GRETA, que consideró que debían abordarse de manera conjunta: GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the United Kingdom. Second Evaluation Round*, GRETA(2016)21, 7 de octubre de 2016, p. 5:

delito de trata de personas en las tres normas. Así, en relación al elemento “acción”, en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte se refiere a la captación, transporte, traslado, recepción, o transferencia o intercambio de control, pero siempre en relación al objetivo principal de facilitar u organizar el viaje de otra persona. En cambio, la Ley escocesa esboza una serie de “acciones pertinentes” que pueden adoptarse, ya sea de forma independiente o en combinación con otras (captación, transporte, traslado, acogida o recepción, intercambio o la transferencia de control sobre otra persona), sin mencionar el requisito adicional de que se haya producido un viaje o movimiento de personas.

En relación a los “medios” empleados, la legislación del Reino Unido no exige explícitamente que se adopten unos determinados¹⁷⁴⁰ (como amenaza, uso de la fuerza, etc.), salvo para la obtención de servicios.¹⁷⁴¹ Por otro lado, en relación con el propósito de explotación,¹⁷⁴² las formas de explotación posibles se contemplan en una lista cerrada.¹⁷⁴³ En todas las jurisdicciones se incluye la trata con fines de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso.¹⁷⁴⁴

Por último, si la víctima del delito de trata con fines de obtención de servicios es un menor u otra persona vulnerable, no es necesario el empleo de los medios comisivos descritos.¹⁷⁴⁵

2.18 Rumanía

El Código Penal de Rumanía castiga el sometimiento a esclavitud en el artículo 209, los trabajos forzados en el artículo 212, la trata de seres humanos en el artículo 210, y la trata de niños en el artículo 211. Sistemáticamente, estos artículos se encuentran en el Capítulo VII (“Trata y explotación de personas vulnerables”) del Título I (“Delitos contra las personas”) de la Parte Especial.

2.18.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 209 del Código Penal, introducido en 2009, prohíbe el sometimiento o

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806abcde> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁴⁰ Esto ha sido criticado por la doctrina: Haynes, J., “The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary”, p. 39; Mantouvalou, V., “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, p. 1023.

¹⁷⁴¹ Las tres jurisdicciones incluyen la fuerza, las amenazas o el engaño. Ver: Artículo 3 (5) de la Ley de esclavitud moderna, artículo 3(5) Ley de Irlanda del Norte y artículo 3(7) Ley de Escocia. Sólo Irlanda del Norte amplía los medios incluyendo el secuestro, la coacción y el fraude en el artículo 3(5) Ley de Irlanda del Norte

¹⁷⁴² Artículo 3 Ley de esclavitud moderna, artículo 3 de la Ley de Irlanda del Norte 2015, Artículo 3 de la Ley de Escocia.

¹⁷⁴³ Esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio; explotación sexual; extracción de órganos, etc.; obtención de servicios, etc. por la fuerza, amenazas o engaños; obtención de servicios, etc. de niños y personas vulnerables (artículo 3 de la Ley de esclavitud moderna y artículo 3 de la Ley de norte de Irlanda). Esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio; prostitución y explotación sexual; extracción de órganos, etc.; obtención de servicios y prestaciones (Artículo 3 de la Ley de Escocia).

¹⁷⁴⁴ Art. 3(2) Ley de esclavitud moderna, artículo 3(2) de la Ley de Irlanda del Norte, y artículos 3(2) de la Ley de Escocia.

¹⁷⁴⁵ Inglaterra y Gales, artículo 3(6); Irlanda del Norte, artículo 3(6); Escocia, artículo 3(8).

mantenimiento en esclavitud y la trata de esclavos, aunque sin definir en qué consisten exactamente:

Someter o mantener a una persona en estado de esclavitud, así como la trata de esclavos, se castigarán con penas privativas de libertad de una duración mínima de tres años y máxima de diez años, junto con la prohibición del ejercicio de determinados derechos.

Por otro lado, el artículo 212 prohíbe los trabajos forzosos:

El hecho de obligar a una persona, en casos distintos a los establecidos por la ley, a trabajar en contra de su voluntad o a realizar trabajos forzados se castigará con una pena de prisión no inferior a 1 año ni superior a 3 años.

El elemento esencial en este delito es la involuntariedad –“obligar a [...] trabajar en contra de su voluntad”–, sin especificar los medios que deben emplearse y excluyendo los casos previstos por la ley. La gradación de la pena, de uno a tres años para los trabajos forzosos y tres a diez para la esclavitud, muestran una progresión en la gravedad de las conductas.

2.18.2 Trata de seres humanos

La trata de seres humanos se castiga en el artículo 210 del Código Penal, delito que fue introducido en 2009.¹⁷⁴⁶ Este artículo mantiene la estructura de tres elementos de la normativa internacional,¹⁷⁴⁷ y entre las finalidades de explotación se encuentra el sometimiento a esclavitud o procedimientos similares que impliquen privación de libertad (artículo 182 del Código Penal¹⁷⁴⁸).

Por otro lado, el artículo 211 del Código Penal castiga la trata de niños, donde no es

¹⁷⁴⁶ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Romania, Second Evaluation Round*, GRETA(2016)2, 30 de septiembre de 2016, párr. 16: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806a99b1> [último acceso: 26/01/2020]. Previamente, antes de la entrada en vigor del Código Penal, el delito de trata de seres humanos se encontraba regulado en la Ley contra la trata contenía el delito de trata, como señala la informe GRETA en la primera ronda de evaluación: GRETA(2012)2, 31 de mayo de 2012, párr. 16 y 175: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680683a1d> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁴⁷ Artículo 210. 1) El reclutamiento, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas con fines de explotación: a) mediante coacción, secuestro, engaño o abuso de poder; b) aprovechándose de la incapacidad de una persona para defenderse o expresar su voluntad o su evidente estado de vulnerabilidad; c) mediante la concesión y recepción de pagos u otros beneficios a cambio del consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre ella, se castigará con penas de prisión de tres a diez años como mínimo y con la prohibición del ejercicio de determinados derechos. 2) La trata de personas cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y prerrogativas profesionales se castigará con penas privativas de libertad no inferiores a cinco ni superiores a doce años. 3) El consentimiento de una persona que es víctima de la trata no constituye un motivo justificante.

¹⁷⁴⁸ El artículo 182 del Código Penal define la explotación de la siguiente manera: “obligar a una persona a realizar trabajos o tareas; esclavitud u otros procedimientos similares que impliquen la privación de libertad; obligar a las personas a prostituirse, a la pornografía, con el fin de obtener y distribuir material pornográfico o cualquier otro tipo de explotación sexual; obligar a ejercer la mendicidad y a la recolección ilegal de órganos, tejidos u otras células corporales”.

necesario el empleo de determinados medios comisivos.¹⁷⁴⁹

2.19 Serbia

En Serbia, el Código Penal castiga el sometimiento a esclavitud y transporte de personas esclavizadas en el artículo 390, y la trata de personas en el artículo 388. Ambos delitos se encuentran en el Capítulo 34 (“Delitos contra la humanidad y otros derechos garantizados por el derecho internacional”) de la Parte Especial.

2.19.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 390 del Código Penal, introducido en 2005, castiga el sometimiento a esclavitud y el transporte de esclavos de la siguiente manera:

- 1) Toda persona que, en violación del Derecho internacional, esclavice a otra persona o la coloque en una situación similar, o la mantenga en situación de esclavitud o similar, o compre, venda, entregue a otra persona o intervenga en la compra, venta y entrega de esa persona, o induzca a otra a vender su libertad o la libertad de las personas que se encuentran bajo su apoyo o cuidado, será castigada con una pena de prisión de uno a diez años.
- 2) Quien transporte de un país a otro a personas en situación de esclavitud u otra situación similar será castigado con una pena de prisión de seis meses a cinco años.

Así, se castigan las siguientes conductas: en primer lugar, “esclavizar” o someter a una persona a esclavitud; en segundo lugar, situar a una persona en una situación similar a la esclavitud; y en tercer lugar, participar en la compra, venta o entrega de la libertad de una persona.

Aunque no se definan ni se distingan la esclavitud ni las prácticas similares –que podrían interpretarse como “prácticas análogas” o “servidumbre”–, el artículo se refiere a que debe ser “en violación del derecho internacional”. Por lo tanto, es aplicable el análisis de los países que eligieron esta fórmula para tipificar la esclavitud y sus prácticas similares:¹⁷⁵⁰ podría entenderse que, como las definiciones en el derecho internacional de esclavitud y sus prácticas análogas se encuentran en el Convención de 1926 y su Convención Suplementaria de 1956,¹⁷⁵¹ estas son las definiciones aplicables.

2.19.2 Trata de seres humanos

El artículo 388 castiga la trata de seres humanos configurando el delito como una figura de tres elementos –acción, medios comisivos y finalidad de explotación–¹⁷⁵²,

¹⁷⁴⁹ Artículo 211.º, Trata de niños: (1) Captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño con el propósito de su explotación se castigará con penas privativas de libertad no inferiores a tres ni superiores a diez años y la prohibición del ejercicio de determinados derechos.

¹⁷⁵⁰ Ver *supra*: Croacia, Eslovenia, Macedonia del Norte y Montenegro.

¹⁷⁵¹ La Convención Suplementaria de 1956, que menciona la definición de esclavitud de la Convención de 1926 en su artículo 7, fue ratificada por Serbia el 12 de marzo de 2001.

¹⁷⁵² Artículo 388 CP: Quienquiera que por la fuerza o la amenaza, el engaño o el mantenimiento del engaño, el abuso de autoridad, la confianza, la relación de dependencia, las circunstancias difíciles de otro, la retención de documentos de identidad o por dar o aceptar dinero u otro beneficio, recluta, transporta, transfiere,

acorde a la regulación internacional.¹⁷⁵³ Entre las finalidades de explotación se encuentra el sometimiento a trabajos forzados, a esclavitud o relaciones análogas.

Cuando este delito sea cometido contra un menor, el apartado 2 del artículo 388 indica que no es necesario recurrir a los medios mencionados.¹⁷⁵⁴

3. Países iberoamericanos

En esta sección vamos a examinar cómo se han regulado las formas contemporáneas de esclavitud en el contexto iberoamericano.¹⁷⁵⁵ En particular, analizaremos si se han regulado los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados de manera autónoma,¹⁷⁵⁶ bien en el Código Penal¹⁷⁵⁷ o mediante Ley Especial.¹⁷⁵⁸ En estos casos, se estudiará si se definen expresamente¹⁷⁵⁹ o si no se dispone nada al respecto.¹⁷⁶⁰ En caso de que se haya establecido una definición propia de los conceptos, se analizará el grado

vende, compra, actúa como intermediario en una venta, oculta o retiene a otra persona con la intención de explotar el trabajo, el trabajo forzoso, la comisión de delitos, la prostitución u otras formas de explotación sexual, la mendicidad, la pornografía, el sometimiento de la esclavitud o relaciones análogas, la extracción de órganos o partes del cuerpo o el servicio en conflictos armados, será castigada con una pena de prisión de tres a doce años.

¹⁷⁵³ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Serbia. Second Evaluation Round*, GRETA(2017)37, 29 de enero de 2018, párr. 167: <https://rm.coe.int/greta-2017-37-frg-srb-en/16807809fd> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁵⁴ Artículo 388(2): Cuando el delito especificado en el párrafo 1 del presente artículo se cometa contra un menor, el autor será castigado con la pena prescrita para ese delito, aun cuando no se haya recurrido al uso de la fuerza, a la amenaza o a ninguno de los otros métodos de perpetración mencionados.

¹⁷⁵⁵ Se examinan los ordenamientos jurídicos de: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹⁷⁵⁶ En Argentina, el artículo 140 del Código Penal castiga el delito de reducción a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados; Belice tipifica el delito de trabajos forzados en el artículo 157 de la Ley del Trabajo; Bolivia regula el delito de esclavitud y prácticas análogas en el artículo 291 del Código Penal; el Código Penal brasileño castiga el delito de reducción a condición análoga a la de esclavo en el artículo 149; el Código Penal costarricense tipifica el delito de esclavitud en el artículo 189 y el de trabajos forzados en el artículo 189 bis del Código Penal; en Ecuador se tipifica el delito de esclavitud en el artículo 82 y el delito de trabajos forzados en el artículo 105 del código Penal; México, en la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, de 2012, tipifica el delito de esclavitud en el artículo 11, el de servidumbre en el artículo 12, y el de trabajos o servicios forzados en el artículo 23; el artículo 315 del Código Penal nicaragüense tipifica la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados; en Panamá, el Código Penal tipifica un delito de “servidumbre sexual” en el artículo 182 y el delito de trabajos forzados en el artículo 456-D; Perú recoge el delito de sometimiento a esclavitud y servidumbre en el artículo 153-C y el delito de trabajos forzados en el artículo 168-B del Código Penal; Uruguay tipifica los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el artículo 280 del Código Penal; Venezuela tipifica el delito de esclavitud o condición análoga en el artículo 173 del su Código Penal.

¹⁷⁵⁷ Argentina; Bolivia; Brasil; Costa Rica; Ecuador; Nicaragua; Panamá; Perú; Uruguay y Venezuela.

¹⁷⁵⁸ Belice y México.

¹⁷⁵⁹ Belice define los trabajos forzados en el artículo 157 de la Ley del Trabajo; Brasil los define a través de la Ordenanza No. 1.129 del Ministerio de Trabajo, de 13 de octubre de 2017; Costa Rica define los trabajos forzados en el artículo 189 bis del Código Penal; Ecuador define la esclavitud en el artículo 82 y los trabajos forzados en el artículo 105; México define el sometimiento a esclavitud en el artículo 11, la servidumbre en el artículo 12 y los trabajos forzados en el artículo 23, todos ellos en la Ley General sobre Trata; Panamá define los trabajos forzados en el artículo 456-D del Código Penal; Perú define los trabajos forzados en el artículo 168-B del Código Penal; Uruguay define la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en la Ley No. 19643.

¹⁷⁶⁰ Argentina; Bolivia; Nicaragua y Venezuela.

de adecuación a las definiciones existentes en los tratados internacionales relevantes, así como la interacción entre las distintas conductas.

En relación con la trata de seres humanos, se analizará si la definición sigue la estructura de acción, medios comisivos y finalidad de explotación,¹⁷⁶¹ o si no se requieren medios comisivos,¹⁷⁶² por ejemplo, cuando la víctima sea menor de edad¹⁷⁶³ o porque éstos actúen como agravantes.¹⁷⁶⁴ Por último, también se examinará si entre dichas finalidades se encuentra el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

Debido a que el foco del análisis son los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados y cómo se regulan en los distintos ordenamientos penales, se han excluido expresamente del análisis las siguientes categorías: los Estados que contemplan un delito de trata y que se refieren a la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados exclusivamente en el marco de dicho delito –como finalidad de explotación– y no de manera específica;¹⁷⁶⁵ y aquellos Estados que contemplan el delito de esclavitud exclusivamente como delito de guerra o de lesa humanidad, es decir, cuando debe producirse en el marco de un conflicto armado o como parte un ataque generalizado y sistemático contra la población civil.¹⁷⁶⁶

3.1 Argentina

En Argentina, el Código Penal tipifica el delito de “reducción a servidumbre” en el artículo 140 y el delito de trata de seres humanos con fines de explotación en los artículos 145 bis y 145 ter. Ambos delitos se encuentran en el Capítulo I (“Delitos contra la libertad individual”) del Título V (“De los delitos contra la libertad”) de la Parte Especial.¹⁷⁶⁷

3.1.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

¹⁷⁶¹ Belice, artículo 3(1) de la Ley sobre trata de personas; Bolivia, artículo 281 bis del Código Penal; Brasil, artículo 149-A del Código Penal; Perú, artículo 153(1) del Código Penal.

¹⁷⁶² Argentina, artículo 145 bis del Código Penal; Costa Rica, artículo 172 del Código Penal; Ecuador, artículo 91 del Código Penal; México, artículo 10 de la Ley General sobre trata; Nicaragua, artículo 182 del Código Penal; Panamá, artículo 456-A del Código Penal; Uruguay, artículos 78 y 79 de la Ley de migraciones; Venezuela, artículo 41 de la Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo.

¹⁷⁶³ Belice, artículo 3(2) de la Ley sobre trata de personas; Perú, artículo 153(3) del Código Penal.

¹⁷⁶⁴ Argentina, artículos 143 ter (1) del Código Penal; Costa Rica, artículo 172.2 b) del Código Penal; Nicaragua, artículo 182 bis, I. 1) del Código Penal; Panamá, artículo 456-A. 3) del Código Penal; Uruguay, artículo 81 de la Ley de migraciones.

¹⁷⁶⁵ Chile, artículo 411 quáter del Código Penal; El Salvador, artículo 54 de la Ley Especial contra la Trata de Personas de 2014; Honduras, artículo 52 de la Ley contra la Trata de Personas de 2012; Guatemala, artículo 202 ter del Código Penal; Guyana, artículo 3(1) de la Ley No. 2 de 2005 de lucha contra la trata de personas; Surinam, artículo 334 del Código Penal; Paraguay, artículo 5 de la Ley 4788/2012.

¹⁷⁶⁶ Colombia tipifica los delitos de esclavitud sexual y el de trata con fines de explotación sexual cuando se producen en el marco de un conflicto armado respecto a personas protegidas por el Derecho humanitario en los artículos 141A y 141B de su Código Penal, respectivamente. El delito de trata de personas genérico se encuentra tipificado en el artículo 188-A del Código Penal.

¹⁷⁶⁷ Paz, M./Lowry, S., “Artículo 140. Reducción a la servidumbre”, *Código Penal comentado, Revista Pensamiento Penal*, 2013, pp. 1-12: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomen-tado/cpc37755.pdf> [último acceso: 26/01/2020].

El artículo 140, reformado en 2012,¹⁷⁶⁸ castiga con una pena de prisión de cuatro a quince años a aquel que:

[...] redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

Este artículo contiene tres conductas: (i) en primer lugar, reducir a una persona a una *condición* –fáctica o jurídica¹⁷⁶⁹– esclavitud o servidumbre; (ii) en segundo lugar, recibir una persona que tenga la condición de esclava o sierva con el objetivo de mantenerla en dicha situación; (iii) obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil. Como pone de manifiesto Corrêa Borges, esta modalidad puede plantear problemas concursales con el artículo 145 ter, que establece una agravante en el delito de trata “cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas”.¹⁷⁷⁰

El Código Penal no define ninguno de estos términos. No obstante, la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas acude a los tratados internacionales para definir cada uno de los conceptos: para la esclavitud, se refiere a la Convención de 1926 sobre Esclavitud; para la servidumbre menciona la Convención Suplementaria de 1956 –únicamente respecto la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba–; para el trabajo forzoso acude al Convenio No. 29 de la OIT.¹⁷⁷¹ Para sometimiento a esclavitud o servidumbre, tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado un factor esencial: el dominio psíquico, especialmente para distinguirlo de otras formas corrientes de encarcelamiento o de secuestro. Esta relación de dominio consiste en apoderarse de un hombre para reducirlo a la condición de una cosa que es posible comprar, vender, etc., o servirse de él sin reconocerle ningún tipo de derecho.¹⁷⁷²

3.1.2 Trata de seres humanos

El delito de trata de personas de los artículos 145 bis y 145 ter, introducido en 2008

¹⁷⁶⁸ Mediante la Ley No. 26.842 de 2012. *Ibid.*, p. 2 y ss.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 6

¹⁷⁷⁰ Correa Borges, P. C., *Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR*, en *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 124. Artículo 143 *in fine* CP: “Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión”.

¹⁷⁷¹ A pesar de mencionarlos, matiza que “son insuficientes para comprender el fenómeno en su singularidad”: Procuraduría de Trata y Explotación de Personas/OIT, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Estrategias para la detección e investigación del delito*, Dirección de Relaciones Institucionales - Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2017, pp. 4 y ss.: https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2018/02/Informe_Protex_Trata_de_personas_2018.pdf [último acceso: 26/01/2020].

¹⁷⁷² Soler, S., *Derecho Penal argentino, Tomo IV*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 27. Esta argumentación se cita con frecuencia en la jurisprudencia, como en la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, No. 40.985, Acancari Nina s/procesamiento, J.5 S.10, 1 de noviembre de 2007, No. 1302; Juzgado Federal Criminal y Correccional No. 12 de Capital Federal, Secretaría 23, No.7786/08 1 de septiembre de 2008. En el mismo sentido: Breglia Arias, O./Gauna, O., *Código Penal, Tomo I*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 1019, TI.

en el Código Penal y reformado en 2012, no sigue la estructura con los elementos de acción, medios y resultado del Protocolo de Palermo. Así, por un lado, tipifica el tipo básico en el artículo 145 bis –una serie de acciones con finalidad de explotación–,¹⁷⁷³ y por otro considera los medios comisivos violentos, abusivos, fraudulentos, etc., como circunstancias agravantes del delito de trata en el artículo 145 ter. Este artículo eleva la pena de cinco a diez años si concurre una serie de circunstancias, entre las que se encuentra el empleo de ciertos medios comisivos como el engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.¹⁷⁷⁴ En la práctica, los tribunales argentinos han tomado en consideración las condiciones de vulnerabilidad de los trabajadores derivadas de sus condiciones personales (falta de educación,¹⁷⁷⁵ estatus administrativo irregular,¹⁷⁷⁶ etc.), las condiciones objetivas de habitabilidad y hacinamiento de las víctimas,¹⁷⁷⁷ afectación a la libertad individual, etc.¹⁷⁷⁸

Sobre la “finalidad de explotación” a la que se refiere el artículo 140 del Código Penal, el Código Penal no especifica el tipo de explotación ni menciona el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos. Según la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas:

La explotación laboral está directamente asociada al concepto jurídico de esclavitud y a sus distintas “modalidades” o “prácticas análogas” (léase, trabajo forzoso, reducción a servidumbre).¹⁷⁷⁹

Por último, cuando la víctima del delito de trata es menor de dieciocho años, se agrava

¹⁷⁷³ Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima

¹⁷⁷⁴ Artículo 145 ter.: En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. 4. Las víctimas fueren tres (3) o más. 5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

¹⁷⁷⁵ Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala III, No.14.048, “*Inca Ticona*”, registro No. 1998/11, 27 de diciembre de 2012.

¹⁷⁷⁶ CNCP, Sala IV, No.15668/13, “*Che Ziyin y otros*”, registro No. 2257/13, 21 de noviembre de 2013.

¹⁷⁷⁷ CNCP, “*Inca Ticona*”.

¹⁷⁷⁸ CNCP, Sala II, No. 613/13, “*Ayala Lopez Wilfredo y otros*”, No. 26/3/15, registro No. 302/15.

¹⁷⁷⁹ Ver: Procuraduría de Trata y Explotación de Personas/OIT, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Estrategias para la detección e investigación del delito*; y Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, *Reseña jurisprudencial sobre casos de trata de la Cámara General de Casación Penal*, 2016, pp. 67 y ss., donde se recopilan casos de trata laboral de Tribunales Argentinos: <https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2016/04/rese%C3%B1a-de-la-CNCP-sobre-trata-de-personas.pdf>, [último acceso: 26/01/2020].

la pena, que pasa al marco de diez a quince años.¹⁷⁸⁰

3.2 Belice

En Belice, tanto el delito de sometimiento a trabajos forzados como el de trata de personas se regulan en leyes especiales. El primero se contempla en la Ley de Trabajo, reformada en el año 2011, y el segundo en la Ley sobre trata de personas, revisada en 2013.¹⁷⁸¹

3.2.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

En Belice no se prohíbe la esclavitud o la servidumbre, y se contempla únicamente la prohibición de la imposición de trabajos forzados en el artículo 158 de la Ley de Trabajo –del año 2000–, que dispone que “[n]adie podrá imponer o permitir la imposición de trabajos forzados”. Éstos se definen en el artículo 157:

Por “trabajo forzoso” se entenderá todo trabajo o servicio que se exija a una persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicha persona no se haya ofrecido voluntariamente.

Este artículo también contiene una serie de excepciones, entre las que se encuentran los servicios militares, las obligaciones cívicas normales, el trabajo exigido mediante condena judicial, o trabajo exigido por casos de fuerza mayor.¹⁷⁸² De esta manera, Belice replica exactamente la definición del Convenio No. 29 de la OIT, incluidas las excepciones. La pena para este delito, prevista en el artículo 199 de la Ley del Trabajo, no excederá la multa de doscientos cincuenta dólares o los seis meses en prisión, pena que es bastante inferior a la que se le asigna al delito de trata en el artículo 3(1) de la Ley sobre trata de personas, donde se establece una pena de entre uno y cinco años de prisión.

¹⁷⁸⁰ Artículo 143 ter *in fine* CP.

¹⁷⁸¹ Enlace a la ley: http://humandevlopment.gov.bz/wordpress/wp-content/uploads/2016/02/TIPS_Law.pdf [último acceso: 26/01/2020]

¹⁷⁸² Al igual que el artículo 2.2 del Convenio No. 29 de la OIT, la definición de trabajos forzados del artículo 157 no comprende:

- (a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- (b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- (c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- (d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;
- (e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

3.2.2 Trata de seres humanos

El delito de trata se encuentra recogido en el artículo 3 de la Ley sobre trata de personas (prohibición), que reproduce exactamente los términos del artículo 3 del Protocolo de Palermo, y por tanto la estructura de acción, medios y finalidad de explotación.¹⁷⁸³ Entre las finalidades de explotación se encuentra el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (artículo 2).

Cuando la víctima es menor de edad, no es necesario el empleo de los medios comisivos previstos en el tipo básico de trata.¹⁷⁸⁴

3.3 Bolivia

En el Código Penal boliviano se prohíbe la reducción a la esclavitud o estado análogo en el artículo 291, y la trata de personas en el artículo 281 bis. El primero se sitúa en el Capítulo I (“Delitos contra la libertad individual”) del Título X (“Delitos contra la libertad”), mientras que el delito de trata se encuentra en el Capítulo V (“Trata y tráfico de personas y otros delitos relacionados”) del Título VIII (“Delitos contra la vida, la integridad corporal y la dignidad del ser humano”).

3.3.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 291 del Código Penal, introducido en 1972 reformado por última vez en 2010, prohíbe la reducción a esclavitud o estado análogo:

El que redujere a una persona a esclavitud o estado análogo, será sancionado con privación de libertad de dos a ocho años.

Si la víctima del delito resultare ser Niña, Niño o Adolescente, la pena privativa de libertad será de ocho a dieciséis años.

Aunque no se indica en el Código Penal qué debemos entender por “esclavitud” o “estado análogo”, es útil tener en cuenta el apartado de “Definiciones” (artículo 6) de la Ley Integral contra la Trata y Tráfico de Personas de 31 de julio 2012 (Ley Integral), donde se recogen algunas definiciones relevantes a efectos de aplicación e interpretación de la Ley Integral en relación al delito de trata:

Servidumbre. Es un estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en el que el

¹⁷⁸³ En el texto preliminar de la ley se indica 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 rapto, 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. 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.

¹⁷⁸⁴ Artículo 3(2): La captación, el transporte, la acogida o la recepción de un niño, o la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga el control de un niño, con fines de explotación, constituye trata de personas, con independencia de que esté presente o no alguno de los elementos de la definición de “trata de personas”

victimario induce u obliga a la víctima a realizar actos, trabajos o servicios con fines diversos, mediante engaño, amenazas, coacción u otras formas de violencia (artículo 6.3).

Servidumbre por Deudas. Es todo trabajo o servicio que se exige a una persona que no tiene elección ni conocimiento sobre las consecuencias que tienen los préstamos o anticipos salariales que recibe, generando su sujeción y sometimiento (artículo 6.4).

Servidumbre Costumbrista. Es la acción por la que una persona es sometida o explotada por otra, bajo vínculos asociados a prácticas costumbristas y tradicionales del lugar, como el padrinazgo, compadrazgo, cualquier otro vínculo espiritual o relación de empatronamiento (artículo 6.5).

Matrimonio Servil. Es la explotación laboral y/o sexual de un miembro de la pareja e implica situaciones de esclavitud, aislamiento, control y violencia física, sexual y reproductiva (artículo 6.6).

Trabajo Forzoso. Es cualquier labor o servicio desempeñado por una persona, bajo la amenaza o coacción, con o sin el consentimiento de la persona. El otorgar salarios u otras compensaciones no significa necesariamente que el trabajo no sea forzado u obligado (artículo 6.8).

Estas definiciones, entre las que no se encuentra la esclavitud, reflejan en mayor o menor medida los elementos esenciales de las definiciones del derecho internacional.

3.3.2 Trata de seres humanos

El delito de trata de personas del artículo 281 bis se incorporó en 2006, y fue modificado por última vez en 2012 por la Ley Integral.¹⁷⁸⁵ La definición se adecúa a los estándares establecidos en la normativa internacional de acción, medios y finalidad de explotación.¹⁷⁸⁶ Dentro de estas finalidades se encuentran la reducción a servidumbre o a trabajos forzosos. El hecho de que la víctima sea menor se considera una agravante, y no

¹⁷⁸⁵ Ver Correa Borges, P. C., “Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR”, pp. 124-125

¹⁷⁸⁶ Será sancionado con privación de libertad de diez (10) a quince (15) años, quien por cualquier medio de engaño, intimidación, abuso de poder, uso de la fuerza o cualquier forma de coacción, amenazas, abuso de la situación de dependencia o vulnerabilidad de la víctima, la concesión o recepción de pagos por sí o por tercera persona realizare, indujere o favoreciere la captación, traslado, transporte, privación de libertad, acogida o recepción de personas dentro o fuera del territorio nacional, aunque mediere el consentimiento de la víctima, con cualquiera de los siguientes fines:

1. Venta u otros actos de disposición del ser humano con o sin fines de lucro.
2. Extracción, venta o disposición ilícita de fluidos o líquidos corporales, células, órganos o tejidos humanos.
3. Reducción a esclavitud o estado análogo.
4. Explotación laboral, trabajo forzoso o cualquier forma de servidumbre.
5. Servidumbre costumbrista.
6. Explotación sexual comercial.
7. Embarazo forzado.
8. Turismo sexual.
9. Guarda o adopción.
10. Mendicidad forzada.
11. Matrimonio servil, unión libre o de hecho servil.
12. Reclutamiento de personas para su participación en conflictos armados o sectas religiosas.
13. Empleo en actividades delictivas.
14. Realización ilícita de investigaciones biomédicas.

se prevé que no sean necesarios los medios comisivos del delito básico de trata.¹⁷⁸⁷

3.4 Brasil

En Brasil, el artículo 149 del Código Penal contempla el delito de “reducción a condición análoga a la de un esclavo”, y el artículo 149-A del delito de “trata de seres humanos”. Ambos se encuentran en la Sección I (“Los delitos contra la libertad personal”) del Capítulo VI (“Los delitos contra la libertad individual”).

3.4.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El delito de reducción a condición análoga a la de un esclavo está tipificado en el artículo 149 del Código Penal.¹⁷⁸⁸ Este delito se incluyó en el Código Penal de 1940, aunque la redacción actual procede de la Ley No. 10.803/2003.¹⁷⁸⁹ La incorporación de este delito en el capítulo de los delitos contra la libertad personal hizo que inicialmente se vinculara exclusivamente a las conductas que intentaban limitar la libertad de movimiento,¹⁷⁹⁰ lo que, como pone de manifiesto Haddad, ha dejado una marca tan profunda que un juez del Tribunal Supremo brasileño, Días Toffoli, argumentó en 2012 que si no había restricción de la libertad de movimiento del trabajador, no había delito, basándose en que siempre se había interpretado como un ataque a la libertad personal.¹⁷⁹¹

El artículo 149 prohíbe la reducción a condición análoga a la de esclavo en los siguientes términos:

Art. 149. Reducir a alguien a una condición análoga a la de esclavo, o someterlo a trabajos forzados o a una jornada extenuante, o someterlo a condiciones degradantes de trabajo, o restringir de cualquier manera, su locomoción, en virtud de deuda adquirida con el empleador o su representante.

Pena - reclusión de dos a ocho años y una multa, además de la sanción que corresponda por la violencia.

1. Las mismas penas se aplican a aquellos que:

I.- restrinjan el uso de cualquier medio de transporte del empleado con el fin de retenerlo en

¹⁷⁸⁷ Artículo 281 bis III. La sanción será de quince (15) a veinte (20) años cuando la víctima fuere un niño, niña o adolescente, persona con discapacidad física, enfermedad o deficiencia psíquica, mujer embarazada, o el autor sea parte de una organización criminal, se produzca una lesión gravísima o se ponga en peligro la vida, la integridad o la seguridad de la víctima.

¹⁷⁸⁸ Redacción por la Ley No. 10.803 de 11 de diciembre de 2003.

¹⁷⁸⁹ Tal y como indica Haddad, C. H. B., en: “The Definition of Slave Labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38, No. 3, 2017, pp. 499-500: “La inspiración para este artículo parece proceder del artículo 603 del Código Penal italiano”. En este sentido, también: Senise Ferreira, I., “A atualidade do pensamento de Carrara no direito penal”, 83 *Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo*, Vol. 83, 1988, pp. 54 y ss.

¹⁷⁹⁰ Como pone de manifiesto Dias Paes, varias decisiones del Tribunal Regional Federal de la Región requieren que haya restricciones en el movimiento para afirmar que se ha cometido un delito de reducir a una persona a una condición análoga a la de esclavo: Dias Paes, M., “O Crime de Redução a Condição Análoga a de Escravo em Dados: Análise Dos Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região”, *Discussões Contemporâneas sobre Trabalho Escravo: Teoria e Pesquisa*, Rezende Figueira, R./Antunes Prado, A./Galvao, E. M., (ed.), Mauad Editora, Río de Janeiro, 2015, p. 81

¹⁷⁹¹ Haddad, C. H. B., en: “The Definition of Slave Labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil”, p. 501.

el lugar de trabajo.

II.- mantengan una ostensible vigilancia en el lugar de trabajo o tomen posesión de documentos o bienes personales de los trabajadores con el fin de retenerlos en el lugar de trabajo.

2. La pena se aumentará en una mitad si el delito se comete:

I.- en contra de un niño o adolescente;

II.- por motivos de raza, color, etnia, religión u origen.¹⁷⁹²

Con esta regulación, dentro del encabezado de “reducción a una condición análoga a la de esclavo”, se contempla una pluralidad de situaciones de muy distinta gravedad: a) la propia reducción a una condición análoga a la de esclavo; b) sometimiento a trabajos forzosos; c) imposición de una jornada extenuante; d) imposición de condiciones degradantes; e) restricción de la libertad de movimiento en virtud de una deuda u otra obligación; f) restricción de la libertad ambulatoria para mantenerlo en el lugar de trabajo; g) mantener ostensible vigilancia; o h) tomar posesión de documentos o bienes personales de los trabajadores para retenerlos.¹⁷⁹³ El encabezado de este artículo se refiere a “condición” y no a “estado o condición”, porque este artículo lidia con la esclavitud de facto.¹⁷⁹⁴

La Ordenanza No. 1.129 del Ministerio de Trabajo, de fecha 13 de octubre de 2017, publicada en el Boletín Oficial del 16 de octubre de 2017, explica el significado de los conceptos de trabajo forzoso, jornada exhaustiva y condiciones análogas al trabajo esclavo para mejorar la aplicación del artículo 149:¹⁷⁹⁵

I - Trabajo forzado: es aquel que se ejerce sin el consentimiento del trabajador y que elimina

¹⁷⁹² La reforma de 2003 dotó de contenido al artículo 149 del Código Penal y se produjo poco después de que el gobierno brasileño reconociese ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos su responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos a particulares. Este caso fue el resultado de una demanda iniciada en el año 1994 por la situación de esclavitud en la que se encontraba José Pereira, junto con más de sesenta trabajadores de la misma zona. Ver: CIDH, *José Pereira c. Brazil*, Petición No. 11.289, Acuerdo amistoso, Informe de la Comisión Interamericana No. 95/03, 2003. El reconocimiento público de Brasil de su propia responsabilidad comenzó con el establecimiento de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo (CONATRAE) el 18 de septiembre de 2003, lo que representó un compromiso intensificado de hacer esfuerzos para poner fin al trabajo esclavo: Ofenhejm Mascarenhas, A., “How Does Brazil Fight Contemporary Slavery?”, *Socially Responsive Organizations and the Challenge of Poverty*, Gudic, M./Rosenbloom, A. I./Parkes, C. (ed.), Roulledge, 2014, p. 138. Posteriormente, Brasil ha vuelto al punto de mira tras la sentencia de la CIDH *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* (2016).

¹⁷⁹³ Debido a esta diversidad de conductas, Haddad ha señalado que, a efectos de la persecución, sigue siendo función del juez otorgar de contenido normativo y evaluar la presencia de los factores caso por caso. Ver: Haddad, C. H. B., en: “The Definition of Slave Labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil”, p. 505.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*

¹⁷⁹⁵ DOU de 16/10/2017 (nº 198, Seção 1, pág. 82). Ver la ordenanza online: http://www.lex.com.br/legis_27525737_PORTARIA_N_1129_DE_13_DE_OUTUBRO_DE_2017.aspx Ver también Scott, R. J./Barbosa, L. A. B./Haddad, C. H. B., “How Does the Law Put a Historical Analogy to Work: Defining the Imposition of a Condition Analogous to That of a Slave in Modern Brazil”, p. 12. El Ministerio de Trabajo y Empleo ha elaborado el “Manual de Combate Ao Trabalho em Condições análogas as de escravo”, en el que también ofrece directrices para interpretar el concepto de sometimiento a trabajo esclavo para diferenciarlo, de 2011: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf> [último acceso: 26/01/2020].

la posibilidad de expresar su voluntad;

II – Jornada extenuante: la sumisión del trabajador, contra su voluntad y con privación del derecho a ir y venir, a trabajar fuera de los dictados legales aplicables a su categoría;

III - Condición degradante: caracterizada por actos compulsivos de violación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, encarnados en la limitación de la libertad de ir y venir, ya sea por medios morales o físicos, y que implican en la privación de su dignidad.

IV - Condición análoga a la esclavitud:

a) el sometimiento del trabajador al trabajo exigido bajo amenaza de sanción, con uso de coacción, realizado involuntariamente;

b) la restricción del uso de cualquier medio de transporte por parte del trabajador, con el fin de retenerlo en el lugar de trabajo debido a una deuda contraída con el empleador o agente, caracterizando el aislamiento geográfico;

c) el mantenimiento de la seguridad armada para retener al trabajador en el lugar de trabajo debido a una deuda contraída con el empleador o agente;

d) la conservación de la documentación personal del trabajador con el fin de mantenerlo en el lugar de trabajo;

Estas definiciones reflejan la jurisprudencia sobre el concepto de trabajos forzados y de condición análoga a la esclavitud que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla en la sentencia *Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, de 2016. En este caso, la Corte Interamericana consideró, por un lado, que la definición de trabajo forzoso u obligatorio consta de dos elementos básicos: trabajo o el servicio exigido “bajo amenaza de una pena”, llevado a cabo de forma involuntaria,¹⁷⁹⁶ y por otro, que la servidumbre es una forma agravada de trabajo forzoso que debe interpretarse como “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.¹⁷⁹⁷ En concreto, para afirmar que los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación y que habían sido sometidos a servidumbre, la Corte tuvo en cuenta los siguientes elementos: i) la presencia de guardias armados; ii) la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida; iii) la coacción física y psicológica, y iv) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga.¹⁷⁹⁸

Como puede observarse, la Ordenanza de 2017 traslada esas nociones en el derecho interno, diferenciando entre las distintas prácticas y centrando el análisis en torno a la idea de sujeción de personas vulnerables. No obstante, tal y como se encuentra regulado el artículo 149 del Código Penal brasileño, en un mismo artículo se engloban las conductas (condición análoga a la esclavitud, trabajos forzados, etc.) y sus elementos indicativos, tales como la retención de documentación o pertenencias personales, vigilancia ostentosa, restricción de movimientos, etc., que son los que, tomados en su conjunto, reflejan una realidad de sometimiento.¹⁷⁹⁹ Esto podría derivar en mayores

¹⁷⁹⁶ CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 292.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, párr. 280

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, párr. 303.

¹⁷⁹⁹ Esta idea se ha visto reflejada en la jurisprudencia brasileña del Tribunal Supremo Federal: “Para la configuración del delito de art. 149 del Código Penal no es necesario probar la coacción física o incluso la restricción de la libertad de movimiento. [...] La “esclavitud” moderna es más sutil que la del siglo XIX, y la restricción de la libertad puede deberse a diversas restricciones económicas, no necesariamente físicas.

dificultades para la persecución de las conductas más graves, al desviar la atención hacia elementos que no dejan de ser indicadores o consecuencias de un estado de sometimiento más extremo de trabajo esclavo, aunque deban tenerse en cuenta.¹⁸⁰⁰

3.4.2 Trata de seres humanos

En 2016 se reformó el delito de trata para adecuarlo al Protocolo de Palermo.¹⁸⁰¹ El artículo 149-A castiga la trata de seres humanos tal y como se contempla en la normativa internacional: un delito de acción múltiple que puede cometerse mediante cualquiera de los medios mencionados, y con cualquiera de las finalidades de explotación enunciadas.¹⁸⁰² Entre estas finalidades se menciona el sometimiento a someterla a trabajos en condiciones análogas a las de un esclavo o a cualquier tipo de servidumbre. Si la víctima es menor de edad, se incrementa la pena de un tercio a la mitad (artículo 149-A, párrafo 1, II CP).

3.5 Costa Rica

El Código Penal costarricense castiga el sometimiento a servidumbre en el artículo 189 y la imposición de trabajos forzados en el artículo 189 bis, dentro de la Sección I (“Delitos contra la libertad individual”) del Título V (“Delitos contra la libertad”). Por otro lado, el artículo 172 contempla el delito de trata de personas en la Sección III (“Corrupción, Proxenetismo, Rufianería”) del Título III (“Delitos sexuales”).

3.5.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

Se le priva de libertad y dignidad al tratarlo como una cosa y no como una persona humana, lo que puede hacerse no solo mediante la coacción sino también a través de la violación intensa y persistente de sus derechos básicos, incluido el derecho al trabajo decente”. Sentencia del Tribunal Federal, Plenario, No. 3.412 de 12 de noviembre de 2012.

¹⁸⁰⁰ Miraglia, L. M. M., *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*, 2ª ed. LTr Editoria, 2015, p. 157.

¹⁸⁰¹ Introducido por la Ley 13.344 de 2016. Hasta la aprobación de la Ley No. 13.344/2016 sólo se contemplaba la trata con fines de prostitución, en el país o en el exterior, tal y como indicaban los artículos 231 y 231 bis del Código Penal. A partir de octubre de 2016 se derogan estos artículos y se crea el artículo 149-A, para adecuar la legislación brasileña al régimen establecido en el Protocolo de Palermo: se amplían las modalidades de las conductas delictivas y el marco de aplicación territorial, reconoce a la víctima con independencia de ser o no nacional, y establece normas de protección y asistencia a las víctimas.. De esta forma, no sólo se adecúa al Protocolo de Palermo, sino que recoge las demandas de la sociedad civil a partir del seguimiento y evaluación e la Política Nacional de ETP -Red de Enfrentamiento a la Trata de Personas. Sobre esto, ver: Correa Da Silva, W., El delito de trata de personas en Brasil a partir de los cambios de la Ley 13.344/2016, en *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 224 y ss.

¹⁸⁰² Artículo 149-A. Agenciar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger una persona, mediante grave amenaza, violencia, coacción, fraude o abuso, con la finalidad de:

- I. Removerle órganos, tejidos o partes del cuerpo;
- II. Someterla a trabajos en condiciones análogas a las de un esclavo;
- III. Someterla a cualquier tipo de servidumbre;
- IV. Adopción ilegal; o
- V. Explotación sexual.

Pena – reclusión de 4 a 8 años y multa. Para un análisis del tipo, ver especialmente: *Ibid.*, pp. 237 y ss.

El artículo 189, introducido en 2012,¹⁸⁰³ del Código Penal prohíbe la reducción o el mantenimiento en una situación de servidumbre o condición análoga, sin definirla:

Será reprimido con prisión de cuatro a doce años, quien reduzca a una persona a servidumbre o a otra condición análoga o la mantuviere en ella.

Por otro lado, los trabajos o servicios forzados se castigan en el artículo 189 bis, introducido por una ley de 2018:¹⁸⁰⁴

Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien induzca, mantenga o someta a una o más personas a realizar trabajos o servicios bajo fuerza, engaño, coacción o amenaza. La pena de prisión será de ocho a dieciséis años si la víctima es una persona menor de dieciocho años de edad o se encuentra en una situación de vulnerabilidad o discapacidad. En ningún caso, el consentimiento otorgado por la víctima eximirá de la responsabilidad penal.

Este artículo contiene los mismos caracteres que la definición de trabajos forzados del Convenio No. 29 de la OIT: imponer la realización de trabajos o servicios sin el consentimiento del trabajador –“quien induzca, mantenga o someta [...] a realizar trabajos o servicios”– bajo la amenaza de un mal –“bajo fuerza, engaño, coacción o amenaza”–. Si lo ponemos en comparación con el delito de reducción o mantenimiento en situación de servidumbre o condición análoga, podemos observar que la pena mínima asignada a este delito, cuatro a doce años, es inferior que la pena mínima para el delito de trabajos forzados, de seis a diez años.

3.5.2 Trata de seres humanos

El artículo 172 del Código Penal, reformado por última vez en 2009,¹⁸⁰⁵ tipifica la trata de personas como un delito de acción con finalidad de explotación, sin que se tengan que emplear ciertos medios comisivos.¹⁸⁰⁶ Entre las finalidades contempladas se encuentra el sometimiento a trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud. El hecho de que la víctima sea menor de dieciocho años de edad, o el empleo de ciertos medios comisivos como engaño o violencia, agrava

¹⁸⁰³ Ley 9095 de 2012.

¹⁸⁰⁴ Este delito se incluyó en el Código Penal por la Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT), No. 9095 del 26 de octubre de 2012, y modificado por ley No. 9545 del 24 de abril de 2018.

¹⁸⁰⁵ Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009. Ver: Rodríguez-Fernández, A./Ramos-Con, P., “Entre lo oculto y lo silenciado: la trata de personas en Costa Rica y sus desafíos para la investigación académica”, *Espiga*, Vol. 17, No. 35, 2018, p. 20.

¹⁸⁰⁶ Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional, de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular.

la pena de ocho a dieciséis años (artículo 172, párrafo 2 del Código Penal).¹⁸⁰⁷

3.6 Ecuador

En el Código Penal de Ecuador se recoge el delito de esclavitud en el artículo 82 en la Sección I (“Delitos contra la humanidad”)¹⁸⁰⁸ del Capítulo Primero (“Graves violaciones de derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario”) del Título IV (“Infracciones en particular”). La Sección II de ese mismo Capítulo establece la prohibición de trata de personas en el artículo 91.¹⁸⁰⁹ Finalmente, en la Sección III (“Diversas formas de explotación”) del mismo Capítulo se contempla la prohibición de trabajos forzados u otras formas de explotación laboral (artículo 105).

3.6.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 82 del Código Penal, introducido en 2014,¹⁸¹⁰ prohíbe el sometimiento a esclavitud en los siguientes términos:

La persona que ejerza todos o algunos atributos del derecho de propiedad sobre otra, constituyendo esclavitud, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Esta definición replica la de la Convención de 1926, fijando un marco punitivo muy elevado, de 22 a 26 años.

Por otro lado, el artículo 105, también incluido en 2014, castiga el sometimiento a “trabajos forzados u otras formas de explotación” con una pena privativa de libertad de diez a trece años:

Habrán trabajos forzados u otras formas de explotación o servicios laborales en los siguientes casos:

1. Cuando se obligue o engañe a una persona para que realice, contra su voluntad, un trabajo o servicio bajo amenaza de causarle daño a ella o a terceras personas.
2. Cuando en estos se utilice a niñas, niños o adolescentes menores a quince años de edad.
3. Cuando se utilice a adolescentes mayores a quince años de edad en trabajos peligrosos, nocivos o riesgosos de acuerdo con lo estipulado por las normas correspondientes.
4. Cuando se obligue a una persona a realizar un trabajo o servicio utilizando la violencia o

¹⁸⁰⁷ La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias: a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad; b) Engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción. [...]

¹⁸⁰⁸ Aunque el delito de esclavitud se encuentre en esta Sección, no requiere que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, puesto que el artículo 89 de esa misma Sección los prevé expresamente (entre los que se encuentra la esclavitud): Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años”.

¹⁸⁰⁹ Mediante la Ley n. 2 publicada en el Registro oficial n. 45 de 23 de junio de 2005.

¹⁸¹⁰ Mediante Ley que adopta un Código Orgánico Integral Penal, de 29 de enero de 2014.

amenaza.

5. Cuando se obligue a una persona a comprometer o prestar sus servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, aprovechando su condición de deudora.

6. Cuando se obligue a una persona a vivir y trabajar en una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición.

En este artículo se recogen, bajo el encabezado de “trabajos forzados y otras formas de explotación”, varias conductas de distinta naturaleza: el apartado 6 se asemeja a la servidumbre de la gleba y el apartado 5 a la servidumbre por deudas, ambos enunciados en la Convención Suplementaria de 1956; el apartado 1 es el que mejor refleja el concepto de trabajos forzados del Convenio No. 29, que se diferencia del apartado 4 en que este último no incluye el engaño o amenaza a terceros entre los medios comisivos; el apartado 3 castiga la utilización de adolescentes de más de quince años en trabajos peligrosos; y el apartado 2 castiga la utilización de niños menores de quince años en la conducta descrita en el apartado 1. A pesar de contemplar conductas de distinta gravedad, el marco punitivo –de diez a trece años– es bastante reducido.

3.6.2 Trata de seres humanos

El artículo 91 del Código Penal se refiere a la prohibición de trata de personas con fines de explotación.¹⁸¹¹ Este delito fue introducido en 2005,¹⁸¹² y según ese mismo artículo, constituye explotación relevante para la trata “toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos”, entre otros, mediante “[l]a explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil” (artículo 91.3). Para la realización del tipo no es necesario que se emplee ninguno de los medios comisivos mencionados en el Protocolo de Palermo.

¹⁸¹¹ Artículo 91. Trata de personas: La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas.

Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de:

1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético de personas vivas, incluido el turismo para la donación o trasplante de órganos.
2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil.
3. La explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil.
4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación.
5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.
6. La mendicidad.
7. Reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de actos penados por la ley.
8. Cualquier otra modalidad de explotación.

¹⁸¹² Ley No. 2005-2 reformativa al Código Penal, 2005.

3.7 México

En México existe desde 2012 una Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos (Ley General de trata), reformada por última vez en 2018. Este ley es el resultado de una reforma del artículo 73 fracción XXI de la Constitución política federal para que existiera una sola ley de trata en todo el país.¹⁸¹³

Además de la prohibición de trata en el artículo 10, esta ley tipifica la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados en los artículos 11, 12 y 22 respectivamente.¹⁸¹⁴

3.7.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

La Ley General de trata dedica el Capítulo II a los delitos relacionados con la trata de personas (28). El artículo 11 prohíbe el sometimiento a esclavitud:

A quien tenga o mantenga a otra persona en una situación de esclavitud, será sancionado con pena de 15 a 30 años prisión y de un mil a 20 mil días multa.

Se entiende por esclavitud el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y que se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad.

Esta definición es similar a la de la Convención de 1926, “estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. No obstante, en lugar de trasladar directamente la definición al derecho interno, la normativa mexicana incorpora tres elementos que ayudan a clarificar su sentido: el elemento “dominio”, la imposibilidad de la víctima de disponer de sí misma o de sus bienes y el ejercicio “de hecho” de los atributos del derecho de propiedad (compra, venta, cesión, permuta, disposición, etc.). De esta manera, queda capturada la esencia del delito de esclavitud como control equivalente a posesión,¹⁸¹⁵ y no cabe duda de que la definición no se aplica exclusivamente en los casos de esclavitud legal, sino en la que ocurra de facto.

Por otro lado, el artículo 12 prohíbe la servidumbre:

A quien tenga o mantenga a una persona en condición de siervo será sancionado con una pena

¹⁸¹³ Artículo 1 de la Ley. Ver también: Martiñón Cano, G., “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, en *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 180. Anteriormente, debido al régimen político federado de México, los 35 Estados regulaban la trata de manera distinta, e incluso había Estados que no lo consideraban delito. En concreto, había 13 leyes especiales anti trata de personas, 16 Códigos Penales que tipificaban este delito, y 3 Estados que ni siquiera lo consideraban

¹⁸¹⁴ En el artículo 3 se establecen los principios orientadores para la interpretación y aplicación de las acciones y para la protección y asistencia de las víctimas. Entre estos principios se contemplan el principio de máxima protección (I); la prohibición de la esclavitud y de la discriminación, en los términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (III); interés superior de la infancia (IV); debida diligencia (V); derecho a la reparación del daño (VII) o la garantía de no revictimización (VIII)

¹⁸¹⁵ Directriz 4 Bellagio-Harvard

de prisión de 5 a 10 años y de un mil a 20 mil días multa.

A continuación explica en qué casos se tiene la condición de siervo:

I. Por deudas: La condición que resulta para una persona del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

II. Por gleba: Es siervo por gleba aquel que:

- a. Se le impide cambiar su condición a vivir o a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona;
- b. Se le obliga a prestar servicios, remunerados o no, sin que pueda abandonar la tierra que pertenece a otra persona;
- c. Ejercer derechos de propiedad de una tierra que implique también derechos sobre personas que no puedan abandonar dicho predio.

De esta manera, la Ley General de trata mexicana incorpora las prácticas serviles contempladas en la Convención Suplementaria de 1956 en los apartados a) y b) del artículo 1. No incluye ni el matrimonio servil del apartado c),¹⁸¹⁶ ni el de tráfico de niños del apartado d), que queda englobado de manera general en el artículo 10 sobre trata.

Por último, el artículo 22 castiga con una pena de prisión de 10 a 20 años a “quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados”. A continuación, lo define de la siguiente manera:

Hay trabajo forzado cuando el mismo se obtiene mediante:

- I. Uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal;
- II. Daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de vulnerabilidad;
- III. El abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad.

Esta definición recoge los elementos esenciales del artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT: ausencia de consentimiento y amenaza de una pena cualquiera,¹⁸¹⁷ que no tiene que constituir necesariamente delito. El artículo, en lugar de centrarse en lo abusivo de las condiciones laborales impuestas –a diferencia del delito de explotación laboral,

¹⁸¹⁶ Aunque el artículo 28 prohíbe los matrimonios forzosos en términos idénticos a los matrimonios serviles de la Convención Suplementaria: “se impondrá pena de 4 a 10 años de prisión y de 200 a 2 mil días multa, además de la declaratoria de nulidad de matrimonio, al que: I. Obligue a contraer matrimonio a una persona, de manera gratuita o a cambio de pago en dinero o en especie entregada a sus padres, tutor, familia o a cualquier otra persona o grupo de personas que ejerza una autoridad sobre ella; II. Obligue a contraer matrimonio a una persona con el fin de prostituirla o someterla a esclavitud o prácticas similares; III. Ceda o trasmita a una persona a un tercero, a título oneroso, de manera gratuita o de otra manera”.

¹⁸¹⁷ “Trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”

contemplado en el artículo 22 de la Ley General de trata¹⁸¹⁸—, pone el énfasis en la forma en la que se obtiene el consentimiento de la persona que ofrece el trabajo o servicio: mediante uso de la fuerza, amenaza grave a la persona o a otra, o abusando de una situación de vulnerabilidad. Este último elemento, que puede provocarse mediante el daño, amenaza de daño, amenaza de denuncia ante las autoridades de una situación migratoria irregular, etc., añade matices a la definición de trabajo forzoso y refleja las aportaciones de la jurisprudencia internacional al concepto.¹⁸¹⁹

A diferencia de la clasificación habitual que ordena la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos de mayor a menor gravedad, para el legislador mexicano la conducta más grave es la de sometimiento a esclavitud (15-30 años), seguida por la imposición de trabajos forzados (10-20 años) y, por último, la servidumbre (5-10 años).

3.7.2 Trata de seres humanos

La trata de seres humanos se regula en el artículo 10 de la Ley General sobre trata.¹⁸²⁰ Esta regulación abarca los elementos de acción y propósito de explotación, sin que sea

¹⁸¹⁸ Será sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, quien explote laboralmente a una o más personas. Existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad, tales como: I. Condiciones peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias de acuerdo a la legislación laboral o las normas existentes para el desarrollo de una actividad o industria; II. Existencia de una manifiesta desproporción entre la cantidad de trabajo realizado y el pago efectuado por ello, o III. Salario por debajo de lo legalmente establecido

¹⁸¹⁹ Este criterio, que influyó en la “percepción subjetiva de la amenaza” fue uno de los determinantes para la condena por trabajos forzosos en la sentencia del TEDH en *Siliadin c. Francia*, párr. 118; *CN y V c. Francia*, párr. 77; y en *CN c. Reino Unido*, párr. 80. También es un criterio para considerar que la persona ha sido sometida a trabajos forzosos o servidumbre en el caso CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, párr. 294 y ss.

¹⁸²⁰ El artículo 10 indica: Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes. Se entenderá por explotación de una persona a: I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley; II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley; III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley; IV. La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente Ley; V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley; VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley; VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley; VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley; IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el artículo 29; X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y XI. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley. Sobre esto, ver: Martiñón Cano, G., “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, en Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, 2019; Uribe Olvera, M., “El tipo penal de trata de personas”, en AAVV, *Trata de personas. Un acercamiento a la realidad nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, pp. 199 y ss.: http://cdhpuebla.org.mx/pdf2019/Acercamiento-Trata-Personas_1.pdf [último acceso: 26/01/2020]; Noriega Sáenz, M. O./García Hitron, A., *El fenómeno de la trata de personas: análisis de las ciencias penales y proyecto de reforma a la ley vigente en la materia*, INACIPE, México, 2016.

necesario probar el empleo de ciertos medios comisivos.¹⁸²¹ En cuanto a las finalidades de explotación, se contemplan once posibles, entre las que se encuentra la esclavitud, el sometimiento a condición de siervo, o a trabajos o servicios forzados.

3.8 Nicaragua

El Código Penal de Nicaragua prohíbe el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados en el artículo 315, dentro del Capítulo Único del Título X (“Delitos contra los derechos laborales”), y el delito de trata de seres humanos en artículo 182, dentro del marco del Capítulo II (“Delitos contra la libertad e integridad sexual”) del Título II (“Delitos contra la libertad”).

3.8.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

El artículo 315, introducido en 2007,¹⁸²² sobre “discriminación, servidumbre, explotación” prohíbe la reducción a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados:

Quien someta, reduzca o mantenga a otra persona en esclavitud o condiciones similares a la esclavitud, trabajo forzoso u obligatorio, régimen de servidumbre o cualquier otra situación en contra de la dignidad humana, en la actividad laboral, será castigado con prisión de cinco a ocho años.

Este apartado, que se encuentra en el mismo artículo que castiga otras conductas relacionadas con la discriminación en el trabajo, está abarcando el sometimiento, reducción o mantenimiento en distintas situaciones: (i) esclavitud; (ii) condiciones similares a la esclavitud; (iii) trabajo forzoso u obligatorio; (iv) régimen de servidumbre; (v) cualquier otra situación en contra de la dignidad humana en la actividad laboral. A pesar del amplio rango de conductas contempladas, no se define ninguno de los conceptos. La amplia variedad de conductas, de muy distinta gravedad, se contraponen con un estrecho marco punitivo, de cinco a ocho años –el delito de trata tiene asociada una pena de siete a diez años–.

En la Ley No. 896 contra la trata de personas de 2015 se definen los conceptos básicos en el artículo 6, en los que Nicaragua refleja los conceptos de derecho internacional sobre esclavitud, servidumbre y trabajos forzados:

Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud: La esclavitud es el estado o condición de una persona sobre el cual se ejercen todos o parte de los atributos del derecho de propiedad y en la que es sometida su voluntad y libertad. Las prácticas análogas a la esclavitud incluyen: esclavitud por razón de deuda, servidumbre, formas serviles de matrimonio, y explotación de niños, niñas y adolescentes, de conformidad a la Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la

¹⁸²¹ Martiñon Cano propone, como técnica jurídica, que debe exigirse la presencia de ciertos medios comisivos: violencia, engaño o intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, etc. Ver Martiñon Cano, G., “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, pp. 194-197.

¹⁸²² Mediante la Ley No. 641, de 2007.

Esclavitud y otros instrumentos jurídicos de derechos humanos.

Servidumbre: Es un estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en la que la persona victimaria induce u obliga a otra a realizar actos, trabajos o servicios mediante engaño, amenaza u otras formas de violencia.

Trabajo forzado: Es el trabajo o servicios exigidos a una persona bajo cualquier amenaza, coacción o violencia en el desempeño involuntario de una labor, sea a través de la acumulación de sumas adeudadas, retención de documentos de identidad o amenaza de denuncia ante las autoridades de migración y extranjería, entre otros.

Es preciso tener en cuenta, no obstante, que estas definiciones se enuncian en relación con la trata de personas.

3.8.2 Trata de seres humanos

El artículo 182 del Código Penal, modificado por última vez en 2015,¹⁸²³ es el que se refiere al delito de “trata de personas”.¹⁸²⁴ Este delito contiene el elemento acción con finalidad de explotación, pero sin que sea necesario acreditar la utilización de determinados medios comisivos, que constituyen agravantes. Entre las finalidades de explotación se encuentran los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, y la servidumbre. Por último, la minoría de edad de la víctima constituye una agravante (artículo 182 bis, II. 1) del Código Penal).

3.9 Panamá

El Código Penal de Panamá prohíbe el sometimiento a trabajos forzosos en el artículo 456-D, y la trata de personas en el artículo 456-A. Ambos artículos se sitúan en el Capítulo IV (“Delitos contra la Trata de Personas”) del Título XV (“Delitos contra la Humanidad”). También tipifica el delito de servidumbre sexual (artículo 182), en el Capítulo II (“Corrupción de Personas Menores de Edad, Explotación Sexual Comercial y otras Conductas”) del Título III (“Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual”).

3.9.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

El artículo 182 castiga la “servidumbre sexual”, sin definirla:

Quien mediante amenaza o violencia se haga mantener, aunque sea parcialmente, por una

¹⁸²³ Ley No. 896 contra la trata de personas, de 2015.

¹⁸²⁴ Artículo 182 CP: Comete el delito de trata de personas, quien organice, financie, dirija, promueva, publicite, gestione, induzca, facilite o quien ejecute la captación directa o indirecta, invite, reclute, contrate, transporte, traslade, vigile, entregue, reciba, retenga, oculte, acoja o aloje a alguna persona con cualquiera de los fines de prostitución, explotación sexual, proxenetismo, pornografía infantil, matrimonio servil, forzado o matrimonio simulado, embarazo forzado, explotación laboral, trabajos o servicios forzados, trabajo infantil, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, tráfico o extracción ilícita de órganos, tejidos, células o fluidos humanos o cualquiera de sus componentes, experimentación biomédica clínica o farmacológica ilícitas, participación en actividades de criminalidad organizada, utilización de menores en actividades delictivas, mendicidad o adopción irregular, para que dichos fines sean ejercidos dentro o fuera del territorio nacional.

persona sometida a servidumbre sexual será sancionado con prisión de cinco a diez años.¹⁸²⁵:

Por otro lado, el artículo 456-D prohíbe los trabajos forzosos:

Quien someta o mantenga a personas de cualquier sexo para realizar trabajos o servicios bajo fuerza, engaño, coacción o amenaza será sancionado con prisión de seis a diez años. La pena de prisión de diez a quince años si la víctima es una persona menor de edad o se encuentra en una situación de vulnerabilidad o discapacidad.

Este artículo define los trabajos forzosos de una forma similar a como se regulan en el Convenio No. 29 de la OIT, con los elementos fundamentales de involuntariedad del trabajador y amenaza de un mal. En este caso se especifican los posibles medios comisivos: fuerza, engaño, coacción o amenaza. Si atendemos a la gravedad del marco punitivo para extraer conclusiones sobre la gravedad de las conductas, es preciso señalar que la pena mínima para la servidumbre sexual es inferior –cinco a diez años– que la pena mínima para los trabajos forzosos –seis a diez años, que puede incrementarse a un marco de diez a quince años–.

3.9.2 Trata de seres humanos

El artículo 456-A del Código Penal tipifica el delito de trata contemplando únicamente los elementos de acción y finalidad de explotación, incluyendo las finalidades de sometimiento a servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, o trabajos o servicios forzados, entre otras.¹⁸²⁶ Los medios comisivos no forman parte del tipo básico sino que constituyen una modalidad agravada del delito de trata, al igual que la minoría de edad de la víctima (apartados 3 y 1), respectivamente, del artículo 456-A *in fine*).¹⁸²⁷

3.10 Perú

Los delitos de trata de personas, esclavitud y servidumbre se encuentran regulados en los artículos 153 y siguientes del Código Penal peruano, en el Capítulo I (“Violación de la libertad personal”). Por otro lado, el delito de imposición de trabajos forzosos se encuentra en el artículo 168-B, en Capítulo VII (“Violación de la libertad de trabajo”). Ambos forman parte del Título IV (“Delitos contra la libertad”).

¹⁸²⁵ Este artículo fue reformado el 20 de marzo de 2018, para elevar la pena de 3 a 5 años a 5 a 10 años.

¹⁸²⁶ Art. 456-A CP: Quien promueva, dirija, organice, financie, publicite, invite o gestione por cualquier medio de comunicación individual o de masas o de cualquiera otra forma facilite la entrada o salida del país o el desplazamiento dentro del territorio nacional de una persona de cualquier sexo, para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

¹⁸²⁷ Artículo 456-A *in fine*: La sanción será de veinte a treinta años de prisión, cuando:

1. La víctima sea una persona menor de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad o incapaz de consentir. [...]
3. El hecho sea ejecutado por medio de engaño, coacción, violencia, amenaza, fraude, sustracción o retención de pasaportes, documentos migratorios o de identificación personal.

3.10.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

En 2017, el Decreto Legislativo No. 1323 incorporó los artículos 153-C y 168-B, que contemplan la prohibición de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados. Concretamente, el artículo 153-C tipifica la “Esclavitud y otras formas de explotación” en los siguientes términos:

El que obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

El tipo penal contempla tres conductas típicas alternativas: obligar, reducir o mantener a una persona en condiciones de esclavitud o servidumbre. A pesar de que la imposición de las mismas es el elemento central del delito, el Código Penal no las define.

Por otro lado, el artículo 168-B establece la prohibición de sometimiento a trabajos forzados:

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de cien a doscientos días-multa.

El tipo penal establece dos conductas típicas alternativas: someter y obligar, que apuntan a una mayor o menor intensidad en la afectación del bien jurídico –derecho a trabajar libremente– en función de los medios comisivos empleados. La consideración de la dignidad humana ayuda, además, a diferenciar los supuestos de trabajo forzoso de los delitos de imposición de malas condiciones de seguridad y salud en el trabajo (artículo 168-A).¹⁸²⁸ Además, la diferente gravedad de las penas –6 a 12 para los trabajos forzados y 10 a 15 para la esclavitud o servidumbre– apunta a una progresión en la gravedad de las conductas.¹⁸²⁹

3.10.2 Trata de seres humanos

El artículo 153 del Código Penal, introducido por la Ley 28950 en 2007 y modificado en 2018 se adecúa a los estándares de la normativa internacional y a la estructura de acción, medios y propósito de explotación.¹⁸³⁰ Los fines de explotación de la trata

¹⁸²⁸ OIT, *Análisis de los delitos de Trabajo Forzoso y de Esclavitud y otras formas de explotación en Perú*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_542576.pdf, p. 4, [último acceso: 26/01/2020].

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p. 12

¹⁸³⁰ Artículo 153 CP: El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o

comprenden, como mínimo la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos o servicios forzados. Además, no es necesario el empleo de los medios comisivos cuando las víctimas sean menores (artículo 153(3) del Código Penal).¹⁸³¹

3.11 Uruguay

En Uruguay, el delito de reducción a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos se encuentra recogido en el Código Penal, en el artículo 280, reformado en 2018 por última vez, mientras que el delito de trata se regula en una ley especial. Además del delito general del artículo 280, el artículo 280-BIS agrava la pena si el fin por el que se somete a una persona a esclavitud es la realización de actos de naturaleza sexual. Estos artículos se sitúan en el Capítulo I (“De los delitos contra la libertad individual”) del Título XI (“Delitos contra la libertad”).

Por otro lado, la Ley No. 18250 de Migraciones de 2008 prohíbe la trata de personas en los artículos 78 y 79. Esta ley debe complementarse con la Ley No. 19643 de prevención y combate de la trata de personas, de 2018, que establece una lista con definiciones relevantes.

3.11.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos

El artículo 280, reformado en 2018,¹⁸³² prohíbe la reducción de personas a la esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso:

El que redujere a una persona a esclavitud, a servidumbre bajo cualquier modalidad o a trabajo forzoso o a otra condición análoga, será castigado con pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría.¹⁸³³

Por otro lado, el artículo 280-BIS se refiere a la esclavitud sexual:

La pena prevista en el artículo anterior se agravará de un tercio a la mitad cuando se someta a una persona a esclavitud con el fin de que realice actos de naturaleza sexual.¹⁸³⁴

Aunque el Código Penal no establece ninguna definición de esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, la Ley No. 19643 que modificó el artículo 280 e incluyó el 280-BIS

servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor

¹⁸³¹ Artículo 153 (3) CP: La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

¹⁸³² Ley No. 19.643 de 20/07/2018

¹⁸³³ Artículo 46, en la redacción dada por la Ley N° 19.643 de 20 de julio de 2018.

¹⁸³⁴ Artículo 47, incluido por la Ley de 2018.

con una sección de definiciones relevantes:

J- Esclavitud. Situación y condición social en la que se encuentra una persona que carece de libertad y se desconocen sus derechos por estar sometida de manera absoluta a la voluntad y el dominio de otra, ejerciéndose sobre ella alguno de los atributos del derecho de propiedad.

Esta definición, basada en la de la Convención de 1926, pone el énfasis en los elementos de control y dominio que ocasiona la ausencia de libertad. Además, cuando menciona expresamente que se trata de una “situación o condición social”, se aleja de una concepción *de iure* de la esclavitud.

K- Prácticas análogas a la esclavitud. Constituyen prácticas análogas a la esclavitud, entre otras, la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio, concubinato o unión servil y la entrega de niños, niñas o adolescentes, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote su persona o su trabajo.

L- Servidumbre. Estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en el que la persona victimaria por cualquier medio induce, obliga o condiciona a la persona víctima a realizar actos, trabajos o prestar servicios.

M- Servidumbre por deudas. El estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

N- Servidumbre de la gleba. La condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición.

De esta manera se trasladan las nociones de la Convención Suplementaria de 1956, aunque poniendo la nota definitoria en el “estado de dependencia” o “sometimiento de la voluntad” manifestado, por ejemplo, mediante la sujeción por una deuda ilegítima o vinculación a una tierra que pertenece a otra persona.

O- Trabajo forzoso u obligatorio. Todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de un castigo o un daño en perjuicio de sí misma o de un tercero. Entre otras formas de trabajo forzoso se incluyen aquellas situaciones en las que la persona es obligada a permanecer a disposición del empleador con engaños, falsas promesas, la confiscación de los documentos de identidad o migración, el uso de la fuerza, la amenaza de violencia contra ella o sus familiares o la amenaza de denuncia a la policía o a las autoridades migratorias.

Esta definición de trabajo forzoso incorpora en lo fundamental los elementos del artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT (involuntariedad y amenaza de un mal). Además, se incluyen una suerte de indicadores de situaciones de trabajo forzoso muy similares a los enunciados por la OIT en 2012 (abuso de vulnerabilidad, engaño, restricción de movimientos, aislamiento, violencia sexual y física, intimidación y amenazas, retención de documentos de identidad, retención de salarios, servidumbre por

deudas, condiciones de vida y trabajo abusivas, exceso de horas extra).¹⁸³⁵

3.11.2 Trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos se encuentra recogido en los artículos 78 y 79 de la Ley No. 18250 sobre migraciones.¹⁸³⁶ La definición requiere la presencia de al menos una acción y una finalidad de explotación, realizada “de cualquier manera o por cualquier medio”, lo que significa que no es necesario el empleo ciertos medios comisivos. Entre las finalidades de explotación se encuentran trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, y la servidumbre.¹⁸³⁷ El empleo de los medios comisivos de violencia, intimidación o engaño o abusando de la inexperiencia de la víctima, o cuando la víctima sea menor, se consideran agravantes especiales (apartados D) y B), respectivamente, del artículo 81 de la Ley No. 18250).¹⁸³⁸

3.12 Venezuela

El Código Penal venezolano prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos en el artículo 173, dentro del Capítulo III (“De los delitos contra la libertad individual”). Por otro lado, la trata de personas se castiga en una ley especial, la Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, de 2012.¹⁸³⁹

3.12.1 Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

La esclavitud y la trata de esclavos se castigan en el artículo 173 del Código Penal, sin que se definan:

Cualquiera que reduzca a esclavitud a alguna persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años. En igual pena incurrirán los que intervinieren en la trata de esclavos.

¹⁸³⁵ OIT, *ILO indicators of Forced Labour*, 2012, especialmente p. 3.

¹⁸³⁶ Quien de cualquier manera o por cualquier medio participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana, será castigado con una pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría.

Artículo 79: Quien, fuera de los casos previstos en el artículo 78 de la presente ley y con los mismos fines, favorezca o facilite la entrada, el tránsito interno o la salida de personas del país, será castigado con una pena de dos a ocho años de penitenciaría.

¹⁸³⁷ Correa Borges, P. C., “Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR”, p. 134; ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo. Misión a Uruguay*, A/HRC/17/35/Add.3, 26 de mayo de 2011: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9923.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2015/9923> [último acceso: 26/01/2020].

¹⁸³⁸ Se consideran agravantes especiales de los delitos descritos en los artículos 77, 78 y 79 de la presente ley y se incrementarán de un tercio a la mitad las penas en ellos establecidos cuando medien las siguientes circunstancias: [...] B) Cuando la víctima se trate de un niño o un adolescente o el agente se haya prevalido de la incapacidad física o intelectual de una persona mayor de dieciocho años. [...] D) Cuando el tráfico o la trata de personas se efectúe con violencia, intimidación o engaño o abusando de la inexperiencia de la víctima.

¹⁸³⁹ Ley No. 39.912, 30 de abril de 2012.

3.12.2 Trata de seres humanos

El artículo 41 de la Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo castiga el delito de trata de personas.¹⁸⁴⁰ Este delito sigue la estructura de los instrumentos internacionales, aunque excluye la acción individual y castiga únicamente los casos en los que el sujeto activo es parte integrante de un grupo de delincuencia organizada. Entre las finalidades de explotación se encuentra la imposición de trabajos o servicios forzados, servidumbre por deudas, esclavitud o sus prácticas análogas. La condición de niño o adolescente de la víctima agrava la pena de prisión (artículo 41 *in fine*).¹⁸⁴¹

4. Conclusiones

En general puede observarse que, a partir del Protocolo de Palermo, la mayoría de Estados incluyeron el delito de trata de seres humanos siguiendo la estructura de acción, medios y propósito de explotación, en muchos casos abarcando la finalidad de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.

Este régimen contrasta con el de las prácticas de explotación en sí, que en muchos casos no están reguladas. Además, la normativa penal de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos se ha abordado de manera muy distinta en cada Estado por la influencia de su tradición jurídica. En términos generales, en los últimos diez años se incluyó o reformó delitos contra las formas más graves de explotación de la persona, en ocasiones influenciados por decisiones de organismos internacionales condenándolos.¹⁸⁴²

También puede observarse que la mayoría de Estados regulan conjuntamente la esclavitud y la servidumbre, y los trabajos forzosos o bien están incluidos con esas figuras o se regulan por separado. Las definiciones están en línea, en menor o mayor medida, con los parámetros de Derecho internacional, poniendo especial énfasis en que se trata de una restricción de libertad.

En la siguiente tabla vamos a exponer sistemáticamente los países que han recogido los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, dónde los han situado sistemáticamente en el Código Penal, cuál ha sido la fecha de última reforma, cómo se

¹⁸⁴⁰ Artículo 41: Quien, como parte integrante de un grupo de delincuencia organizada promueva, favorezca, facilite o ejecute mediante la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurra a la amenaza, fuerza, coacción, rapto, engaño, abuso de poder, situaciones de vulnerabilidad, concesión, recepción u otro medio fraudulento de pagos o beneficios, para obtener el consentimiento de la víctima, directamente o a través de un intermediario, o una persona que tenga relación de autoridad sobre la otra, para que ejerza la mendicidad, trabajos o servicios forzados, servidumbre por deudas, adopción irregular, esclavitud o sus prácticas análogas, la extracción de órganos, cualquier clase de explotación sexual; como la prostitución ajena o forzada, pornografía, turismo sexual y matrimonio servil, aún con el consentimiento de la víctima, será penado o penada con prisión de veinte a veinticinco años y la cancelación de indemnización por los gastos a la víctima para su recuperación y reinserción social. Ver: Correa Borges, P. C., “Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR”, p. 135.

¹⁸⁴¹ Si la víctima es un niño, niña o adolescente será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años.

¹⁸⁴² Esto se observa en Francia y Reino Unido

han definido y cuál es la interacción entre los distintos delitos –si se regulan en el mismo artículo o si se tipifican en artículos distintos–:

Tabla 2				
Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados	Bien jurídico	Última modificación	Definición	Interacción con otros delitos (servidumbre o TF)
Alemania (art. 232b StGB)	Delitos contra la libertad personal	2016	-	= artículo que prohíbe la servidumbre o circunstancias análogas
Andorra (134 del Código Penal)	Delitos contra la libertad de movimiento	2014	Artículo 134(2) – <i>Esclavitud o servidumbre</i> : Se entiende por “esclavitud o servidumbre” la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o donarla.	El mismo artículo prohíbe la esclavitud y servidumbre. No se tipifican los trabajos forzados.
Argentina (art. 140 Código Penal)	Delitos contra la libertad individual	2012	-	= artículo prohíbe la esclavitud, servidumbre o la realización de trabajos o servicios forzados.
Austria (art. 104 StGB)	Delitos contra la libertad	2009	-	= artículo prohíbe la esclavitud y las situaciones análogas a la esclavitud.
Azerbaiyán (esclavitud: art. 106; trabajos forzados: art. 114-2 CP)	Esclavitud: Delitos contra la paz y seguridad de la humanidad Trabajos forzados: Delitos contra la libertad y la dignidad del individuo	2013	Artículo 106 – <i>Esclavitud</i> : la posesión parcial o total de los derechos de una persona asimilada a un bien. Artículo 114-2-1 – <i>Trabajos forzados</i> : Obligar a una persona a realizar cualquier trabajo (o servicio) amenazándola, recurriendo a la fuerza o a la amenaza de utilizar la fuerza contra ella, o restringiendo la libertad de una persona, salvo en los casos específicos previstos por la ley	No se tipifica la servidumbre o las prácticas análogas a la esclavitud.
Belice (art. 157 de la Ley del Trabajo)	-	2000	<i>Trabajos forzados</i> : Por “trabajo forzoso” se entenderá todo trabajo o servicio que se exija a una persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicha persona no se haya ofrecido voluntariamente.	No se tipifica la esclavitud, la servidumbre o las prácticas análogas a la esclavitud.
Bolivia (art. 291 Código Penal)	Delitos contra la libertad individual	2010	-	= artículo prohíbe el sometimiento a estado análogo a la esclavitud. No hay delito de trabajos forzados
Brasil (art. 149 del Código Penal)	Delitos contra la libertad individual	2003	Ordenanza 1129 de 2017, del Ministerio de Trabajo. <i>Condición análoga a la esclavitud</i> : a) el sometimiento del trabajador al trabajo exigido bajo amenaza de sanción, con uso de coacción, realizado involuntariamente; b) la restricción del uso de cualquier medio de	= artículo se prohíbe el sometimiento a trabajos forzados. No diferencia entre esclavitud y servidumbre.

			<p>transporte por parte del trabajador, con el fin de retenerlo en el lugar de trabajo debido a una deuda contraída con el empleador o agente, caracterizando el aislamiento geográfico;</p> <p>c) el mantenimiento de la seguridad armada para retener al trabajador en el lugar de trabajo debido a una deuda contraída con el empleador o agente;</p> <p>d) la conservación de la documentación personal del trabajador con el fin de mantenerlo en el lugar de trabajo</p> <p>Trabajo forzado: es aquel que se ejerce sin el consentimiento del trabajador y que elimina la posibilidad de expresar su voluntad</p>	
Chipre (8- la Ley 60(I)/2014)	-	2014	-	= artículo se prohíbe la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos
Croacia (art. 105 del Código Penal)	Delitos contra la humanidad y la dignidad humana	2011	“en violación de las normas del derecho internacional”	= artículo prohíbe las condiciones similares a la esclavitud. No hay delito de trabajos forzosos
Costa Rica (servidumbre: art. 189; trabajos forzosos: 189 bis Código Penal)	Delitos contra la libertad individual	2012	Art. 189 bis – Trabajos o servicios forzados : quien induzca, mantenga o someta a una o más personas a realizar trabajos o servicios bajo fuerza, engaño, coacción o amenaza	No se tipifica un delito de esclavitud, aunque el art. 189 se refiere a “servidumbre o condiciones análogas)
Ecuador (esclavitud: art. 82; trabajos forzosos: art. 105 CP)	Esclavitud: Delitos contra la humanidad Trabajos forzoso: graves formas de explotación. Ambos en el Capítulo de: “Graves violaciones de derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario”	2014	<p>Art. 82 – Esclavitud: La persona que ejerza todos o algunos atributos del derecho de propiedad sobre otra, constituyendo esclavitud</p> <p>Art. 105 – Trabajos forzados y otras formas de explotación: habrá trabajos forzados u otras formas de explotación o servicios laborales en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando se obligue o engañe a una persona para que realice, contra su voluntad, un trabajo o servicio bajo amenaza de causarle daño a ella o a terceras personas. 2. Cuando en estos se utilice a niñas, niños o adolescentes menores a quince años de edad. 3. Cuando se utilice a adolescentes mayores a quince años de edad en trabajos peligrosos, nocivos o riesgosos de acuerdo con lo estipulado por las normas correspondientes. 4. Cuando se obligue a una persona a realizar un trabajo o servicio utilizando la violencia o amenaza. 5. Cuando se obligue a una persona a comprometer o prestar sus servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, aprovechando su condición de deudora. 6. Cuando se obligue a una persona a vivir y trabajar en 	La esclavitud se castiga por separado. Las prácticas normalmente vinculadas a la servidumbre se recogen en el artículo 105 como “otras formas de explotación”

			una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición	
Eslovenia (art. 112 Código Penal)	Delitos contra la humanidad	2008	“en violación del derecho internacional”	= artículo prohíbe la esclavitud y las condiciones análogas a la esclavitud. No hay delito de trabajos forzados
Francia (Esclavitud: art. 224-1 A; servidumbre: art. 225-14-2; trabajos forzados: art. 225-14-1 del Código Penal)	Esclavitud: Atentados contra la libertad. Servidumbre y trabajos forzados: Atentados a la dignidad de la persona	2013	Artículo 224-1 A – Esclavitud : La esclavitud es el acto de ejercer uno de los atributos de los derechos de propiedad sobre una persona. Artículo 225-14-2 – Servidumbre : La reducción a servidumbre es el acto de someter, de manera habitual, al delito previsto en el artículo 225-14-1 [delito de trabajo forzoso] a una persona cuya vulnerabilidad o dependencia sea evidente o conocida por el delincuente. Artículo 225-14 – Trabajos forzados : El trabajo forzoso es el acto de obligar a una persona, mediante la violencia o la amenaza, a realizar un trabajo sin remuneración o a cambio de una remuneración que manifiestamente no guarda relación alguna con la magnitud del trabajo realizado.	Las tres conductas se tipifican por separado: la servidumbre como una modalidad agravada del trabajo forzoso y la esclavitud en un Capítulo aparte.
Hungría	Delitos contra la libertad personal	2012	Trabajos forzados : Toda persona que obligue a otra persona, aprovechándose de su situación vulnerable, o por la fuerza o mediante amenazas de fuerza, a realizar un trabajo en contra su voluntad	No se tipifica un delito de esclavitud o servidumbre.
Italia (art. 600 CP)	Delitos contra la libertad individual	2014	Esclavitud : Aquel que ejerza sobre una persona los atributos que se corresponden con el derecho de propiedad. Servidumbre : La reducción o mantenimiento en estado de sometimiento continuo [<i>soggezione</i>] se produce cuando la conducta se lleva a cabo mediante la violencia, la amenaza, el engaño, el abuso de autoridad o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o mental o de una situación de necesidad, mediante la promesa o el otorgamiento de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre la persona.	= artículo prohíbe la servidumbre o “estado de sometimiento continuo”. No se contempla un delito de trabajos forzados.
Lituania (trabajos forzados: art. 147-1; trabajos forzados en condiciones de esclavitud: art. 147-2 Código Penal)	Delitos contra la libertad humana	2000	Art. 147-1 – Trabajos forzados : Toda persona que, mediante el uso de la violencia física, amenazas, engaño u otros medios enumerados en el artículo 147 del presente Código [los del delito de trata de personas], obligue ilegalmente a otra persona a realizar un determinado trabajo o prestar determinados servicios. Art. 147-2 – Toda persona que cometa el acto indicado en el párrafo 1 [...] obligando a otra persona a realizar un trabajo o a prestar servicios en condiciones de esclavitud o en otras condiciones inhumanas	El primer apartado del art. 147 prohíbe los trabajos forzados, y el segundo párrafo agrava la pena si se comete en condiciones de esclavitud.

Macedonia (art. 418 CP)	Delitos contra la humanidad y el derecho internacional	1996	“contraviniendo las normas del derecho internacional”	= artículo prohíbe el mantenimiento en una condición similar a la esclavitud. No se tipifican los trabajos forzados
México (art. 11 Ley General sobre Trata)	-	2018	<p>Art. 11 – Esclavitud: Se entiende por esclavitud el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad.</p> <p>Art. 12 – Condición de siervo: I. Por deudas: La condición que resulta para una persona del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.</p> <p>II. Por gleba: Es siervo por gleba aquel que:</p> <p>a. Se le impide cambiar su condición a vivir o a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona;</p> <p>b. Se le obliga a prestar servicios, remunerados o no, sin que pueda abandonar la tierra que pertenece a otra persona;</p> <p>c. Ejerce derechos de propiedad de una tierra que implique también derechos sobre personas que no puedan abandonar dicho predio</p> <p>Art. 22 – Trabajos forzados: Hay trabajo forzado cuando el mismo se obtiene mediante:</p> <p>I. Uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal;</p> <p>II. Daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de vulnerabilidad;</p> <p>III. El abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad.</p>	Se tipifican en distintos artículos
Moldavia (esclavitud y condiciones análogas: art. 167; trabajos forzados: 168 Código Penal)	Delitos contra la libertad, honor y dignidad de la persona	2008	<p>Art. 167 – Esclavitud y condiciones análogas a la esclavitud: Situar o mantener a una persona en condiciones en las que otra persona es su propietaria o la obliga, mediante engaño, coacción, violencia o amenaza de violencia, a entrar o permanecer en una relación extramarital o conyugal.</p> <p>Art. 168 – Trabajos forzados: Obtener trabajo de una persona contra su voluntad, mediante coacción o fraude.</p>	= artículo prohíbe las condiciones análogas a la esclavitud y los trabajos forzados se contemplan por separado
Montenegro	Delitos contra la	2002	“en violación de las normas del derecho internacional”	= artículo prohíbe las

(art. 446 Código Penal)	humanidad y otros valores garantizados por el derecho internacional			condiciones similares a la esclavitud. No hay delito de trabajos forzados.
Nicaragua (art. 315 Código Penal)	Delitos contra los derechos laborales	2007	-	= artículo prohíbe la esclavitud, servidumbre y los trabajos forzados
Noruega (art. 259 Código Penal)	Delitos contra la libertad personal	2017	-	No tipifica la servidumbre ni los trabajos forzados.
Panamá (servidumbre sexual: 182; trabajos forzoso: 456-D)	Servidumbre sexual: Corrupción de personas menores de Edad, explotación Sexual comercial y otras conductas. Trabajos forzados: Delitos contra la Trata de Personas	2015	Trabajos forzados: Quien someta o mantenga a personas de cualquier sexo para realizar trabajos o servicios bajo fuerza, engaño, coacción o amenaza	Se castiga únicamente la servidumbre cuando es de naturaleza sexual. No se tipifica un delito de esclavitud.
Perú (esclavitud y servidumbre: art. 153-C; trabajos forzados: art. 168-B Código Penal)	Esclavitud y servidumbre: Violación de la libertad personal Trabajos forzados: Violación de la libertad personal	2017	Trabajos forzados: El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no	= artículo prohíbe la servidumbre. Los trabajos forzados se tipifican por separado en el 168-B.
Portugal (art. 159 Código Penal)	Delitos contra la libertad personal	2007	-	No tipifica la servidumbre ni los trabajos forzados.
Reino Unido (1-Inglaterra y Gales, 1-Irlanda del Norte, 4-Escocia)	-	2015	“Las referencias a mantener a una persona en esclavitud o servidumbre o a exigirle que realice un trabajo forzoso u obligatorio deben interpretarse de conformidad con el artículo 4 de la Convención de Derechos Humanos”	En el mismo artículo se tipifica la esclavitud, servidumbre y los trabajos forzados.
Rumanía (esclavitud: art. 209; trabajos forzados: 212 Código Penal)	Trata y explotación de personas vulnerables	2009	Trabajos forzados: El hecho de obligar a una persona, en casos distintos a los establecidos por la ley, a trabajar en contra de su voluntad	El art. 212 prohíbe los trabajos forzados. No se tipifica la servidumbre.

Serbia (art. 390 Código Penal)	Delitos contra la humanidad y otros derechos garantizados por el derecho internacional	2005	“en violación del derecho internacional”	= artículo prohíbe las condiciones similar a la esclavitud. No se tipifican los trabajos forzosos.
Uruguay (arts. 280 y 280 BIS del Código Penal)	De los delitos contra la libertad individual	2018	Ley 19643: Esclavitud: Situación y condición social en la que se encuentra una persona que carece de libertad y se desconocen sus derechos por estar sometida de manera absoluta a la voluntad y el dominio de otra, ejerciéndose sobre ella alguno de los atributos del derecho de propiedad Servidumbre: Estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en el que la persona victimaria por cualquier medio induce, obliga o condiciona a la persona víctima a realizar actos, trabajos o prestar servicios. Trabajo forzado u obligatorio: Todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de un castigo o un daño en perjuicio de sí misma o de un tercero. Entre otras formas de trabajo forzado se incluyen aquellas situaciones en las que la persona es obligada a permanecer a disposición del empleador con engaños, falsas promesas, la confiscación de los documentos de identidad o migración, el uso de la fuerza, la amenaza de violencia contra ella o sus familiares o la amenaza de denuncia a la policía o a las autoridades migratorias	= artículo prohíbe la servidumbre y los trabajos forzosos
Venezuela (art. 173 Código Penal)	Delitos contra la libertad individual	2000	-	= artículo prohíbe el sometimiento a condición análoga. No se tipifica un delito de trabajos forzosos.

II. BIEN JURÍDICO

[...] Sonó la libertad, ¡bendita sea!
Pero después de la triunfal pelea,
no puede haber esclavos en España.
¡O borras el baldón que horror inspira,
o esa tu libertad, pueblo, es mentira! [...]

Carolina Coronado

1. Introducción

La determinación del bien o bienes jurídicos a proteger es una tarea compleja, especialmente en un momento en el que la propia utilidad de la teoría del bien jurídico se encuentra en tela de juicio.¹⁸⁴³ No obstante, no cabe duda de que las reflexiones teóricas sobre el mismo continúan siendo una piedra angular en nuestro Derecho penal, y que no se trata únicamente de un “lugar común” del que suelen partir los manuales de la asignatura.¹⁸⁴⁴ Por ejemplo, la vertiente negativa del bien jurídico juega un papel muy importante en la legitimación del Derecho penal o para establecer un marco apto para enjuiciar de una manera crítica la regulación penal, y es especialmente útil para la interpretación de los tipos penales, la precisión de sus límites, la determinación de los ataques penalmente relevantes y la ponderación de la reacción punitiva adecuada.¹⁸⁴⁵

No obstante, antes de profundizar en el rol del bien jurídico para la justificación jurídico-criminal de la creación de un nuevo tipo penal,¹⁸⁴⁶ vamos a centrarnos en el análisis sobre qué es lo que se protege, en concreto, en un eventual delito que castigue el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados.¹⁸⁴⁷ Es decir, qué efecto

¹⁸⁴³ Esta crisis o necesidad de reformulación del bien jurídico es el objeto de análisis en una de las aportaciones recientes más importantes de la dogmática jurídico-penal alemana: Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007.

¹⁸⁴⁴ Este principio ha ostentado un papel central en la teoría jurídico-penal alemana como “base irrenunciable de un sistema jurídico-penal racional”: Von Hirsch, A., “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl, R. (ed.), Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, p. 37. También en la teoría jurídico-penal española, ver: Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 43, No. 1, pp. 5-28. Como ponen de manifiesto algunos trabajos, existen evidentes similitudes entre el principio del bien jurídico y el “harm principle” en el ámbito anglosajón: Ambos, K., “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 2, 2015, pp. 301-329.

¹⁸⁴⁵ Lascuráin Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 60, No. 1, 2007, p. 127; Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 347. Por ejemplo, el bien jurídico es una figura útil en un “modelo de criminalización desde mínimos”, por su aptitud para identificar un mínimo (o varios, alternativos o sucesivos) atribuible a la conducta para poder ser criminalizada. Al respecto, ver: Miró Llinares, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’: A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 17, No. 23, 2015, pp. 48 y ss.

¹⁸⁴⁶ Ver discusión *infra*.

¹⁸⁴⁷ Vamos a sostener que, a estos efectos, el “bien jurídico” hace referencia a lo protegido por una norma. Como sintéticamente indica Lascuráin Sánchez, “El bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal”, Lascuráin Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, pp. 126-127.

constatable en el mundo real que resulta perjudicial para la convivencia social se produce cuando se llevan a cabo alguna de estas conductas.¹⁸⁴⁸ El punto de partida serán los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados procedentes del Derecho internacional. En primer lugar, abordaremos las razones que nos llevan a rechazar que el bien jurídico protegido en estos casos sea la integridad moral o el *status libertatis*, tal y como han argumentado algunos sectores de la doctrina; en segundo lugar, examinaremos el papel que juega la dignidad en este tipo de conductas, con las que está íntimamente vinculada; y finalmente propondremos como bien jurídico la dignidad y la protección frente a la destrucción de la personalidad jurídica como concreción de la dignidad en su vertiente de no instrumentalización.

2. Razones para rechazar la integridad moral como bien jurídico penal de las conductas que prohíben la esclavitud, servidumbre, trabajos forzados y trata.

Para descartar la utilidad de la integridad moral como bien jurídico penal de las normas que prohíben el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, primero tendremos que clarificar qué concepto de integridad moral estamos discutiendo, porque de la integridad moral se han dado una infinidad de definiciones.¹⁸⁴⁹ Pérez Alonso, al conceptualizar el contenido del derecho a la integridad moral, refleja la problemática y las diferentes posturas que tratan de capturar el contenido de este derecho:

El derecho a la integridad moral carece de un valor único y propio y de un contenido claro y preciso. Se trata, más bien, de un derecho vinculado a ciertos valores y derechos constitucionales que, a modo de mosaico, le dotan de un contenido amplio, configurándolo como un derecho complejo. El contenido positivo de este derecho complejo entronca

¹⁸⁴⁸ Esta definición es el punto de partida de la ya clásica conceptualización del bien jurídico de Roxin: “La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, Luzón Peña, D./De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M. (trad.), Civitas, Madrid, 1997, párr. 2; reiterado en Roxin, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 15, No. 1, 2013, p. 5

¹⁸⁴⁹ Existe abundante bibliografía sobre las distintas concepciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la integridad moral. Por todos: Díaz Pita, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 20, 1997, pp. 54 y ss., Barquín Sanz, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 50 y ss., De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, Vol. 15, 2005, pp. 26 y ss.; Muñoz Sánchez, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Rodríguez Mesa, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000, pp. 158 y ss., Pérez Vallejo, A. I./Pérez Ferrer, F., *Bullying, ciberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 89 y ss.; García Arán, M., “La protección penal de la integridad moral”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, AAVV, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1241 y ss., Pérez Machío, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, 2005, págs. 133 y ss.; Rodríguez Mesa, M. J., “El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, *Poder Judicial*, No. 62, 2001, pp. 95 y ss.

directamente con la dignidad humana, como una expresión más de los derechos y valores inherentes a la persona. Se trata de un derecho que, junto a la integridad física, configura la integridad personal, estando estrechamente vinculado, además, con la libertad de autodeterminación, es decir, con la posibilidad de configurar voluntariamente las propias ideas, pensamientos o sentimientos. También cabe destacar, como elementos para una delimitación de carácter negativo, que la integridad moral puede ser concebida como el derecho a no ser sometido a métodos o procedimientos, normalmente violentos o intimidatorios, que provoquen malestar o sufrimientos físicos o psíquicos en la víctima, que puedan doblegar su voluntad de autodeterminación y que supongan un envilecimiento o humillación de la persona, que deja de ser tratada como tal para ser considerada como una mera cosa.¹⁸⁵⁰

Pérez Machío clasifica las concepciones sobre la integridad moral de la siguiente manera: aquellas que la hacen coincidir con la noción de incolumidad de la otra persona; las que acuden a la humillación y degradación que producen los comportamientos que tratan de evitarse; y las que identifican la integridad moral con la quiebra de la autonomía de la voluntad.¹⁸⁵¹ Junto a estas, se pueden mencionar también aquellas que asimilan la integridad moral a la integridad psíquica.¹⁸⁵²

La primera de las acepciones sería la más parecida al concepto de dignidad, puesto que concibe la integridad moral como el derecho que impide considerar a un individuo como un simple medio para lograr un fin lícito o ilícito, es decir, el derecho a ser tratado como persona y a no ser instrumentalizada.¹⁸⁵³ Para la segunda posición, el concepto debe

¹⁸⁵⁰ Pérez Alonso, E.: “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 2, 1999, pp. 153-154.

¹⁸⁵¹ Villacampa, E., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 391. Este criterio clasificatorio ha sido propuesto por Pérez Machío, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, pp. 226 y ss.; De la Mata, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, No. 15, 2005, pp. 26 y ss. Otras propuestas de clasificación las presentan: Rodríguez Mesa, M. J., “El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, *Poder Judicial*, No. 62, 2001, pp. 95 y ss.; Díaz Pita, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, p. 57 y ss. Díaz Pita se refiere a la integridad moral como expresión de la dignidad humana y parte de un concepto más amplio de “integridad personal”, a la integridad moral como derecho a no ser sometido a tratamientos contrarios a la voluntad del titular de este derecho, y como “derecho al miedo”.

¹⁸⁵² Rodríguez Mourullo, “Comentario al artículo 15 de la CE”, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Alzaga Villaamil, O. (dir.), Edersa, Madrid, 1984, pp. 287 y ss. Al respecto, ver también: Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 2014, pp. 119 y ss.

¹⁸⁵³ Esta postura aparece a partir de la STC 120/1990, de 27 de junio y tiene un eco en posteriores sentencias, como en el FJ1 de la SAP 2/1998 de Huelva, entre otras. Ver: De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, p. 26, especialmente el pie de página 114. Esta postura es mantenida, por todos: García Arán, M., “La protección penal de la integridad moral”, cit., p. 1246; Cuerda Arnau, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, González Cussac, J. L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 117 y ss. Esta vertiente ha sido frecuentemente destacada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde afirma que la integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, es decir, como fin en sí mismo e investido sobre la capacidad de decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. Ver, entre otras: SSTS No. 1218/2004 de 2 de noviembre de 2004, FJ 3; No. 588/2000, de 6 de abril de 2000, FJ 2; No. 1735/2001, de 3 de octubre de 2001, FJ 6.

abordarse desde las notas de humillación y degradación características de los comportamientos que se prohíben, que se identifica con el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimiento, físico o psíquico, humillante, vejatorio o envilecedor, o a no ser sometido a métodos o procedimientos que las puedan provocar.¹⁸⁵⁴ En tercer lugar, las posturas que defienden que lo que está en juego es el derecho de configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos vejatorios, sostienen que las conductas atentatorias de la integridad moral no sólo contienen un elemento de humillación, vejación o envilecimiento, sino que debe efectuarse con el objetivo doblegar la voluntad del sujeto pasivo.¹⁸⁵⁵

Todas estas posturas doctrinales han sido objetadas en mayor o menor medida –y en algunos casos refutadas–, basándose en distintos planteamientos: en relación con la primera posición, se ha sostenido que la dignidad y la integridad moral son conceptos que no coinciden completamente, por lo que el bien jurídico protegido no puede ser una definición (instrumentalización de la persona) exactamente coincidente con la atribuida a la noción de dignidad.¹⁸⁵⁶ A la postura del segundo grupo se le ha achacado la excesiva subjetivización del concepto al hacerlo depender de que la víctima experimente unas determinadas “sensaciones” y, por tanto, a la mayor o menor capacidad de resistencia al dolor o al sufrimiento.¹⁸⁵⁷ La tercera postura ha sido refutada con más rotundidad cuando, acertadamente, se recuerda que ni del concepto de integridad moral ni de la descripción típica del delito de trato degradante se deriva la exigencia de que se afecte la autonomía de la voluntad.¹⁸⁵⁸ De admitir esto, se introduciría una innecesaria confusión entre la

¹⁸⁵⁴ Barquín Sanz, J., “Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. Comentario de la STS (2ª) 14 noviembre 2001 (núm. 2101/2001, ponente: Bacigalupo Zapater)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4, 2002, pp. 8-9; Muñoz Sánchez, M. J., *Los delitos contra la integridad moral*, p. 24; Pérez Alonso, E.: “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, pp. 153 y 154. Merece la pena reseñar la definición de Rodríguez Mesa, que señala que la integridad moral es el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo con su condición de persona, de tal forma que las intromisiones en la integridad moral se traducirán en actos degradantes o humillantes lesivos de la esfera interna del individuo, esto es, de su inviolabilidad de conciencia entendida como la inviolabilidad del juicio que la persona hace sobre cuál es el modo en el que debe actuar en cada momento. Ver: Rodríguez Mesa, M. J., “El delito de tratos degradantes cometidos por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, p. 99.

¹⁸⁵⁵ Díaz Pita, M. M., *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, pp. 58, 74 y 84, donde señala que las conductas contrarias a la integridad moral deben ser también contrarias a la voluntad del individuo. Ver también: De la Cuesta Arzamendi, J. L., “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 21, 1998, p. 84. Soto Nieto señala que se atenta contra la integridad moral de la persona cuando se veja su dignidad de ser humano recurriendo a formas de presión sobre su voluntad: Soto Nieto, F., “El delito de torturas en el Código Penal vigente y en el Código derogado”, *La Ley*, No. 5, 1998, p. 1770.

¹⁸⁵⁶ Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, pp. 101 y ss.

¹⁸⁵⁷ Por todos, Alonso Álamo, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, p. 7

¹⁸⁵⁸ De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, pp. 20-21, 28; Alonso Álamo lo suscribe en “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, p. 7.

protección penal de la integridad moral y la de la libertad.¹⁸⁵⁹

En este punto es preciso recordar que una discusión meramente dogmática sobre cuál es el contenido real del bien jurídico penal de la integridad moral, ignorando la jurisprudencia, sería poco fructífera. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la reciente sentencia 56/2019, de 10 de junio de 2019, sobre los elementos que debe reunir una conducta para que suponga una intromisión contraria al artículo 15 CE: en primer lugar, que se trate de la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales, o sometimiento al “riesgo relevante” de sufrirlos;¹⁸⁶⁰ en segundo lugar, que la conducta enjuiciada esté adecuadamente conectada al resultado lesivo;¹⁸⁶¹ y, por último, para que el trato sea degradante, debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad,¹⁸⁶² que se traducen en sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral.¹⁸⁶³

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha vinculado este concepto con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona,¹⁸⁶⁴ y ha confirmado en reiterada jurisprudencia los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral: “a) un acto de claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto pasivo; b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; y c) que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima”.¹⁸⁶⁵

¹⁸⁵⁹ Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 393. Advierten sobre esto también Muñoz Sánchez, M. J., *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 44 y ss.; Barquín Sanz, J., *Delitos contra la integridad moral*, pp. 82 y ss.; Lafont Nicuesa, L., *El delito de acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 106; Pérez Machío, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, p. 159.

¹⁸⁶⁰ En el sentido de “peligro grave y cierto” para la integridad personal, ver: SSTC 220/2005, 12 de septiembre, FJ 4; 56/2019, 6 de mayo, FJ 5.

¹⁸⁶¹ Respecto de la intencionalidad, basta “la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”: SSTC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 12/2019, de 28 de enero, FJ 5.

¹⁸⁶² Este umbral mínimo dependerá de las circunstancias del caso concreto. Ver también, ATC 333/1997, 13 de octubre, FJ 5, citando las SSTEDH *Costello-Roberts c. el Reino Unido*, 25 de marzo de 1993, párr. 30; *Irlanda c. el Reino Unido*, 18 de enero de 1978, párr. 167; *Soering c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989, párr. 100; y *Tomasi c. Francia*, 27 de agosto de 1992, párr. 112.

¹⁸⁶³ STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 5. Si falta este último elemento, el trato no podrá considerarse degradante y quedará sustraído a la prohibición absoluta. La STC 207/1996, 16 de diciembre, rechazó que determinadas intervenciones corporales, como la extracción de cabellos para su análisis, supusieran un trato vejatorio porque no conllevaba padecimientos “infligidos de modo vejatorio” (FJ 5). Al no estar en juego la prohibición absoluta de los tratos degradantes, se podía aplicar el canon de proporcionalidad, donde se examina que la medida limitativa “esté prevista en la Ley” y “sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo” (FJ 6).

¹⁸⁶⁴ Específicamente, ha indicado que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre un fin en sí mismo, sin que quepa cosificarlo. Por todas: STS 28/2015, 11 de febrero, FJ 7.

¹⁸⁶⁵ STS 715/2016 de 26 de septiembre 2016, FJ 4; 294/2003 de 16 de abril, FJ 5. Las SSTS 1218/2004, de 2 de noviembre, FJ 6; 819/2002, de 8 de mayo, FJ 3; y 1122/1998 de 29 de septiembre, FJ 2, consideran

Es decir, tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal Supremo, han situado el núcleo del ataque a la integridad moral en el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores,¹⁸⁶⁶ o, como indica De la Mata Barranco, a que no se vulnere la “inviolabilidad del espíritu”.¹⁸⁶⁷ Partiendo de esto, vamos a exponer por qué no es la opción más idónea para actuar como bien jurídico en las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos y trata.

El principal motivo es que reduce el ámbito de protección a la esfera interna y personal, y las acciones que tienen que ver con las formas contemporáneas de esclavitud no tienen qué estar dirigidas a provocar un sentimiento o reacción en la víctima. Por el contrario, en la mayoría de los casos estarán encaminadas a obtener un lucro económico a costa de la persona.¹⁸⁶⁸

Los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos están muy vinculados a la idea de *control* de la esfera de autonomía personal y no sólo de la fuerza de trabajo. De hecho, ese es uno de los principales criterios a la hora de diferenciar entre las figuras: se exige, como mínimo, la ausencia de consentimiento y la amenaza de un mal, (trabajo forzoso u obligatorio), pasando por el aislamiento y control de otros aspectos de la vida personal (servidumbre), hasta llegar al extremo del *continuum*, que sería el control de todos los aspectos de la vida de la persona (esclavitud).

Si la integridad moral fuese el bien jurídico a proteger, la noción de integridad moral nos tendría que dar las claves para distinguir las distintas figuras –función interpretativa del bien jurídico–. En otras palabras, la delimitación entre la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos se basaría en un aspecto interno y en el mayor o menor grado de adecuación de la conducta para provocar sentimientos de humillación y envilecimiento. No obstante, el fundamento de la existencia y la gradación de las distintas conductas no es ese, sino que se trata de un factor externo identificado como el grado de control sobre los aspectos vitales de una persona. Incluso aunque se busque la provocación de sentimientos de envilecimiento y se empleen estos medios (humillación y vejaciones) para facilitar la dominación, no es ese el principal elemento que caracteriza una situación

que los tratos degradantes son “aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”.

¹⁸⁶⁶ En concreto, indica que “el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana”: STS 19/2015, de 22 de enero, FJ 1. Al respecto ver también Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, pp. 123 y ss. En este mismo sentido: Barquín Sanz, J., Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. Comentario de la STS (2ª) 14 noviembre 2001 (núm. 2101/2001, ponente: Bacigalupo Zapater)”, pp. 8 y ss.

¹⁸⁶⁷ De la Mata Barranco, N. J./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, p. 21

¹⁸⁶⁸ En este mismo sentido, Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 394; Bedmar Carrillo, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, No. 94-95, 2012, p. 8.

de esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos o trata.

5. Razones para rechazar la noción de *status libertatis* como bien jurídico penal de las conductas que prohíben la esclavitud, servidumbre, los trabajos forzosos y la trata.

A continuación, es preciso abordar los argumentos presentados por una reducida corriente doctrinal que ha defendido que el concepto de *status libertatis* es el que mejor engloba el contenido del injusto en el delito de trata de seres humanos.

Antes de exponer las razones que nos llevan a rechazar esta opción, es conveniente examinar el propio concepto de *status libertatis*. Esta noción procede del Derecho romano y la doctrina sobre la capacidad del individuo, que se especificaba y fragmentaba en relaciones concretas. En síntesis, en el Derecho romano sólo se reconocía plena capacidad jurídica a aquellos que reunieran tres condiciones: tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos); el *status civitatis* (tener la ciudadanía romana, no ser extranjeros); y el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).¹⁸⁶⁹ De esta manera, el *status libertatis* tenía que ver con la clásica distinción romana que la dividía a los seres humanos entre libres y esclavos,¹⁸⁷⁰ que en el fondo se trataba de un ámbito de sujeción más de entre los que configuraban la esfera jurídica de una persona. Como veremos, ésta parece haber sido la noción posteriormente adoptada por la doctrina italiana para caracterizar el bien jurídico de los delitos de esclavitud y figuras análogas.¹⁸⁷¹

También merece la pena analizar brevemente los planteamientos de un importante filósofo del derecho, Georg Jellinek, que resucita este concepto en el marco de su teoría general del Estado. Jellinek identifica cuatro tipos de *status* que reflejan los distintos ámbitos de la relación entre los individuos y el Estado al que pertenecen: el *status* pasivo (*status subjectionis*), el *status* negativo (*status libertatis*), el *status* positivo (*status civitatis*), y el *status* activo o *status* de ciudadanía activa.¹⁸⁷² En este contexto, el *status libertatis* se identifica con la esfera de libertad individual en la que la actividad del individuo es intangible e invulnerable. Es decir, se trata de un límite a la actividad estatal y una dimensión donde al individuo se le reconoce un espacio libre de actuación y autodeterminación.¹⁸⁷³ En contraposición a esta esfera negativa, el *status civitatis*

¹⁸⁶⁹ Margadants, G. F., *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge, México D.F., 1979, p. 119.

¹⁸⁷⁰ Gaius, *Instituciones*, Libro I.

¹⁸⁷¹ García Arán, M., "Introducción", en García Arán, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Comares. Granada, 2006, p. 6; Scevi, F., *Nuove Schiavitù e Diritto Penale*, p. 14; Ciampa, G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, p. 236; Mantovani, F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, pp. 266 y ss.

¹⁸⁷² Sobre esto, ver: Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, pp. 163 y ss.

¹⁸⁷³ Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Vitagliano, G. (trad.), Societa Editrice Libreria, Milán, 1912, p. 83. "Desde una perspectiva teórica, la personalidad es una relación con el Estado que capacita al individuo. Legalmente, es por tanto un estado de las cosas, un *status*". Para Pérez Luño las libertades derivadas de este *status* constituyen el núcleo de los derechos personales que explicitan y concretan los valores de libertad y dignidad humana en el Estado de Derecho: Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 175. Ver también Ansuátegui Roig, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 58.

“reconoce al individuo la capacidad jurídica de pretender que el poder estatal actúe en su favor”.¹⁸⁷⁴

Partiendo de estos planteamientos, se puede perfilar una noción de *status libertatis* equivalente a la precondition necesaria para el ejercicio de las libertades individuales. El *status libertatis*, tal y como explica Mantovani, está reconocido implícitamente en la Constitución italiana como un “conjunto de manifestaciones de libertad” protegidas individualmente. Las agresiones de este *status* representan la negación de la humanidad y de la centralidad de la persona en la Constitución.¹⁸⁷⁵ Para la doctrina italiana, esta caracterización es la que define los contornos de los ámbitos de protección de los tipos de esclavitud y otras figuras análogas.¹⁸⁷⁶

En el marco de la doctrina española, los autores que aluden al *status libertatis* como bien jurídico protegido en el delito de trata sostienen una interpretación similar. Así, Bedmar Carrillo lo asimila a una noción genérica de “libertad” equivalente al “estado de libertad plena para poder accionar sus intereses sociales y jurídicos en el Estado”.¹⁸⁷⁷ Por otro lado, Pérez Alonso también identifica el *status libertatis* como bien jurídico del delito de trata, aunque lo conceptúa de una manera algo distinta. Este autor lo califica como un concepto complejo o “mosaico” que abarca la integridad moral, la libertad y la seguridad de las personas traficadas.¹⁸⁷⁸ Por tanto, a diferencia de Bedmar Carrillo, el atentado al *status libertatis* implicaría también la provocación de un sentimiento de humillación o vejación, e incluso el sufrimiento físico o psíquico, que entraña la instrumentalización de la persona para el divertimento de otros o para cualquier otra satisfacción ajena, mediante la reducción de la persona a la condición de mera cosa.¹⁸⁷⁹

En definitiva, y salvando las distancias respecto al aspecto relacionado con la integridad moral, lo que ambos autores sostienen es que la lesión del *status libertatis* supone la privación de las capacidades relativas a la personalidad individual y la

¹⁸⁷⁴ Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, p. 98. Son las facultades jurídicas atribuidas a los individuos frente al poder. Ver: Ansuátegui Roig, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, p. 58.

¹⁸⁷⁵ Mantovani, F., *Diritto Penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona*, p. 308. También, entre otros, De Bonis, S., “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, en *Trattato di diritto penale. Legislazione penale speciale - Diritto penale del lavoro*, Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./Papa, M. (eds.), Wolters Kluwer, Milán, 2015, p. 534; Giuliani, A. *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, 2015, pp. 138-140; Scevi, *Nuove schiavitù e diritto penale*, p. 81.

¹⁸⁷⁶ En este sentido, Fiandaca, G./Musco, E., *Diritto penale. Parte speciale. Volume II, tomo primo - I delitti controlla persona*, pp. 137-144.

¹⁸⁷⁷ Bedmar Carrillo, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, p. 11 y ss. Cita en página 13. Específicamente: [...] libertad en sentido amplio que incorpora la defensa de cualquier resquicio en que la persona sea privada de su propia autonomía y de su propia toma de decisiones, puesto que la libertad es un factor inherente e inseparable de la personalidad humana y, perdiéndola, también se pierde la misma razón del ser humano”.

¹⁸⁷⁸ Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, p. 379.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 379. Se basa en la propia noción de integridad moral que estudia en: Pérez Alonso “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, p. 194.

cosificación de *iure* o de facto de la persona, negando su carácter esencial.¹⁸⁸⁰

Los argumentos defendidos para sostener que el *status libertatis* es el bien jurídico en el delito de trata son, en primer lugar, porque la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 establece específicamente la libertad como objeto de tutela; en segundo lugar, porque la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico sitúan el delito de trata entre los delitos contra la libertad; y por último, porque “todos y cada uno de los tipos de libertad que existen y se recogen en textos normativos, ya desde el primer momento del tipo delictivo encontramos que son quebrantados”.¹⁸⁸¹

En relación con el primer argumento, es conveniente recordar que la Exposición de Motivos también alude a la protección de la dignidad y no sólo de la libertad.¹⁸⁸² Además, aunque se refiera a esta última, no incluye el artículo 177 bis en el Título de los delitos contra la libertad (artículos 163 y siguientes del Código Penal), sino que lo sitúa sistemáticamente en un título aparte, el VII bis, detrás del que se refiere a las torturas y a la integridad moral. Por otro lado, la mención por parte del legislador de un determinado bien jurídico en la Exposición de Motivos, aunque sea un recurso útil para la doctrina en aquellos casos en los que resulta farragosa su identificación, no siempre tiene por qué coincidir con el bien jurídico protegido realmente.¹⁸⁸³

En cuanto al segundo argumento, si bien es cierto que la mayoría de países europeos incluyen los delitos de esclavitud, servidumbre, trabajos forzados y trata entre los delitos contra la libertad individual,¹⁸⁸⁴ también encontramos ejemplos de países que los sitúan en el marco de los delitos contra la Humanidad y el Derecho internacional (por ejemplo, Azerbaiyán, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia), o con los delitos contra la dignidad humana (Azerbaiyán –en relación a los trabajos forzados–, Francia – en relación a la servidumbre y los trabajos forzados–, Croacia y Moldavia).

El tercer argumento merece un examen más detallado. Es cierto, como pone de manifiesto Bedmar Carrillo, que las distintas esferas de la libertad se ven comprometidas por las conductas vinculadas al delito de trata de seres humanos en sus distintas fases: “Desde la captación, transporte, traslado de la persona, está perdiendo su libertad deambulatoria; más adelante, en sucesivas fases perderá su libertad de obrar, su libertad de decisión, su libertad de autodeterminación personal, convirtiéndose en esclavo de la persona que la ha sometido y perdiendo toda su capacidad de toma de decisiones, llegando

¹⁸⁸⁰ Síntesis en: Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, p. 127.

¹⁸⁸¹ Bedmar Carrillo, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, pp. 12-13. Cita en p. 12.

¹⁸⁸² La Exposición de Motivos dice lo siguiente: “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”.

¹⁸⁸³ En este sentido, resulta paradigmático el caso del delito de tráfico de personas antes de la reforma de 2010. Al respecto, ver: Villacampa Estiarte, C., 2011, pp. 380 y ss. También, ampliamente, López Rodríguez, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Navarra, 2016, Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, pp. 72 y ss.

¹⁸⁸⁴ Ver la tabla de derecho comparado *supra*.

a vivir su vida a través de los caprichos de otro ser humano”.¹⁸⁸⁵

No obstante, esa no ha sido la forma con la que ha caracterizado nuestro Tribunal Constitucional el *status libertatis* sino el concepto de dignidad, mucho más conocido en la doctrina y en la jurisprudencia. Así, en los escasos pronunciamientos en los que nuestro TC ha mencionado el *status libertatis*, no lo vincula a la idea de autodeterminación o autonomía de la voluntad, sino con el poder de resistencia de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos,¹⁸⁸⁶ y en relación a la libertad deambulatoria cuando se trata de personas privadas de libertad y sujetas a un poder público.¹⁸⁸⁷

Por último, debemos recordar que una de las funciones del bien jurídico es la de ofrecer criterios interpretativos para delimitar los contornos de lo protegido por la norma. En este sentido, como advertía Penner, uno de los riesgos de emplear la definición de la Convención de 1926 sobre esclavitud para situaciones fácticas era el de originar “falsos positivos”,¹⁸⁸⁸ es decir, generar hallazgos de esclavitud en casos en los que, por degradante o explotadora que sea la relación, no existían en realidad. Por ejemplo, en una situación calificada como secuestro o detención ilegal podría aducirse que se han ejercido los atributos del derecho de propiedad (disposición, posesión) de facto, y lo mismo podríamos decir de otros tantos delitos.

Si establecemos con claridad el ámbito de protección de una norma que prohíbe la imposición de una determinada condición –de esclavo, siervo, trabajador forzoso o persona tratada–, es más sencillo identificar estos “falsos positivos”, puesto que las conductas de sometimiento a cualquiera de las formas contemporáneas de esclavitud tienen un componente de control de diversos aspectos de la vida que están orientados a la instrumentalización general de la persona, elemento que no es capturado adecuadamente por la interpretación constitucional del *status libertatis*.

Evidentemente, se trata de conductas complejas y polifacéticas que van a afectar necesariamente a diversos aspectos de la esfera vital de la persona sometida (integridad física, psíquica y moral, libertad deambulatoria, libertad sexual, derecho a la propiedad, etc.), pero no debe olvidarse que se enmarcan en un contexto general de reificación y deshumanización progresiva. Esto lo muestra el hecho que, de facto, una persona pueda llegar a reconocer un derecho inmediato y exclusivo de posesión sobre otra, identificándose como su propietaria y determinando su muerte social.¹⁸⁸⁹

¹⁸⁸⁵ Bedmar Carrillo, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, p. 12

¹⁸⁸⁶ SSTC 78/2019, de 3 de junio FJ 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3.

¹⁸⁸⁷ Ver: SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 6; 40/2002, de 3 de junio, FJ 5; 27/2001, de 29 de enero FJ 3; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 204/1999, de 8 de noviembre FJ 3; 141/1999, de 22 de julio FJ 4; 75/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 5/1998, de 12 de enero, FJ 2; 143/1997, de 15 de septiembre, FFJJ 2 y 4; 81/1997, de 22 de abril, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3; ATC 251/2003, de 14 de julio, FJ 3.

¹⁸⁸⁸ Penner, J. E., “The Concept of Property and the Concept of Slavery”, p. 252.

¹⁸⁸⁹ En este sentido, es útil recordar las observaciones de Orlando Patterson sobre la esclavitud: “Sin embargo, la esclavitud nunca ha existido en un vacío social. Como todas las relaciones sociales duraderas, sólo ha existido con el apoyo de la comunidad. [...] Una relación de esclavitud, en resumen, requiere al menos

6. ¿Dignidad como bien jurídico del delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados?

Dada la frecuente vinculación entre la prohibición de la esclavitud y la dignidad humana, es necesario estudiar el papel que juega la dignidad en este contexto. Así, las nociones de “dignidad”, “humanidad”, “moral universal”, se encuentran en el mismo origen del movimiento abolicionista de la esclavitud y en las distintas declaraciones y convenios internacionales que prohíben estas prácticas. Con carácter previo, no obstante, es necesario salvar varios escollos que presenta el propio concepto de dignidad, como la concreción de su contenido o su cuestionada aptitud para erigirse como bien jurídico penalmente protegido.

Por estas razones, vamos a analizar el concepto de dignidad humana desde una perspectiva general, así como las consecuencias normativas que se han extraído del mismo en los órdenes constitucionales de nuestro entorno jurídico, que le han dado un contenido esencialmente negativo, y las trasladaremos al ámbito penal. Por último, argumentaremos que, aunque la noción de dignidad humana subyace a la prohibición de las formas contemporáneas de esclavitud, hay otro concepto que refleja mejor el injusto de este tipo de conductas y del que se pueden extraer más rendimientos que del concepto de dignidad tomado en exclusiva: la destrucción de la personalidad jurídica.

a. El concepto de dignidad humana.

El concepto de dignidad humana está profundamente arraigado en el discurso político y legal actual. El poder de este concepto es incuestionable, y su relación con los derechos humanos parece obvia e intuitiva, especialmente desde el punto de vista moral.¹⁸⁹⁰ La dignidad opera, entre otras cosas, como un lugar común retórico que en muchos casos tiene la finalidad de dar peso a ciertos argumentos o simplemente persuadir.¹⁸⁹¹ A pesar de la frecuencia de su uso, su contenido continúa siendo una idea muy abstracta, polivalente y muy difícil de aprehender o conceptualizar.¹⁸⁹² La elasticidad del concepto

el apoyo tácito de quienes no están directamente involucrados en ella.” En: Patterson, O., *Slavery and Social Death*, p. 10.

¹⁸⁹⁰ Waldron, J., “Is dignity the foundation of human rights?”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper, No. 12-73*, 2013, p. 1.

¹⁸⁹¹ Chueca Rodríguez, R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Chueca Rodríguez, R. (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015 p. 25.

¹⁸⁹² Esta característica ha sido destacada por todos los autores que se han dedicado a conceptualizar jurídicamente la dignidad humana. Ver especialmente: Chueca Rodríguez, R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, pp. 25 y ss.; Riley, S., “Human dignity: comparative and conceptual debates”, *International Journal of Law in Context*, Cambridge University Press, 2010, pp. 117-138, especialmente p. 121; Waldron, J., “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”; Gan S., “Human dignity as a right”, *Frontiers of Philosophy in China*, Vol. 4, No. 3, 2009, pp. 370-384; Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 33; De la Cuesta Aguado, P. M., “Persona, dignidad y derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam*, Arroyo Zapatero, L./ Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.), Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, p. 210. La falta de concreción en textos nacionales e internacionales ha llevado que autores de otras especialidades califiquen el concepto de dignidad como inútil o controvertido. Al respecto, ver García Manrique, R., “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO*, Casado, M. (coord.),

ha permitido que se use como argumento para sostener posturas contradictorias entre sí, por ejemplo, en relación al aborto, la libertad de expresión, los derechos LGTBI o la experimentación genética.¹⁸⁹³

Esta inconsistencia o inconcreción hace que en la doctrina existan dudas sobre la *capacidad* de la dignidad de actuar como bien jurídico penal, principalmente porque noción de dignidad no posee las *características* –en particular, el grado de concreción– que debe reunir un bien jurídico penal idealmente.¹⁸⁹⁴ Por esta razón, la primera pregunta que debemos abordar es si la dignidad humana puede, por sí misma, constituir un objeto de protección penal independiente.¹⁸⁹⁵ O, con más precisión: ¿es tal el grado de indeterminación que resulta imposible dibujar los contornos atribuibles a la noción de dignidad? ¿Es imposible diferenciarlo del resto de bienes jurídicos que se enraízan en la misma?

Si analizamos el argumento de los detractores de la aptitud de la dignidad como bien jurídico, observamos que no se está negando la posibilidad de que pueda tener un ámbito de protección penal propio, sino que está llamando la atención sobre la forma en la que

Thompson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 43-64. En este mismo libro colectivo, Valls, R., “La dignidad humana”, pp. 65-72. Prieto Álvarez, T., *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 158-159; García García, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, 2003, pp. 31 y ss.

¹⁸⁹³ Lo que abre la vía, como señala Chueca Rodríguez, a que la dignidad actúe como contenedor o almacén a disposición de valores culturales y sociales: Chueca Rodríguez, R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, p. 27. Esto se debe a que la dignidad significa cosas distintas, como también advierte Hennesse-Vauche, S., “When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle”, *EUI Working Papers, Law No. 37*, 2007, p. 5.

¹⁸⁹⁴ Gracia Martín señala con rotundidad de que “la dignidad humana no es ningún bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un determinado comportamiento punible”. Gracia Martín, L., “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, No. 33, 1996, pp. 581-582. Por otro lado, De la Cuesta Aguado considera que la dignidad como principio no puede ser objeto de la protección penal y que el objeto directo de protección son los derechos y bienes que conforma el estatuto reconocido a los iguales. Ver: De la Cuesta Aguado, P. M., “Persona, dignidad y Derecho Penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, Arroyo Zapatero, L. A./Berdugo Gómez de la Torre, I., Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 226-227. Díez Ripollés considera la dignidad humana un concepto “poco adecuado para caracterizar un bien jurídico, en: “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Díez Ripollés, J. L. (dir.), CGPJ, Madrid, 1999, p. 242, y en los *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 242. Roxin, tras examinar la dimensión filosófica y cristiana de la dignidad, concluye que “la dignidad humana sólo puede ser objeto de protección jurídico-penal cuando mediante su lesión se afecte a otro o se menoscaben sus derechos”: Roxin, C., “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión”, Santana Vega (trad.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2006, p. 23. Para Cerezo Mir, se trata de un principio material de justicia, de validez *a priori*, de manera que un derecho positivo que infrinja el citado principio “carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho”: Cerezo Mir, S., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 20.

¹⁸⁹⁵ Aunque no refute completamente el planteamiento anterior, conviene recordar, tal y como señala hábilmente Villacampa Estiarte, que otros consagrados bienes jurídicos también han gozado de dicho grado de indeterminación sin ponerse en duda su naturaleza de interés jurídico protegible, como la integridad moral. Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 401. Esta indeterminación, ha sido puesta de manifiesto, por ejemplo, por: Barquín Sanz, J., *Delitos contra la integridad moral*, p. 55 y Muñoz Sánchez, J., *Los delitos contra la integridad moral*, p. 21.

debe definirse: con un grado de concreción suficiente que ofrezca información sobre el ámbito material que se puede vulnerar con la conducta prohibida.¹⁸⁹⁶ De este modo, si se acepta que la dignidad tiene un espacio propio o independiente que no se agota en el contenido de los derechos que le son inherentes, nada impide aceptar que puede ser protegida penalmente de forma directa frente a los ataques o lesiones de otras personas sin necesidad de acudir a otro bien jurídico.¹⁸⁹⁷

i. Las distintas caras de la dignidad humana

Los estudios jurídicos que se centran en el significado histórico de la dignidad humana se encuentran con el problema, como señala Ricardo Chueca, de que es un concepto definido socialmente. Esto significa que la idea de dignidad sólo puede perfeccionarse mediante las referencias a valores o criterios sociales asociados a una específica situación histórica.¹⁸⁹⁸ Por esta razón, la inserción de la dignidad humana en los ordenamientos como base fundacional de unos derechos que ya habían sido reconocidos antes de la incorporación de la misma,¹⁸⁹⁹ posiblemente sea resultado de las largas luchas de grupos sociales para garantizar unos derechos indisponibles para todo poder social y político.¹⁹⁰⁰ Además, la dignidad humana no sólo actúa como *base fundacional* o justificación de derechos,¹⁹⁰¹ sino que en ocasiones se enuncia como parte

¹⁸⁹⁶ Esto se encuentra muy vinculado a la precisión de Habermas de que, cuando se aborda la conceptualización de la dignidad humana, debemos determinar si se trata de un catálogo de derechos humanos no relacionados entre sí, o si nos encontramos ante un concepto normativo fundamental o sustantivo, a partir del cual pueden deducirse unos derechos humanos determinados basados en la vulneración del mismo: Habermas, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44, 2010, pp. 108 y ss.

¹⁸⁹⁷ Alonso Álamo, M., “Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 12, 2012, p. 15. En este mismo sentido: Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, p. 107. Alonso Álamo también señala que Roxin sí ha hecho referencia a la dignidad protegida en el delito de torturas, en “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, p. 5.

¹⁸⁹⁸ Chueca Rodríguez, R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, pp. 38 y ss. Los múltiples significados de la dignidad están enraizados en las diversas fuentes de las que emana. En el contexto de la Antigua Roma, la *dignitas* equivale al status jerárquico de una persona en la sociedad, mientras que para los estoicos la *dignitas hominis* se refiere a la elevada posición del hombre en el universo debido a su capacidad de razonar. Por otro lado, en el relato judeocristiano, la dignidad deriva del hecho de que el hombre está hecho a imagen de Dios y, por lo tanto, todas las personas merecen respetarse por igual. Kant, el filósofo más influyente de la Ilustración, formuló una comprensión de la dignidad basada en la capacidad del hombre para razonar de manera autónoma y tomar sus propias decisiones, pero al mismo tiempo obligado a obedecer los deberes impuestos por la ley moral. Ver: Cancik, H., *Dignity of Man' and 'Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I, 105-107*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 22; Steinmann, C., “The Core Meaning of Human Dignity”, *PER/PELJ*, Vol. 19, 2016, p. 4; Rosen, M., *Dignity: its History and Meaning*, Harvard University Press, 2012, pp. 59-60; Weisstub, D., “Honor, Dignity and the Framing of Multiculturalist Values”, *The Concept of human dignity in human rights discourse*, AAVV, Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 265.

¹⁸⁹⁹ Waldron, J., “Is dignity the foundation of human rights?”, p. 13; Schachter, O., “Human Dignity as a Normative Concept”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4, 1983, pp. 848-854.

¹⁹⁰⁰ Chueca Rodríguez, R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, p. 39; Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury, Londres, 2013, especialmente pp. 223 y ss.

¹⁹⁰¹ Por ejemplo, en los Preámbulos del PIDCP y del PIDESC se indica que los derechos que contienen “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”, referencias que encontramos también en la DUDH.

del *contenido* de un derecho¹⁹⁰² o como parte de alguna *reivindicación particular* sobre los derechos socioeconómicos.¹⁹⁰³

La dignidad humana ha sido entendida como mero referente moral y cultural de los derechos fundamentales,¹⁹⁰⁴ como fuente de *validez* de los derechos humanos (en sentido kelseniano),¹⁹⁰⁵ como base de la que derivar reclamaciones de derechos,¹⁹⁰⁶ como criterio de interpretación de derechos,¹⁹⁰⁷ o como lista de derechos¹⁹⁰⁸ que cobra sentido en relación con alguna idea subyacente.¹⁹⁰⁹

Ronald Dworkin sostiene que es preciso distinguir entre violaciones “de la línea de base” y violaciones “de mala fe”.¹⁹¹⁰ Las primeras son aquellas universalmente inaceptables independientemente del contexto cultural. Las violaciones “de mala fe” ocurren en un contexto cultural específico, donde existe una comprensión particular de la concepción de la dignidad humana y de los derechos que de ella se derivan. Dworkin afirma que este concepto “prohíbe que el gobierno actúe de manera injustificada bajo la concepción de dignidad adoptada por el Estado”.¹⁹¹¹ Por tanto, la dignidad es un concepto “culturalmente dependiente y eminentemente maleable”,¹⁹¹² de modo que cada país puede aplicar el concepto de una manera que refleje su propia comprensión de la dignidad

¹⁹⁰² El artículo 10.1 del PIDCP señala que: “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto a la dignidad inherente a la persona humana”, de manera similar al requisito en el Derecho internacional humanitario de que los detenidos estén protegidos frente a “ultrajes a la dignidad personal”.

¹⁹⁰³ El artículo 13.1 del PIDESC reconoce el derecho a la educación y establece que “la educación debe dirigirse al pleno desarrollo de la personalidad humana y al sentido de su dignidad” y, en la DUDH, el artículo 23.3 proclama el derecho de toda persona a “una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

¹⁹⁰⁴ Macklin, R., “Dignity is a Useless Concept”, *BJM*, Vol. 327, 2003, pp. 1419-1420, lo denomina “eslogan vacío”, y Landa lo considera únicamente una “premisa antropológica” del Estado Social y Democrático de Derecho en: Landa, C., “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, No. 7, 2002, p. 117.

¹⁹⁰⁵ Dicke, K., “The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, en *The Concept of Dignity in Human Rights Discourse*, Kretzmer, D./Klein, E., Columbia University Press, 2002, p. 118. De una forma similar, hay autores para los que la dignidad representa el verdadero valor “supraconstitucional”: Ruggeri A./Spadaro, A., “Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale”, en *Politica del Diritto*, 1991, p. 347.

¹⁹⁰⁶ Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 152.

¹⁹⁰⁷ Messineo, D., *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 55.

¹⁹⁰⁸ Amirante, C., *La dignità dell’uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e Nella Costituzione italiana*, Giuffré, Milán, 1971, p. 26.

¹⁹⁰⁹ Waldron, J., *Dignity, Rank and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, en concreto: “que la dignidad es un concepto de estatus, no un concepto de valor”, p. 25.

¹⁹¹⁰ Dworkin, D., *Is Democracy possible here? Principles for a new political debate*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 36-45.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁹¹² Feldman, D., “Human Dignity as a Legal Value: Part 1”, *Public Law*, Vol. 4, 1999, p. 698. Kroeze también indica que, mientras que el principio de la dignidad humana es un concepto universal, su contenido y aplicación son muy diversos, como demuestra una simple comparación con la pena de muerte. Es decir, que el concepto puede ser universal, pero su contenido y aplicación depende de las circunstancias culturales, políticas y sociales: Kroeze, I., “Human Dignity in Constitutional Law in South Africa”, en *The Principle of Respect for Human Dignity, (Proceedings of the UniDem Seminar, Montpellier, 2-6 July 1998)*, 1999, p. 89.

humana, siempre que no contradiga un *núcleo mínimo* universal.¹⁹¹³

A pesar de la falta de consenso sobre las bases teóricas de la dignidad,¹⁹¹⁴ autores como Schachter,¹⁹¹⁵ Neuman,¹⁹¹⁶ McCruddens,¹⁹¹⁷ Feldman¹⁹¹⁸ y Steinman,¹⁹¹⁹ han identificado tres elementos básicos y universales sobre los que se suelen construir las reivindicaciones de derechos individuales basándose en la dignidad:¹⁹²⁰ el primero, relacionado con el valor intrínseco que tiene todo ser humano por el mero hecho de serlo (aspecto ontológico);¹⁹²¹ el segundo, relacionado con el reconocimiento y el respeto de dicho valor intrínseco por parte de la comunidad (aspecto relacional o dimensión social); y por último, el que encarna la idea de que el Estado debería existir por el bien del individuo y no al contrario, y que debe proveer de las condiciones mínimas para la existencia humana (aspecto de límite estatal).¹⁹²²

De esta manera, la idea de dignidad reconocida no sólo como valor intrínseco, sino como resultado del reconocimiento jurídico y social de la identidad personal que se logra a través del ejercicio efectivo de un conjunto indivisible de derechos que son

¹⁹¹³ Carozza, P., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 5, 2008, p. 937.

¹⁹¹⁴ Waldron, J., “Is dignity the foundation of human rights?”, pp. 4 y ss. Schachter ha observado que no existe una definición explícita de “dignidad humana” en ninguna de las cartas que la invocan, de modo que su significado se ha dejado a la intuición: Schachter, O., “Human Dignity as a Normative Concept”, p. 848. Por otro lado, McCrudden ha argumentado que esta falta de definición no es un descuido. La dignidad fue escrita en los preámbulos de los grandes pactos de derechos humanos para no transmitir ningún mensaje en particular sino para funcionar como una especie de marcador de lugar en circunstancias en las que los redactores querían sonar filosóficos pero no podían ponerse de acuerdo sobre el contenido concreto. McCrudden, C., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4, 2008, pp. 675 y ss.

¹⁹¹⁵ Schachter, O., “Human Dignity as a Normative Concept”, 849-854

¹⁹¹⁶ Neuman, G. L., “Human Dignity in United States Constitutional Law”, en *Zur Autonomy des Individuums*, Simon, D./Weiss, M. (eds.), Nomos Baden-Baden, 2000, pp. 241, 271.

¹⁹¹⁷ McCrudden, C., “In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper No. 309, 2013, p. 33 y ss.; McCrudden, C., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, p. 679

¹⁹¹⁸ Feldman, D., “Human Dignity as a Legal Value: Part I”, p. 684.

¹⁹¹⁹ Steinmann, R., “The Core Meaning of Human Dignity”, pp. 6 y ss.

¹⁹²⁰ Como señala McCruddens, estos son elementos comunes incluso en aquellos casos en los que una determinada comunidad difiere sobre los contornos básicos de su noción de dignidad. Ver: McCrudden, C., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, p. 679.

¹⁹²¹ En este aspecto confluyen dos poderosas tradiciones de pensamiento: la católica (el hombre está dotado de dignidad como criatura de Dios) y la kantiana (el hombre está dotado de dignidad como ser moral perteneciente al reino de los fines); por lo tanto, todos los seres humanos estarían dotados intrínsecamente de dignidad, ya sea como criaturas de Dios o como portadores de una humanidad común. Véase: Belvisi, F., “Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento”, en Casadei, T. (dir.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili Violazioni, trasformazioni, aporie*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 74.

¹⁹²² Resumidos en Steinmann, R., “The Core Meaning of Human Dignity”, p. 6. Estos aspectos están relacionados con lo que Beyleveld y Brownsword han denominado “dignidad humana como empoderamiento” y “dignidad humana como limitación”. En particular, estos autores indican que la dignidad es: [...] una idea fundamental que actúa como fuente de las libertades fundamentales a las que todos los seres humanos tienen derecho. En este contexto, la dignidad humana como empoderamiento (específicamente el empoderamiento que conlleva el derecho al respeto de la propia dignidad como ser humano, y el derecho a las condiciones en las que puede florecer la dignidad humana) es la concepción rectora”. Beyleveld, D./Brownsword, R., *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 11

indisponibles por el Estado,¹⁹²³ constituye el telón de fondo en el que se mueven las posturas que tratan de concretar la dignidad como principio legal.

ii. El contenido normativo de la dignidad en otros órdenes constitucionales

Partiendo de estas consideraciones, y sin que sea objeto de este trabajo un estudio comparado del concepto de dignidad humana defendido en los distintos órdenes constitucionales, es frecuente la identificación de la dignidad con el imperativo categórico kantiano de prohibición de instrumentalización.¹⁹²⁴ Desde esta perspectiva, la dignidad está basada en el significado metafísico de nuestra posesión de capacidad moral, es decir, de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.¹⁹²⁵ Esta capacidad de actuar movidos por principios morales queda comprometida cuando el ser humano es convertido o tratado como un objeto o mercancía (*Objektformel*). Dürrig, que realizó fundamentales aportaciones al análisis y a la construcción de la categoría de la dignidad en su famoso comentario al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn,¹⁹²⁶ lo expresa de la siguiente manera:

[...] la dignidad humana queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple objeto de una regulación estatal o de una decisión ajena. Es decir, que siempre que el hombre se utiliza como medio y no como fin en sí mismo se está instrumentalizando la dignidad del ser humano, que quedaría de ese modo puesta en duda.¹⁹²⁷

Esta concepción es la que se encuentra en el trasfondo de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia sobre la Ley de Seguridad Aérea, donde se habilitaba a las Fuerzas Armadas para derribar aviones con el objetivo de

¹⁹²³ Belvisi, F., “Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento”, en Casadei, T. (dir.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili Violazioni, trasformazioni, aporie*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 85. Belvisi señala que la dignidad simboliza el principio de la “indivisibilidad” de los derechos, en una postura muy similar al enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum y Amartya Sen. La teoría del enfoque de las capacidades se centra en la protección de ámbitos fundamentales de libertad, cuya supresión provocaría que la vida no fuese humanamente digna: Nussbaum, M., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 2012.

¹⁹²⁴ Además, es el punto de arranque en el que coinciden los monografistas españoles de la dignidad cuando tratan de concretar la misma. Ver: González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1985, p. 115; Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, pp. 195 y ss.; Prieto Álvarez, J., *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, pp. 168 y ss. Ver también Kant, I., *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, 5ª ed., Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1978, pp. 110 y ss.

¹⁹²⁵ Además de esta concepción de la dignidad, pueden señalarse otras que emergen de conceptos filosóficos y teológicos: como el concepto humanista (Maihoffer), marxista (Bloch), teórico-sistemático (Luhman) y conductista (Skinner). Ver Alonso Álamo, M., “Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, p. 8.

¹⁹²⁶ El artículo 1 dice lo siguiente: “La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla”. En general, existe un amplio consenso sobre que la ley y doctrina alemana han influido en la jurisprudencia y doctrina de otros países: Barroso, L. R., “Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 35, 2012, pp. 337-338. Sobre esto, ver: Iturmendi Rubia, J. M., *La proyección en la teoría del derecho, la legislación y la jurisprudencia de la dignidad de la persona como valor, fundamento y principio constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, especialmente el pie de página número 481 de la página 219.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, p. 220. Ver también: Luther, J., “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (trad.), Vol. 91, 2003, pp. 145 y ss.

proteger la vida de otras personas.¹⁹²⁸ Esta norma, impugnada por su incompatibilidad con el derecho a la vida en relación con la garantía de la dignidad humana, fue declarada inconstitucional porque:

[...] el deber de respetar y proteger la dignidad humana excluye, más bien con carácter general, hacer de la persona un mero objeto del Estado... De esta forma está prohibido por antonomasia todo trato de la persona por parte del poder público que ponga fundamentalmente en duda su cualidad de sujeto, su estatus como sujeto de derecho [...], faltando respeto del valor que corresponde a todo ser humano por el mero hecho de ser persona. [...] Al utilizar su asesinato como medio para salvar a otros, se les trata como objetos y al mismo tiempo se les priva de sus derechos; al ser sus vidas desechadas unilateralmente por el Estado, a las personas a bordo de la aeronave, que, como víctimas, necesitan protección, se les niega el valor que se debe a un ser humano por el hecho de serlo.¹⁹²⁹

El Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado una jurisprudencia amplia sobre el concepto de dignidad en relación con materias muy variadas: lo utiliza para delimitar el ámbito del derecho a la privacidad frente a la interferencia del Estado¹⁹³⁰ o los particulares;¹⁹³¹ la prohibición de la negación del Holocausto;¹⁹³² para declarar inconstitucional una ley estatal para despenalizar el aborto –aunque posteriormente modifica su criterio–;¹⁹³³ o sobre la necesidad de garantizar un mínimo existencial digno;¹⁹³⁴ entre otras cuestiones.¹⁹³⁵ En ocasiones, puede entrar en conflicto con la autonomía individual o la autopercepción de la dignidad, como en la prohibición de *peep shows*, donde el Tribunal Constitucional Federal sostuvo que vulneraban la dignidad de las mujeres que se exponían voluntariamente.¹⁹³⁶

En Francia, a pesar de la ausencia de una referencia expresa al término en la Constitución Francesa, se ha considerado como un elemento que subyace a todo el derecho positivo,¹⁹³⁷ y ha servido para fundamentar múltiples decisiones como la del Consejo de Estado de admitir la prohibición del espectáculo “lanzar al enano” por ser “atentatorio para la dignidad de la persona humana, componente del orden público”;¹⁹³⁸

¹⁹²⁸ Artículo 14 de la Ley.

¹⁹²⁹ Sentencia de 15 de febrero de 2006, 115 BVerfGE 118, párr. 122. Traducido en Gómez Orfanel, G., “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Chueca Rodríguez, R. (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 70

¹⁹³⁰ Sentencia de 3 de marzo de 2004, 109 BVerfGE 279. Ver: Gómez Orfanel, G., “Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998”, *Cuadernos de Derecho Público*, Vol. 3, 1998, pp. 97-112.

¹⁹³¹ Sentencia de 24 de febrero de 1971, 30 BVerfGE 173, párr. 195-196.

¹⁹³² Sentencia de 13 de abril de 1994, 90 BVerfGE 241, párr. 246. Ver también: Brugger, W., “Ban on or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law”, *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 17, No. 1, 2002, pp. 5-7.

¹⁹³³ Sentencia de 15 de febrero de 2006, 15 BVerfGE 118.

¹⁹³⁴ Sentencia de 9 de febrero de 2010, 75 BVerfGE 348, párr. 360; Gómez Orfanel, G., “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, p. 72.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, pp 73 y ss.

¹⁹³⁶ Walter, C., “Human Dignity in German Constitutional Law”, en *The principle of respect for Human Dignity* (Proceedings of the UniDem Seminar, Montpellier, 2-6 July 1998), 1999, p. 38.

¹⁹³⁷ Robert, J., “The Principle of Human Dignity”, en *The Principle of Respect for Human Dignity* (Proceedings of the UniDem Seminar, Montpellier, 2-6 July 1998), 1999, p. 43.

¹⁹³⁸ Consejo de Estado, 13 octubre 1995, “*Morsang-sur-Orge*”

o la del Consejo Constitucional que validaba las normas que permitían el aborto hasta la duodécima semana de embarazo;¹⁹³⁹ las que prohibían llevar burka;¹⁹⁴⁰ o aquellas que garantizan un *minimum* inviolable en relación con las personas excluidas.¹⁹⁴¹

En definitiva, estas concepciones se caracterizan por abordar la noción de dignidad de un modo negativo, como interdicción de una serie de conductas que atacan las características esenciales de la persona como sujeto de derechos,¹⁹⁴² y como garantía de que la persona no va a quedar a la absoluta disposición de otra como una simple pieza de engranaje.¹⁹⁴³

iii. El contenido normativo de la dignidad en la jurisprudencia constitucional española

El Tribunal Constitucional ha definido la dignidad como un “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.¹⁹⁴⁴ La configuración de los aspectos normativos de la dignidad se dificulta, no obstante, por su ubicación sistemática en la Constitución Española y su formulación genérica en el artículo 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social.¹⁹⁴⁵ Al no ser susceptible de amparo constitucional (artículo 53.2 CE), la jurisprudencia constitucional le ha negado su carácter de derecho fundamental.¹⁹⁴⁶

A pesar de lo anterior, y al igual que ha sucedido en otros órdenes jurisdiccionales, el aspecto constitucional de la dignidad como elemento básico y nuclear del ordenamiento

¹⁹³⁹ Consejo Constitucional, Decisiones No. 2001-446DC, de 27 de junio de 2001; No. 74-54DC, 15 de enero de 1975 (sentencia en la que declara la constitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁹⁴⁰ Consejo Constitucional, Decisión No. 2010-613DC, 7 de octubre de 2010.

¹⁹⁴¹ Consejo Constitucional, Decisión No. 359DC, de 19 enero de 1995.

¹⁹⁴² Esta definición coincide con algunas interpretaciones del TC, especialmente aquellas que tienen que ver con la prohibición de la instrumentalización no consentida de otra persona. Tomás-Valiente 177 y ss. Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, p. 32; Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, p. 114

¹⁹⁴³ Starck, C., “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el Derecho alemán”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Fernández Segado, F., Dykinson, Madrid, 2008, pp. 253 y s.

¹⁹⁴⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8. No obstante, le otorga cierta autonomía en la STC 192/2003, de 27 de octubre, respecto a la dignidad del trabajador –que puede ser extensible a cualquier persona–: “derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, FJ 7.

¹⁹⁴⁵ El artículo dice lo siguiente: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

¹⁹⁴⁶ Esto ha sido afirmado rotundamente por el Tribunal Constitucional a partir del ATC 241/1985, de 17 de abril, que inadmite un recurso de amparo fundamentado en el artículo 10 CE, “con independencia de que tal idea constituya además o no un derecho subjetivo” (FJ 1). En la STC 57/1994, de 28 de febrero, reitera que “lo dispuesto en el artículo 10.1 CE no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo”; al igual que en el ATC 149/1999, de 14 de junio. Tampoco está afectado por la reserva de Ley Orgánica (artículo 81.1 CE).

jurídico¹⁹⁴⁷ ha permitido al Tribunal Constitucional extraer consecuencias normativas del deber de respetarla, apoyándose normalmente en otros preceptos constitucionales concretos,¹⁹⁴⁸ como los derechos a la integridad física y moral (artículo 15 CE) o el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). De esta manera, ha extraído un variopinto abanico de consecuencias normativas, que pueden clasificarse de la siguiente manera:¹⁹⁴⁹ a) la obligación de reconocimiento de un *mínimum invulnerable* que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas;¹⁹⁵⁰ b) la obligación de garantizar cierta suficiencia económica en determinados ámbitos; c) la exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas –autodeterminación–; y la d) la prohibición de instrumentalización de la persona.¹⁹⁵¹

A través de estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional se ha limitado a acotar la vertiente negativa de la dignidad y no ha definido un marco específico que indique claramente qué derechos están incluidos en dicho *mínimo inviolable*. Aunque esto lleve al incómodo resultado de que tendrán que determinarse caso por caso qué elementos pertenecen al núcleo duro de la dignidad humana (una especie de “lo reconozco cuando

¹⁹⁴⁷ En concreto, como *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. (STC 53/1985, de 11 de abril). En la STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5, se señalan como bienes constitucionalmente protegidos “la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral.

¹⁹⁴⁸ STC 53/1985; FJ 3, García Manrique, R., “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, p. 51.

¹⁹⁴⁹ Sobre esto, ver ampliamente artículo de Tomás-Valiente Lanuza, C., “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica, ¿un concepto útil?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 102, 2014, pp. 167-208, especialmente p. 177; Ver, al respecto, Serna Bermúdez, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 41, 1999, p. 143.

¹⁹⁵⁰ El TC se ha referido, a partir de la STC 107/1984, de 23 de noviembre, a la conexión de la dignidad con la elaboración de ciertas categorías de derechos que deben reconocerse a extranjeros. A este respecto, ver también la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que resuelve el recurso contra la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, FJ 3. Gutiérrez Gutiérrez ha sido muy crítico con la utilización de este argumento: Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*: 129-130.

¹⁹⁵¹ Esta vertiente de la dignidad como garantía de la no instrumentalización es mencionada por vez primera en la jurisprudencia constitucional en la STC 53/1985, que afirma que la dignidad de la mujer excluye que pueda considerarsele como mero instrumento (FJ 11). Esta idea de no instrumentalización también se vincula a la dignidad del reo y derecho a un juicio con las debidas garantías (STC 91/2000, de 30 de marzo, en relación con el artículo 24 CE), a la no patrimonialización de la persona, del cuerpo humano o de otras formas de vida humana (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 8), la prohibición de utilización de otro como mero instrumento de placer o diversión (STC 231/1988, de 2 de diciembre); o a la proscripción de la consideración del trabajador como un mero factor de producción (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). En este sentido, Baylos Grau sostiene que la función interpretativa de la dignidad personal del trabajador se proyecta sobre las condiciones de ejecución del contrato de trabajo. Ver: Baylos Grau, A., “Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual, Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre”, *Relaciones Laborales*, No. 1, 2004, pp. 673 y ss. En la STC 181/2004, de 2 de noviembre, el TC define la dignidad en los siguientes términos: “la cualidad ínsita a la misma [a la persona], que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” (FJ 14).

lo veo”), la propia naturaleza cambiante del concepto dificulta que sea de otra forma.¹⁹⁵²

b. La dignidad como bien jurídico penal

Como indicábamos anteriormente, la doctrina ha sido reacia a la consideración de la dignidad como un bien jurídico penal, fundamentalmente debido a la falta de concreción del término. De esta manera, ha sostenido que su protección debe realizarse a través de los bienes personalísimos que se lesionen o pongan en riesgo.

No obstante, aun admitiendo que el atentado a la dignidad humana siempre va a implicar una lesión –o riesgo de lesión– de alguno de los derechos personalísimos, no sucede lo mismo en sentido contrario, es decir, que no todas las vulneraciones de estos derechos suponen un atentado a la dignidad de la persona, al igual que no toda afección a un derecho es una “violación de derechos humanos”. Esto demuestra que hay ámbitos de la dignidad que no coinciden exactamente con las esferas de protección de los distintos derechos personalísimos, lo que conduce a que tengamos que admitir que la dignidad es una noción distinta de los derechos que de ella emanan. Esto ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional: “no todos los derechos fundamentales son condiciones imprescindibles para la incolumidad de la dignidad, por lo que no cualquier restricción a su ejercicio se convertirá en un estado de indignidad y, a su vez, no todo derecho es inherente a la persona y por ello inviolable”.¹⁹⁵³

Tampoco coincide exactamente con el ámbito de protección que proyectan los delitos contra la integridad moral, a pesar de que estén muy vinculados.¹⁹⁵⁴ Como hemos visto, el concepto de integridad moral posee diversas acepciones,¹⁹⁵⁵ algunas de las cuales pueden identificarse con el concepto de dignidad. A modo de ejemplo, en la STC 56/2019,

¹⁹⁵² En esta característica de la dignidad (no definida), está también la propia clave de su éxito. Chueca Rodríguez, R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, p. 31 y ss.

¹⁹⁵³ STC 120/1990, FJ 4.

¹⁹⁵⁴ Esta estrechísima vinculación ha sido señalada por el TC en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 14. Además, ha sido señalada reiteradamente por distintos autores. Por todos: Grima Lizandra, V., “Lección X. Delitos contra la integridad moral”, en Boix Reig, J., *Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídico-personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Editorial Iustel, Madrid, 2010, p. 257; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 186; Conde Pumpido Ferreiro, C., “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal”, *Diario La Ley*, No. 4, 1997, p. 1669. Al respecto, debe reseñarse también a Barquín Sanz que, con anterioridad a la incorporación del Código Penal de los delitos contra la integridad moral, había mantenido que el bien jurídico en los delitos de tortura y tratos degradantes del derogado artículo 204 bis era la dignidad de la persona. Incluso aunque después afirma que el bien jurídico es la integridad moral propiamente dicha, defiende su anterior postura en su monografía sobre los delitos contra la integridad moral: Barquín Sanz, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, EDESA, Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, pp. 215 y ss.; Barquín Sanz, J., *Delitos contra la integridad moral*, pp. 52 y ss.

¹⁹⁵⁵ Por ejemplo, como sinónimo de integridad y salud psíquica de la persona, inviolabilidad de la personalidad o identidad moral. Sobre las distintas interpretaciones del concepto de integridad moral en la jurisprudencia constitucional, ver: Pérez Manzano, M., “Artículo 15: Derecho a la vida y a la integridad Física”, *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*, en Casas Baamonde, E./Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (ed.), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 326-327. En el ámbito penal, como señala Villacampa Estiarte, se han dado casi tantas conceptualizaciones distintas como autores han tratado el tema. Ver Villacampa Estiarte, C., libro trata *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 390 y ss., especialmente pie de página número 91 de la página 391.

de 6 de mayo, el Tribunal Constitucional determina que las intromisiones ilegítimas de la integridad moral:

[...] constituyen un atentado “frontal y radical” a la dignidad humana, “bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13). Por eso están sujetas a una “prohibición absoluta” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), “sean cuales fueren los fines” (STC 120/1990, FJ 9), es decir, “en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida” (ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5).¹⁹⁵⁶

Esta acepción que pone el énfasis en la instrumentalización podría respaldar la afirmación de algunos autores de que el derecho a la integridad moral concreta el núcleo esencial de la dignidad¹⁹⁵⁷ y que son figuras equivalentes.¹⁹⁵⁸ No obstante, la jurisprudencia constitucional requiere que la conducta reúna ciertas características para que el trato sea degradante –aptitud para producir sensación de humillación o envilecimiento–.¹⁹⁵⁹ La asimilación de la protección de la dignidad con la protección de la integridad moral equivaldría a admitir que en las conductas atentatorias de la dignidad humana debe existir *necesariamente* un objetivo de vejear, humillar o envilecer.¹⁹⁶⁰ Algo que, como indica González Pérez, no tiene por qué ocurrir.¹⁹⁶¹

Por otro lado, también puede aducirse que la dignidad humana *no siempre coincide* con la lesión a la integridad moral sino que, en función del ámbito de lesión que se trate, se concretará en atentados a diferentes bienes personalísimos, como el honor, la intimidad, la integridad física, la libertad deambulatoria, etc.¹⁹⁶² De este modo, aunque se admita que todos los derechos fundamentales se sitúan sobre el estrato de la dignidad humana,¹⁹⁶³ la dignidad es *algo distinto* cuya determinación o contenido depende

¹⁹⁵⁶ STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 5.

¹⁹⁵⁷ Díaz Pita, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, pp. 55, 59; De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, pp. 19 y ss.; Pérez Alonso, E., “Los nuevos delitos contra la integridad moral”, p. 155; Barquín Sanz, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 53

¹⁹⁵⁸ Especialmente Alonso Álamo, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, p. 6.

¹⁹⁵⁹ STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 5, indica: “debe ocasionar también al interesado –ante los demás o ante sí mismo– una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad”. Se trata de acciones que pueden provocar en la víctima “sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral”, superando “un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es, por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto” (ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5), ver *supra*.

¹⁹⁶⁰ ATC 333/1997, FJ 5; STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6.

¹⁹⁶¹ En concreto González Pérez señala que “no hace falta una intención de humillación o desprecio para que exista atentado a la dignidad de la persona”: González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, p. 16

¹⁹⁶² Gracia Martín, L., “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, pp. 581-582.

¹⁹⁶³ Sobre esto, ver Habermas, J./Häberle, P., “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, Oehling de los Reyes, (trad.), en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Fernández Segado, F. (coord.), Dykinson, Madrid, 2008, p. 200.

profundamente del contexto social y cultural. En palabras de Alonso Álamó:

La dignidad forma una capa profunda situada detrás de los bienes esenciales de la persona y que no tiene por qué ser alcanzada por la agresión física o psíquica, el ataque a la vida, al honor, a la libertad... En los supuestos más graves de violación de la dignidad se produce la aniquilación de la persona como *persona*.¹⁹⁶⁴

Así, tras reconocer que la dignidad conforma un espacio independiente, nada impide que pueda proyectar su sombra sobre un ámbito de protección propia en el que estén afectados, en mayor o menor medida, otros derechos personalísimos. Es decir, en la medida en que sea posible separar la esencia de la persona del resto de derechos reconocidos constitucionalmente, ésta es susceptible de ser protegida penalmente de forma directa.¹⁹⁶⁵ El hecho de que en nuestro ordenamiento no se haya desarrollado un concepto funcional de dignidad no significa que no pueda utilizarse como bien jurídico. De hecho, el propio concepto de bien jurídico es una noción abstracta que cumple una función político-argumentativa y que dirige la interpretación de los tipos penales, y que no tiene que coincidir completamente con los derechos subjetivos o los preceptos constitucionales, sino que basta su relevancia constitucional,¹⁹⁶⁶ y que sea proporcional en sentido amplio.¹⁹⁶⁷

Además, la dignidad humana se reconoce en la mayoría de textos internacionales de derechos humanos,¹⁹⁶⁸ especialmente en aquellos instrumentos relacionados con

¹⁹⁶⁴ Alonso Álamó, M., “Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, p. 20.

¹⁹⁶⁵ Díaz Morgado, C. V., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, p. 115

¹⁹⁶⁶ Alonso Álamó, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, 2014, pp. 102 y ss. En palabras de Mir Puig, respecto del concepto de bien jurídico: “Lo cierto es que todos los principios generales necesitan de una concreción a través del debate público. Principios como los de la democracia o el principio de igualdad son tan generales que permiten concreciones completamente diferentes, pero ninguna persona razonable extrae de ello la conclusión de que fuera preferible no invocar tales principios”. Mir Puig, S., “Valoraciones, normas y antijuridicidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 6, No. 2, 2004, p. 7.

¹⁹⁶⁷ Ver *infra*, análisis del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

¹⁹⁶⁸ Las referencias a la dignidad humana son constantes en las declaraciones y tratados internacionales a partir del fin de la II Guerra Mundial. Al respecto, ver Habermas, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, p. 107. En la DUDH se proclama en por primera vez, de manera expresa en un texto jurídico, el reconocimiento de la dignidad y el valor de la persona en el artículo 1. A partir de entonces, abundan las referencias expresas en textos internacionales de derechos humanos, como el PIDCP, PIDESC, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Tortura, la Convención sobre los derechos del niño, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, la Convención sobre el Apartheid en los Deportes, la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica y las dos Conferencias de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (Teherán, 1968 y Viena, 1994). Por otro lado, en el ámbito regional se refieren a ella la CDFUE, la CADH, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, la Carta Social Europea, y la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 1996. El Derecho internacional humanitario también está plagado de referencias a la dignidad humana. Sobre esto, ver: McCrudden, C., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, pp. 667 y ss.; Häberle, P., “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, pp. 176 y ss.; Oehling de los Reyes, A., *La dignidad de la persona: evolución histórico filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 41 y ss. También contienen, *por separado*, prohibiciones específicas de la tortura y los tratos inhumanos y

fenómenos como el genoma humano,¹⁹⁶⁹ diversidad cultural,¹⁹⁷⁰ la bioética,¹⁹⁷¹ o la trata de seres humanos,¹⁹⁷² entre otros. De hecho, a partir del caso *Omega*, la dignidad humana fue reconocida expresamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como valor que debe respetarse y que puede surtir efectos prácticos en el marco de las libertades comunitarias –concretamente, la libre prestación de servicios–, como excepción al orden público.¹⁹⁷³ Ello con independencia de la posición que ocupe la dignidad en el ordenamiento nacional, es decir, si tiene la categoría de derecho fundamental o no.¹⁹⁷⁴ Por las razones expuestas, sostenemos que la dignidad es susceptible de ser un interés legítimo susceptible de protección penal, especialmente cuando nos movemos en las “violaciones de la línea de base” en el sentido de Dworkin.

Sin embargo, una cosa es que se considere a la dignidad como *apta* para ser parte del bien jurídico y otra que se defienda que es el *único* en un caso determinado. Desde un punto de vista práctico, es difícil extraer rendimientos concretos del concepto de dignidad en relación con las conductas de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos,¹⁹⁷⁵ por ejemplo, para interpretarlas o para delimitarlas. El concepto de dignidad nos ayuda a identificar lo que está mal, pero no nos da demasiada información sobre qué conductas con aptitud para instrumentalizar a una persona deben ser penalmente relevantes y cuáles no.

Es indudable que la noción de “no instrumentalización” se encuentra en el corazón del injusto de las formas contemporáneas de esclavitud al estar íntimamente relacionadas con la reificación y deshumanización. Por esa razón, la dignidad debe ser el punto de partida. No obstante, la figura que *mejor* captura el efecto constatable y perjudicial en la vida real es el concepto de “protección frente a la destrucción de la personalidad jurídica”, que es la concreción práctica de la vertiente de no instrumentalización de la dignidad: el derecho a tener derechos.

degradante. Por ejemplo, el artículo 3 del CEDH, donde se prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. No obstante, en la mayoría de estos textos internacionales no se contienen referencias a la integridad moral. Únicamente la CDFUE contiene una referencia al derecho a la integridad de las personas en el artículo 3, y ni siquiera hace referencia a la integridad moral sino a la física y psíquica.

¹⁹⁶⁹ UNESCO, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997

¹⁹⁷⁰ UNESCO, Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2 de noviembre de 2001

¹⁹⁷¹ UNECO, Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005

¹⁹⁷² Considerando 11 de la Directiva 2011/36/UE sobre trata, considerando 11, y Preámbulo del Convenio de Varsovia.

¹⁹⁷³ STJCE de 14 de octubre de 2004, Asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*. Anteriormente ya había inferido que la noción de dignidad formaba parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembro en la STJCE de 9 de octubre de 2001, Asunto C-377/98, *Países Bajos c. Consejo*.

¹⁹⁷⁴ STJCE *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH*, párr. 34.

¹⁹⁷⁵ McCrudden, C., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, pp. 679-680, Con motivo de las distintas raíces históricas de la noción dignidad en cada Estado, sin las cuales no se entiende el concepto jurídico actual. Ver: Starck, C., “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina”, *Revista Catalana de Dret Públic*, No. 36, 2007, p. 17.

7. Bienes jurídicos de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos: dignidad y reconocimiento de la personalidad jurídica.

A) Dignidad

Se puede afirmar el nexo entre las normas que castigan las formas contemporáneas de esclavitud y la dignidad humana en su vertiente de no instrumentalización por las siguientes razones: en primer lugar, porque la noción de dignidad humana, además de encontrarse en el fondo de las declaraciones y normas internacionales que prohíben la esclavitud y otras formas menos graves de explotación, es la que se subyace en el razonamiento de las decisiones judiciales que se han pronunciado al respecto, lo que es congruente con el fuerte componente global de las formas contemporáneas de esclavitud.¹⁹⁷⁶ En segundo lugar, porque el contenido normativo de dignidad vinculado a la “no instrumentalización” refleja la esencia del injusto de las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.

Desde el momento en el que el movimiento abolicionista de la esclavitud empieza a materializarse en las declaraciones y normas internacionales puede observarse que, aunque no se mencione el término “dignidad”, que es un término que se populariza a partir de la II Guerra Mundial,¹⁹⁷⁷ son frecuentes las referencias a términos semejantes: “humanidad”, “principios de Derecho Internacional”, “moral universal”, etc.¹⁹⁷⁸ En este sentido, la primera declaración que se refiere a la abolición del comercio de esclavos –la Declaración del Congreso de Viena de 1815–, comienza con la afirmación de que “los hombres justos e ilustrados de todos los siglos han pensado que el comercio conocido con el nombre de tráfico de negros de África es contrario a los principios de la *humanidad* y de la *moral universal*”.

Posteriormente, el Acta General de Berlín se refiere al comercio de esclavos como conducta prohibida “de conformidad con los *principios del Derecho internacional*”, y el Acta General de la Conferencia Antiesclavista de Bruselas de 1890 pretende combatir los “crímenes y devastaciones que engendra el comercio de esclavos africanos, [...] y asegurar a aquel vasto continente los beneficios de la *paz* y la *civilización*”. Estas pretensiones “civilizatorias” también subyacen en la Convención de 1926 sobre la Esclavitud,¹⁹⁷⁹ y los informes de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud están

¹⁹⁷⁶ En relación con el delito de trata, Villacampa señala que, si se pretende que se actúe en relación a dichos fenómenos de manera global, el delito que incrimine las conductas lesivas correspondientes debe proteger un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 401

¹⁹⁷⁷ Barroso, L. R., “Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, p. 337.

¹⁹⁷⁸ Esto se debe a que las bases filosóficas del movimiento antiesclavista proceden de la teoría del derecho natural de la Ilustración y el universalismo kantiano o neo-kantiano: Montgomery, W., “Slavery, Human Dignity and Human Rights”, *Law and Justice Christian Law Review*, Vol. 158, No. 4, 2007, p. 8.

¹⁹⁷⁹ Allain, J., “Slavery and the League of Nations: Ethiopia as a Civilised Nation”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 8, No. 2, 2006, pp. 214 y ss.

plagados de referencias al principio de humanidad.¹⁹⁸⁰

En relación con las prácticas serviles, el Comité Especial sobre la Esclavitud propuso la creación de una Convención Suplementaria a la de 1926 para acabar con otras formas de explotación “que atentan contra la *dignidad* humana”;¹⁹⁸¹ y los trabajos o los servicios forzosos u obligatorios también aparecen frecuentemente vinculados a las conculcaciones de la dignidad.¹⁹⁸² En general, la ausencia de controversia sobre la naturaleza de la esclavitud y otras formas menos graves de explotación también se refleja en los *travaux préparatoires* del artículo 4 de la DUDH, donde no hubo grandes desacuerdos y donde varias propuestas de los Estados vinculaban la esclavitud con la negación de la dignidad humana.¹⁹⁸³

La trata de personas requiere una atención específica. Si bien podían existir dudas sobre qué era lo que se estaba protegiendo con la regulación inicial de la “trata de blancas”,¹⁹⁸⁴ tras la consolidación del régimen unificado contra la trata de seres humanos con el Protocolo de Palermo, no cabe duda que la dignidad humana se ha convertido en una de las líneas rectoras que guían la acción normativa e institucional.¹⁹⁸⁵ Esta línea la marca este instrumento, que aunque no mencione la “dignidad” específicamente, establece entre sus finalidades la protección de las víctimas, tutelando sus derechos humanos.¹⁹⁸⁶ Estas consideraciones son igualmente reproducibles en el ámbito de la

¹⁹⁸⁰ Sociedad de Naciones, *Question of Slavery: Report of the Sixth Committee*; Sociedad de Naciones, *Records of the Sixth Assembly: Text of Debates, Nineteenth Plenary Meeting*, 26 de septiembre de 1925, p. 157; Sociedad de Naciones, *La question de l’esclavage: Discussions, y relatives, de la VIe Assemblée*, 1925, p. 5.

¹⁹⁸¹ ONU, ECOSOC, *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, p. 70

¹⁹⁸² ONU/OIT, *Informe del Comité Especial del Trabajo Forzoso*, p. 148; OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales*, párr. 255; OIT, *Erradicar el trabajo forzoso, Estudio General de 2007 sobre los convenios fundamentales*, párr. 81. En ese sentido, el Protocolo de 2014 sobre el trabajo forzoso indica en el Preámbulo: “Reconociendo que la prohibición de la utilización del trabajo forzoso u obligatorio forma parte de los derechos fundamentales, y que el trabajo forzoso u obligatorio constituye una violación de los derechos humanos, atenta contra la *dignidad* de millones de mujeres, hombres, niñas y niños, contribuye a perpetuar la pobreza y es un obstáculo para la consecución del trabajo decente para todos”.

¹⁹⁸³ ONU, Asamblea General, Resolución 217 (III), p. 71.

¹⁹⁸⁴ Especialmente teniendo en cuenta que, en ocasiones no se distinguía la trata de la prostitución consentida. Esto se debe a que, en su origen, la trata de mujeres nació vinculada al movimiento abolicionista de la prostitución de la última parte del siglo XIX y las primeras décadas del XX. La utilización del término “trata de blancas” o “esclavitud blanca” servía tanto para distinguirlo de la esclavitud como para proyectar una comparación moral entre ambos tipos de explotación, cuando en ocasiones se trataba más bien de unos intentos de proteger la “virtud blanca” o simplemente de imponer una concepción moral contraria a la “migración global femenina”. Ver, al respecto, Irwin, M. A., “White Slavery as a Metaphor: Anatomy of a Moral Panic”, p. 5; Maqueda Abreu, M.L., *Prostitución, Feminismos y Derecho Penal*, pp. 8 y ss., y la discusión *supra*, en el Capítulo de la trata de personas.

¹⁹⁸⁵ Esto no impide que se puedan efectuar críticas al régimen sobre trata, especialmente en relación a su aplicación práctica y el aspecto encubierto de lucha contra la inmigración ilegal. Por todos, Davidson, J. O. C., “New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of ‘freedom’”, pp. 244 y ss.; Kempadoo, K., “The Modern-Day White (Wo)Man’s Burden: Trends in Anti-Trafficking and Anti-Slavery Campaigns”, pp. 11 y ss.

¹⁹⁸⁶ Además, en el informe del Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos al ECOSOC, se señala la relación de este enfoque la tutela de la dignidad humana. Ver: OHCHR,

Unión Europea¹⁹⁸⁷ o del Consejo de Europa.¹⁹⁸⁸

La jurisprudencia internacional también respalda esta estrecha vinculación especialmente a partir de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia *Barcelona Traction*, donde se explicita el carácter de *ius cogens* de las normas que protegen frente a la esclavitud, por tratarse de normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto.¹⁹⁸⁹ También en el ámbito de los tribunales penales de justicia, fundamentalmente a partir de la sentencia *Kunarac*, donde el TPIY señala que el sometimiento al que fueron sometidas las víctimas constituía “un ataque particularmente degradante a su dignidad”.¹⁹⁹⁰

La jurisprudencia internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en ese paradigma, acentuando su condición de norma de *ius cogens*.¹⁹⁹¹ El TEDH da cuenta de la importancia del artículo 4 en el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa cuando afirma que este artículo “consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”, que no admite derogaciones ni excepciones permisibles bajo el artículo 15, incluso en casos de emergencia pública.¹⁹⁹² Por esta razón, los estándares exigidos a los Estados a la hora de cumplir las obligaciones positivas –prevención, protección, persecución y sanción efectiva– son tan altos.¹⁹⁹³ En ese contexto, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado reiteradamente que la servidumbre se trata de una “forma particularmente grave de denegación de libertad”,¹⁹⁹⁴ y que “no puede haber duda de que la trata amenaza la *dignidad* humana y las libertades fundamentales de las víctimas de una forma que no puede considerarse compatible con una sociedad democrática y los valores expuestos en el Convenio”.¹⁹⁹⁵

También es frecuente el nexo dignidad/formas contemporáneas de esclavitud en las legislaciones nacionales.¹⁹⁹⁶ Así, como puede observarse en las regulaciones nacionales de los países que analizamos en la parte de Derecho comparado, algunos países sitúan los delitos de esclavitud y sus condiciones análogas en el marco de los “Delitos contra la humanidad” (Ecuador,¹⁹⁹⁷ Eslovenia,¹⁹⁹⁸ Azerbaiyán¹⁹⁹⁹); “Delitos contra la humanidad

“Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”, E/2002/68/Add.1.

¹⁹⁸⁷ La Decisión Marco 2002/629/JAI señala expresamente que “la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana”, y la Directiva 2011/36/UE sobre trata apunta a que se trata de una “grave violación de los derechos humanos”.

¹⁹⁸⁸ El Convenio de Varsovia establece en su Preámbulo que “la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano”.

¹⁹⁸⁹ CIJ, *Barcelona Traction*, párr. 33-34

¹⁹⁹⁰ TPIY, *Kunarac* (SPI), párr. 756; TESL, *Taylor* (SPI), párr. 427.

¹⁹⁹¹ Tribunal de la CEDEAO, *Mani Hadijatou Korau*, párr. 75.

¹⁹⁹² *Siliadin c. Francia*, párr. 82, CN y V c. *Francia*, párr. 68.

¹⁹⁹³ CN c. *Reino Unido*, párr. 75 y ss., *Siliadin c. Francia*, párr. 148.

¹⁹⁹⁴ *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párr. 58.

¹⁹⁹⁵ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 280-281.

¹⁹⁹⁶ Ver *supra* capítulo de derecho comparado

¹⁹⁹⁷ Artículo 82 CP.

¹⁹⁹⁸ Artículo 112 CP.

¹⁹⁹⁹ Artículo 106 CP.

y el derecho internacional” (Macedonia,²⁰⁰⁰ Montenegro,²⁰⁰¹ o Serbia²⁰⁰²); o “Delitos contra la humanidad y dignidad humana” (Croacia,²⁰⁰³ o Moldavia²⁰⁰⁴). Resulta especialmente paradigmático el caso francés, puesto que modificó su legislación penal en 2013 debido en parte a los pronunciamientos del TEDH en los casos *Siliadin* y *C.N. y V. c. Francia*.²⁰⁰⁵ La regulación francesa reproduce casi literalmente los conceptos de servidumbre y trabajos forzados del Tribunal de Estrasburgo, situándolos en el Capítulo titulado “Atentados a la dignidad de la persona”.²⁰⁰⁶

Nuestro Tribunal Constitucional ha mantenido en reiterada jurisprudencia que los ataques a la dignidad humana suponen la cosificación del individuo, “rebajándolo a un nivel material o animal” al instrumentalizarlo o mediatizarlo “olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo”.²⁰⁰⁷ Esta visión kantiana de la dignidad está en el fondo de las conductas que someten o mantienen a una persona en una condición de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados. Así, en la escala o *continuum* de control, cuantos más ámbitos de la vida de la persona sean objeto de sujeción o control, es decir, cuanto más sometida se encuentre a otra, más cerca estaremos del extremo de la esclavitud. La esclavitud supone la reificación de la persona hasta el punto de que se pueden ejercer los atributos del derecho de la propiedad. Este tipo de delitos protege, por tanto, de la instrumentalización y cosificación de la persona contraria a su dignidad.

No obstante, la noción de dignidad es *insuficiente* –desde el punto de vista práctico– para actuar como bien jurídico en estos delitos, por lo que se va a complementar con la noción de destrucción de la personalidad jurídica, un concepto desarrollado en la jurisprudencia internacional y relacionado con las ideas de dignidad, libertad y autodeterminación. Este concepto refleja de una manera más precisa los contornos de las formas contemporáneas de esclavitud: la protección frente a la destrucción de la personalidad jurídica.

B) Destrucción de la personalidad jurídica

Vamos a argumentar los motivos por los que vamos a utilizar este concepto como forma de precisar la dignidad como bien jurídico protegido en las conductas que prohíben el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados: en primer lugar, porque refleja de una manera más precisa qué tipo de manifestaciones contrarias a la dignidad son las relevantes en las conductas de sometimiento a formas contemporáneas de esclavitud; y, en segundo lugar, porque pueden obtenerse más rendimientos del mismo

²⁰⁰⁰ Artículo 418 CP.

²⁰⁰¹ Artículo 446 CP.

²⁰⁰² Artículo 390 CP.

²⁰⁰³ Artículo 105 CP.

²⁰⁰⁴ Artículo 167 y 168 CP. Se refiere específicamente a los Delitos contra la libertad, honor y dignidad de la persona.

²⁰⁰⁵ Le Coz, N., “La répression des atteintes aux personnes dans la loi no 2013-711 du 5 août 2013”, p. 514.

²⁰⁰⁶ Artículos 225-14-1 y 225-14-2 CP, relativos a la prohibición de los trabajos forzados y la servidumbre.

²⁰⁰⁷ STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13; STC 120/1990, FJ 9; STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

para delimitarlas, definir sus contornos y determinar las conductas penalmente relevantes de cada una de las figuras.

La primera mención al concepto de “reconocimiento de la personalidad jurídica” se realiza en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.²⁰⁰⁸ Aunque la versión inglesa utilice el término “reconocimiento como persona ante la ley” (*equal recognition before the law*), se ha señalado que ambos son normativamente equivalentes.²⁰⁰⁹ También aparece en las discusiones que dieron lugar al PIDCP, cuando los encargados del borrador señalaron que la esclavitud suponía la “destrucción de la personalidad jurídica”,²⁰¹⁰ aunque sin dar mayores explicaciones al respecto. Este término, incluido en el artículo 16 PIDCP,²⁰¹¹ ha sido recogido en otros instrumentos de derechos humanos internacionales²⁰¹² y regionales.²⁰¹³

En general, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ha vinculado a fenómenos como el de las desapariciones forzadas,²⁰¹⁴ que se caracterizan por dejar a la persona en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica, colocando a la

²⁰⁰⁸ “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

²⁰⁰⁹ En relación con el PIDCP, cuyo artículo 16 también se refiere al “reconocimiento como persona ante la ley”, ver: Nowak, M., UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, p. 284. Inicialmente, iba a tener una configuración mucho más limitada pero la versión global recogió un derecho global sin restricciones por razones de edad u otros motivos. Ver: ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, First Session Report*, 1 Julio 1947, UN Doc E/CN.4/21, p. 43; ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Draft of a Resolution for the General Assembly Submitted by the Representative of India*, UN Doc E/CN.4/11, 31 enero 1947.

²⁰¹⁰ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, párr. 79. El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que el derecho de ser reconocido como persona ante la ley “implica que la mujer no debe ser tratada como objeto que se entrega junto con la propiedad del marido difunto a su familia”. Por esta razón, exigió a los Estados información sobre “leyes y prácticas que eviten que las mujeres sean tratadas o que funcionen como personas jurídicas de pleno derecho”. Ver: CDH, Comentario General No. 28 sobre la Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 2000, párr. 19.

²⁰¹¹ “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Un examen del proceso de negociación sobre el artículo 16 PIDCP muestra que este artículo estaba pensado para garantizar la “agencia legal” o “ser un actor frente a la ley”. No obstante, el hecho de que finalmente se dejase un reconocimiento global muestra que, al menos, había reticencias en restringir el derecho. Ver: Arstein-Kerslake, A., *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities. Realizing the Right to Equal Recognition before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 7.

²⁰¹² El artículo 15 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer establece que los Estados deben de garantizar la igualdad de la mujer ante la ley, y el reconocimiento de una “capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad”. Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también establece el derecho al “igual reconocimiento como persona ante la ley”, y que los Estados deberán garantizar unas salvaguardas efectivas para asegurar el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 12).

²⁰¹³ Artículo 3 CADH y artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos. No así en el CEDH, donde se consideró innecesario porque se consideró que el derecho a la personalidad jurídica podía deducirse de otros derechos protegidos por el CEDH y que, por tanto, era innecesaria. Véase: CE Doc. H(70)7, 41f citado en Bogdan, M./Olsen, B., “Article 6”, en *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, Alfredsson, G./Eide, A. (eds.), 1999, p. 151.

²⁰¹⁴ Comité contra las Desapariciones Forzadas, *First report of the Working Group*, E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párr. 184; Ver, al respecto: Pérez Solla, M. F., *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland, Jefferson, NC, 2006.

persona, de facto, fuera de la protección del Derecho.²⁰¹⁵ En este sentido, el artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas reconoce que “constituye una violación de las normas del Derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el *derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”,²⁰¹⁶ y el Comité contra las Desapariciones Forzadas emitió un Comentario General en el que se pronunciaba específicamente sobre este aspecto de las desapariciones forzadas, señalando que representan una “vulneración paradigmática” del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica porque “implican la negación de la existencia legal de la persona desaparecida y, por consiguiente, le impiden disfrutar de todos los demás derechos humanos y libertades”.²⁰¹⁷

En relación con la esclavitud, el TPIY justifica la equiparación de la esclavitud legal y de hecho porque en ambos casos se ejercitan los atributos del derecho de propiedad y provocan un grado semejante de *destrucción o anulación de la personalidad jurídica* como consecuencia de dicho ejercicio,²⁰¹⁸ que hace que el consentimiento de la víctima no se considere como un elemento del delito.²⁰¹⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos también subrayó este vínculo en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, señalando que “lo importante actualmente no es la existencia de un título de propiedad sobre el esclavo, sino el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en la destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser

²⁰¹⁵ En ese sentido se han pronunciado tanto la CIDH como el Comité de Derechos Humanos. Así, en *Anzualdo Castro c. Peru*, párr. 90, de 22 de septiembre de 2009, la CIDH señaló que: “[...] más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también *negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica* ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional” Por esta razón, continúa: “En consideración de lo anterior, la Corte estima que en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica *que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general*, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos. Esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Anzualdo Castro” (párr. 101). Se pronuncia también en otros casos, como en: *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, el 25 de mayo de 2010, párr. 212; *Gomes Lund y otros c. Brasil*, el 24 de septiembre de 2010, párr. 219; *Gelman c. Uruguay*, el 24 de febrero de 2011, párr. 221; *Torres Millacura y otros c. Argentina*, el 26 de agosto de 2011, párr. 229; *González Medina y familiares c. República Dominicana*, el 27 de febrero de 2012, párr. 240. Ver: Suárez, B./Fuentes, E., “Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Vol. 18, No. 36, 2015, pp. 65-80. En un sentido muy parecido, en algunas comunicaciones individuales el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el artículo 16, señalando su relación con las desapariciones forzadas, la expedición de documentos de identidad, el establecimiento de la identidad y el reconocimiento de la legitimación de una persona ante los tribunales. Ver: *Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio c. Argentina*, CDH Com. No. 400/1990, 27 abril 1995; *Adam Hassan Aboussedra c. Libia*, Com. CDH. No. 1751/2008, 25 octubre 2010, párr. 7.9.

²⁰¹⁶ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. Por otro lado, el TEDH no ha desarrollado una jurisprudencia al respecto, sino que lo analiza en el marco del artículo 3 (prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes). Ver: STEDH, Asunto *Kurt c. Turquía*, No. 15/1997/799/1002, de 25 de mayo de 1998, párr. 139 y ss.

²⁰¹⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, A/HRC/19/58/Rev.1, 2 de marzo de 2012, párr. 42.

²⁰¹⁸ TPIY, *Kunarac* (Apelación), párr. 117 y STEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 280 y 281.

²⁰¹⁹ TPIY, *Kunarac* (Apelación), párr. 120.

humano”.²⁰²⁰ Esto se debe a que el sometimiento de la persona a esclavitud impide que, por ley o por otro tipo de prácticas,²⁰²¹ pueda actuar como una persona de pleno derecho, colocándola en una situación de vulnerabilidad donde pueden verse afectados otros derechos dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Esta idea subyace también en el razonamiento del TEDH, especialmente a partir de *Siliadin*, donde se pronuncia por primera vez sobre la prohibición de sometimiento a esclavitud.²⁰²² Para el Tribunal, lo relevante para declarar la existencia de una situación de trabajos forzados o servidumbre es el *control* al que se somete a la víctima, incluso aunque se deba al aprovechamiento de factores subjetivos de la misma.²⁰²³ Esta situación, cuando deriva en el aislamiento de la persona y en la *percepción* de la inevitabilidad de su situación, se convierte en servidumbre.²⁰²⁴

De este modo, aunque el TEDH no lo indique explícitamente, es claro el vínculo entre estas prácticas y la destrucción de la personalidad jurídica, que culmina con el tratamiento de una persona como un objeto.²⁰²⁵ No se trata únicamente de la afectación de un determinado ámbito del individuo, como su libertad o su integridad física, psíquica o moral, sino de algo más general, que tiene que ver con la autonomía de la voluntad y que afecta al “derecho a tener derechos”.²⁰²⁶ La forma de establecer o mantener el control puede variar, por ejemplo, empleando técnicas de amenaza, o privación de libertad, o sometimiento a tratos degradantes, o atentando contra la libertad sexual, etc. Pero el hecho es el mismo: control, en mayor o menor medida, sobre la persona, situándola en una posición vulnerable.²⁰²⁷ Esto coincide con uno de los aspectos esenciales apuntados por Orlando Patterson en su ya clásica descripción del fenómeno. Patterson destaca que, además del elemento dominación que predomina en una relación de esclavitud, es fundamental el desarraigo y el aislamiento sociocultural del esclavo, que denomina

²⁰²⁰ CIDH, Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, párr. 259.

²⁰²¹ Que como señala Stoyanova, pueden ser aún más dañinas: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 236.

²⁰²² *Siliadin c. Francia*, párr. 126-129.

²⁰²³ *Ibid.*, párr. 118.

²⁰²⁴ *CN y V c. Francia*, párr. 91.

²⁰²⁵ Tal concepto está muy vinculado al de “reificación” de Honneth, procedente del ámbito de la filosofía crítica: Honneth, A., *Reificación: Un estudio en la teoría del reconocimiento*, Calderón, G. (trad.), Katz, Buenos Aires, 2007, pp. 16 y ss., y *passim*. Honneth se refiere al tratamiento como cosas o mercancías en un contexto intersubjetivo, de tal manera que de reificación sólo cabe hablar de forma directa en relación con otras personas y significa “perder de vista su reconocimiento previo”. Precisamente en el “olvido del reconocimiento” reside, a juicio de Honneth, el núcleo de la reificación.

²⁰²⁶ Expresión prestada de Hannah Arendt y sus *Orígenes de Totalitarismo*. Al respecto, ver: Oudejans, N., “The Right to Have Rights as the Right to Asylum”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. 43, 2014, pp. 7 y ss.

²⁰²⁷ *CN c. Reino Unido*, párr. 80 Resultan muy ilustrativas las expresiones utilizadas por el Consejo de Control Aliado en el caso Pohl: “La esclavitud puede existir incluso sin tortura. El esclavo puede estar bien alimentado, bien vestido, e incluso acomodado, pero son aun así esclavos, que sin un proceso legal son privados de su libertad mediante la fuerza. Quizás podamos eliminar toda prueba de maltrato, las torturas, los golpes y otros actos bárbaros, pero debe admitirse que el hecho de la esclavitud (trabajo obligatorio sin compensar), aún permanece. No existe la esclavitud benevolente. La servidumbre involuntaria, incluso aunque esté atemperada por tratamientos humanizados, es esclavitud”. Ver: *US c. Oswald Pohl y Otros*, p. 958

“alienación natal”.²⁰²⁸

De esta manera, la noción de dignidad en el sentido de “no instrumentalización”, o más específicamente en el sentido de “protección frente a la destrucción de la personalidad jurídica” es la que se refleja en los instrumentos normativos y, especialmente, en las resoluciones judiciales que los aplican, donde se subraya el aspecto degradante de este tipo de conductas. No se trata únicamente de la afectación de una determinada faceta del individuo, sino de algo más general que lo convierte en una figura específica y compleja, o en una “grave violación de derechos humanos”.²⁰²⁹

Además, de este concepto pueden extraerse rendimientos a la hora de determinar las conductas penalmente relevantes para el bien jurídico. Únicamente tienen relevancia a efectos de tener consideración de conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados aquellos actos que tengan aptitud para situar a una persona en un “limbo jurídico” que permita un control de distintas esferas de la persona.²⁰³⁰ Estos actos pueden ser de muy diverso tipo, pero se producirán siempre con el telón de fondo de la instrumentalización de otra persona. Así, el control equivalente a posesión es lo que permite el ejercicio de los atributos del derecho de la propiedad, que a su vez son consecuencia del sometimiento y control previos. Debe tratarse de un control directivo ilegítimo que afecte a la esfera de desarrollo de la autonomía personal, y le impida determinarse o tomar decisiones al colocarla fuera de la protección del Derecho. En la servidumbre el grado de control de las esferas de autonomía es menor puesto que no se llega a un control absoluto, al igual que en el trabajo forzoso, donde la limitación de la formación de la autonomía de la voluntad afecta fundamentalmente al trabajo.

²⁰²⁸ Patterson apunta que: “los esclavos fueron desarraigados originalmente de sus hogares ancestrales y luego incorporados al hogar o al patrimonio de sus amos. A ellos y a sus hijos se les impidió cualquier vinculación formal a la comunidad de sus amos o reclamaciones sobre ella. Eran ‘personas que no pertenecían’, por excelencia ‘otros’ o forasteros, reflejados en el término de esclavitud en muchas tierras, desde la antigua Mesopotamia hasta el África Occidental del siglo XIX, pero más notablemente en la raíz común, la esclavitud, para el término en todas las lenguas de Europa Occidental (España: esclavo, Alemán: sklave, Francés): esclavo, holandés: slaaf, sueco: slav), que surgió porque los esclavos típicos de la Europa medieval a partir del siglo VIII eran forasteros -eslavos traficados a Europa Occidental - un trágico patrón histórico que se repite en el actual tráfico masivo de mujeres eslavas hacia la esclavitud sexual de Europa Occidental”. Patterson, O., “Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present”, p. 324.

²⁰²⁹ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 280 y 281.

²⁰³⁰ En este mismo sentido, Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, p. 351.

I. NECESIDAD DOGMÁTICA Y CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINAL DE UN DELITO DE ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE Y TRABAJOS FORZOSOS.

“—Bien —dijo la señorita Ophelia— ¿crees que la esclavitud es buena o mala?
—No pienso hacer gala de la horrible franqueza típica de Nueva Inglaterra,
prima—dijo St. Clare alegremente—. Si te contesto a esta pregunta, sé que me
vendrás con una docena más, cada una más difícil que la anterior; y yo no pienso
definir mi postura. Yo soy de los que viven tirando piedras al tejado ajeno, pero no
tengo intención de dejar que ellos hagan lo mismo conmigo”

La cabaña del Tío Tom

En estos capítulos vamos a explorar la necesidad jurídico-penal de tipificar el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos desde dos perspectivas: la primera, desde el Derecho internacional y las obligaciones positivas y, la segunda, desde el Derecho penal, y concretamente desde la perspectiva del bien jurídico y el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Los principios básicos del Derecho penal, como el principio de necesidad, de intervención mínima, de fragmentariedad, etc., se tratarán de forma transversal en cada uno de los capítulos.

1. Las obligaciones positivas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El primer argumento para sostener la necesidad de tipificar un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos proviene del Derecho internacional de los derechos humanos. En esta rama del Derecho internacional cobran especial relevancia las obligaciones positivas, ampliamente desarrolladas por el TEDH para los países que han ratificado el CEDH y han aceptado su jurisdicción.

Las obligaciones positivas están íntimamente ligadas a la creciente aceptación de que los derechos humanos incluyen una vertiente positiva que se traduce a su vez en exigencias de acción estatal.²⁰³¹ Es decir, que los derechos humanos en el contexto de la justicia criminal no sólo sirven para justificar la limitación de los excesos estatales,²⁰³² sino que en su vertiente positiva han dado lugar a demandas como la ampliación de las normas penales, la creación de deberes preventivos o la intensificación de la labor policial y de

²⁰³¹ Fredman, S., *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 65; Shue, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1996, p. 155; Mowbray, A.R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2004, p. 224.

²⁰³² Esta idea se encuentra profundamente arraigada en el origen y el desarrollo de la teoría del bien jurídico. Ver: Vives Antón, T. S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 25, 2005, pp. 401 y ss. En el ámbito anglosajón, ver especialmente: Ashworth, A., “Criminal Law, Human Rights and Preventative Justice” en *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, McSherry, B./Norrie, A./Bronitt, S., (eds), Hart Publishing, Oxford, 2009.

enjuiciamiento de los delitos, esgrimidas cada vez con mayor frecuencia.²⁰³³ Esta vertiente generadora de deberes para los Estados,²⁰³⁴ es la que se conoce como “obligaciones positivas”.

Podemos identificar obligaciones positivas de diverso contenido en el Derecho internacional,²⁰³⁵ especialmente en los tratados internacionales de derechos humanos,²⁰³⁶ e incluso encuentran su reflejo en las constituciones nacionales.²⁰³⁷ Fue la jurisprudencia sobre la “diligencia debida” de la CIDH la que allanó inicialmente el camino,²⁰³⁸ pero ha sido el TEDH el que más ha participado en el posterior desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas.²⁰³⁹

Como señala Tomás-Valiente Lanuza, la idea de la función protectora del Estado no es novedosa, y es la que se presupone como justificación para los teóricos del contrato social.²⁰⁴⁰ Lo novedoso es que el Estado pueda tener responsabilidad por no observar una

²⁰³³ Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 15;

²⁰³⁴ Para Lazarus esta vertiente se describe de forma más precisa con el concepto “deberes coercitivos”. Ver: Lazarus, L., “Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?”, p. 136.

²⁰³⁵ Por ejemplo, la obligación de penalizar el genocidio en la Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio, 1948 (artículo V), o la obligación de tipificar como delito “el acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte” en la Convención Suplementaria de 1956. Sobre las obligaciones positivas en el Derecho internacional referidas a las víctimas de trata, ver: Piotrowicz, R., “States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24, No. 2, 2012, p. 181-201.

²⁰³⁶ En el lenguaje del PIDESC y, en general, en los tratados que establecen derechos sociales y culturales, muy vinculados a los recursos disponibles, es muy frecuente hablar de la obligación de “respetar, proteger, promover y realizar” los derechos. No obstante, este lenguaje se ha extendido a los convenios que se refieren a los derechos civiles y políticos. Al respecto, ver: Shelton, G., “Positive and Negative Obligations”, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Shelton, G. (ed.), 2013.

²⁰³⁷ Lazarus, L., “Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?”, p. 137..

²⁰³⁸ *Ibid.*, p. 137. Ver CIDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. Al respecto, Parra Vara, O., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 13, No. 1, 2012, p. 9 y ss.; y Lavrysen, L., “Positive Obligations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 7, 2014, pp. 94-115

²⁰³⁹ Mowbray destaca la creciente atención en las obligaciones positivas en el marco del CEDH entre la literatura científica: Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 229. Ver, por ejemplo: Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 71, 2011, pp. 691-718; Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1993; Dickson, B., “Positive Obligations and the European Court of Human Rights”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 61, No. 3, 2010, p. 203-208; Singh, R., “Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights”, *Judicial Review*, Vol. 13, No. 2, 2008, pp. 94-100; Xenos, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012; Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret. Revista del Análisis del Derecho*, No. 3, 2016, pp. 3-72; Carmona Cuenca, E., “Derechos Sociales de Prestación y Obligaciones Positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, Vol. 100, 2017, pp. 1209-1238; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 319 y ss.

²⁰⁴⁰ Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 3-4.

determinada conducta, o en determinados casos, por no castigar penalmente un determinado comportamiento.²⁰⁴¹

No obstante, dada la estrecha relación entre el Derecho penal nacional y la soberanía estatal, esta cuestión debe abordarse con extrema cautela. Además, debe tenerse en cuenta que, entre los deberes positivos asignados al Estado, la protección penal juega tan sólo una parte porque el alcance de las obligaciones varía en función del ámbito de acción del que se trate y del derecho infringido.²⁰⁴² hay casos que por tratarse de “valores fundamentales de los ordenamientos jurídicos democráticos” se elevan los estándares exigidos a los Estados,²⁰⁴³ mientras que en otros puede decaer al ponderarse con otros derechos.

Partiendo de este marco, vamos a centrarnos en la jurisprudencia del TEDH que interpreta un Convenio de valor constitucional en nuestro sistema *ex* artículo 10.2 CE: el CEDH. En primer lugar, determinaremos en qué consisten exactamente las obligaciones positivas, de dónde emanan y cuál es su justificación; a continuación, qué acciones sustantivas debe efectuar *como mínimo* un Estado parte del Convenio para cumplir adecuadamente con las obligaciones contraídas en relación con el artículo 4 CEDH, relativo a la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados²⁰⁴⁴ y, por último, en qué medida puede afirmarse que dichas obligaciones positivas imponen a los Estados un “mandato” de tipificación expresa y otros aspectos relacionados con el ejercicio del *ius puniendi*.

1.1 Obligaciones positivas o “deberes positivos de protección”²⁰⁴⁵ en el CEDH: fuentes y legitimación.

El Derecho internacional de los derechos humanos se ha centrado históricamente en prohibir los abusos cometidos por parte del Estado o sus agentes,²⁰⁴⁶ en una concepción “clásica” o “liberal” de los derechos humanos como garantías de defensa frente al Estado. Esto es lo que se conoce como “obligación de abstención”, basada en el principio de no interferencia: basta que el Estado no realice la actividad prohibida para que no exista

²⁰⁴¹ Ashworth, A., “Human Rights and Positive Obligations to Create Particular Criminal Offences”, en Ashworth, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, Oregon, 2013, pp. 196-211.

²⁰⁴² Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, p. 693.

²⁰⁴³ El TEDH respecto al artículo 4 y la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados: *Siliadin c. Francia*, párr. 112.

²⁰⁴⁴ El artículo 4 del CEDH indica: “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como „trabajo forzado u obligatorio“ en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional ; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

²⁰⁴⁵ Utilizando la terminología de Tomás-Valiente Lanuza en “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”

²⁰⁴⁶ Starmer, K., “Positive Obligations under the Convention”, *Understanding Human Rights Principles*, en Jowell, J./Cooper, J. (eds.), Hart Publishing, 2001, p. 139; Fredman S., *Human Rights Transformed*, p. 1; Obokata, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, p. 151.

incumplimiento.²⁰⁴⁷ Por ejemplo, la prohibición de la tortura o los tratos inhumanos o degradantes se traduce en que el Estado debe abstenerse de hacerlo a través de las autoridades estatales.

No obstante, la profundización en la función protectora del Estado²⁰⁴⁸ y el hecho de que los Estados no sean los únicos actores relevantes en la vulneración de derechos humanos,²⁰⁴⁹ ha originado una prolífica jurisprudencia sobre la *obligación estatal de actuar* en ciertos casos, que facilita la identificación de los aspectos distintivos y necesarios para la realización de un derecho.²⁰⁵⁰ Así, aunque el TEDH no haya ofrecido una definición general de las obligaciones positivas,²⁰⁵¹ en algunos casos se ha referido a ellas como la “obligación de hacer algo”.²⁰⁵²

Esta herramienta ha resultado ser especialmente útil para afrontar aquellas situaciones en las que la causa directa del daño es un actor privado, puesto que el Derecho internacional tiene al Estado como principal destinatario de las normas.²⁰⁵³ Si no existiese una obligación del Estado de hacer algo (obligación positiva), la víctima de un abuso únicamente vería satisfecha su reclamación contra el Estado parte si consiguiera demostrar con éxito la vinculación *directa* entre dicho abuso y la acción u omisión del Estado. En este contexto, el concepto de obligaciones positivas o de “deberes positivos de protección” ofrece un marco analítico que permite traducir los abusos contra individuos en violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se infligen por individuos privados, si se

²⁰⁴⁷ Akandij-Kombe, J., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2007, p. 5

²⁰⁴⁸ Basado en el cambio de paradigma a una concepción de la libertad fundamentada en la posibilidad real de disfrute y ejercicio de los derechos que solo se satisface con la cobertura de unos estándares básicos de bienestar. Singh lo expresa de la siguiente manera: “para ser efectivos, incluso los derechos civiles y políticos deben protegerse – y la protección tiene un precio. El derecho a la tutela judicial efectiva carecería de significado si no hubiera tribunales, o si no tuviesen la suficiente financiación, o si únicamente un sector de la población pudiera acceder a ellos por la falta de dinero”. Ver Singh, R., *The Future of Human Rights in the United Kingdom: Essays on Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 54. A un nivel de teoría política, esta obligación de protección supondría la contrapartida del poder del Estado en su territorio: Glanville, L., “The Antecedents of ‘Sovereignty as Responsibility’”, *European Journal of International Relations*, Vol.17, No. 2, 2010, pp. 233 y ss.

²⁰⁴⁹ Los actores privados, cuya conducta no puede atribuirse directamente al Estado, también pueden suponer una amenaza para otros individuos. En palabras de la Comisión de Derecho Internacional en el Borrador de la Responsabilidad de los Estados, los actos de agentes privados son aquellos que no pueden atribuirse al Estado: ONU, *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Parte 2), 2001, p. 35: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf. [último acceso: 27/01/2020]. Ver también: Xenos, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, pp. 28 ss.

²⁰⁵⁰ Steiner, H. J./Alston, P./Goodman, R., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 2008, p. 186.

²⁰⁵¹ Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 2.

²⁰⁵² Por ejemplo, en la STEDH, *Relating to certain aspects of the Laws on the use of Languages in education in Belgium c. Bélgica*, No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, de 23 de julio de 1968.

²⁰⁵³ Es importante recordar que el Derecho internacional de los derechos humanos no deja de ser una rama del Derecho internacional público con características especiales. Por ejemplo, la consideración del individuo y de su dignidad como un valor autónomo y central en la Sociedad Internacional. Ver: Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 663 y ss.

demuestra que el Estado no ha adoptado medidas efectivas y adecuadas para evitar que se produzcan.²⁰⁵⁴

Es preciso preguntarse si la imposición de las obligaciones positivas se debe al Convenio o al propio TEDH. El CEDH contiene algunos artículos que requieren algún tipo de actuación estatal como la contrapartida necesaria de ciertos derechos como el de “ser informada [la persona], en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella” (artículo 5.2 CEDH) o del derecho “a ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”, a un juicio en un plazo razonable, o a la puesta en libertad durante el procedimiento (artículo 5.3 CEDH). No obstante, ha sido el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas por parte del TEDH lo que ha permitido ir mucho más allá, ampliando el rango de acciones que debe emprender el Estado para proteger a los particulares de una manera eficaz, ya sea con carácter general o frente a comportamientos de otros ciudadanos.²⁰⁵⁵

Esta forma de actuar del TEDH, criticada por el amplio margen de creación jurisdiccional,²⁰⁵⁶ hace que sea necesario preguntarse por la justificación o legitimación del Tribunal para incrementar las exigencias que los Estados deben satisfacer. Es decir, ¿por qué deben incorporarse las obligaciones positivas al catálogo de derechos? ¿cómo puede justificarse racionalmente su incorporación?²⁰⁵⁷ El TEDH da tres motivos: porque los Estados se han comprometido a garantizar los derechos contenidos en el CEDH al ratificarlo, porque se trata de un “instrumento vivo” que debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales; y, en tercer lugar, porque es necesario para que la Convención siga siendo eficaz.²⁰⁵⁸

El TEDH se refiere al artículo 1, que impone la obligación de “reconocer” –en la versión en inglés utiliza el verbo “*secure*”, que se traduce como “garantizar” o “asegurar”– a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio. Se trata de una obligación general que habla de *garantizar* y no

²⁰⁵⁴ Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 25-26, 91-93.

²⁰⁵⁵ Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 4

²⁰⁵⁶ La principal objeción tiene que ver con que la creación jurisprudencial incurre en una desviación de las intenciones de los redactores del Convenio o las de los Estados en el momento de prestar adhesión. Un ejemplo puede verse en: Hoffmann, L., “Human Rights and the House of Lords”, *Modern Law Review*, Vol. 62, No. 2, 1999, pp. 159 y ss.; Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 8 y ss. Además, hay que tener en cuenta que, como consecuencia del principio general de atribución, el TEDH no es competente para proteger derechos que no se encuentren en el Convenio, como indicó en *Johnston y Otros c. Irlanda*, No. 9697/8218, de diciembre de 1986, párr. 57.

²⁰⁵⁷ Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 2; Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, p. 693.

²⁰⁵⁸ En base a este principio el TEDH examina si el Estado ha adoptado un papel activo en el aseguramiento efectivo de un derecho, y no únicamente si se ha reconocido de forma teórica: Merrils, J., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, pp. 102-103 y, en general, el capítulo 1; Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 221.

simplemente respetar los derechos y libertades contenidos en el CEDH. De este modo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal fundamenta las obligaciones positivas en la combinación del artículo 1 con artículos de la Convención que se apliquen en el caso concreto, como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura o los tratos inhumanos.²⁰⁵⁹

La consideración del Convenio como un “instrumento vivo” que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales²⁰⁶⁰ ha servido como herramienta para el desarrollo de las obligaciones positivas²⁰⁶¹ pero también para la introducción de conductas que no estaban expresamente previstas en el Convenio.²⁰⁶² Esta es la forma del TEDH de interpretar la Convención de una forma dinámica y adaptarla a nuevas circunstancias.

1.2 El contenido de las obligaciones positivas en general

El Tribunal de Estrasburgo no ha articulado una teoría general de las obligaciones positivas,²⁰⁶³ sino que ha desarrollado toda una casuística a partir de los distintos artículos del Convenio. A esto debe sumársele que, a pesar de la indudable importancia de la doctrina de las obligaciones positivas, el postulado de Mowbray de que “la cuestión de las obligaciones positivas en el TEDH ha sido objeto de estudio limitado en la bibliografía existente”,²⁰⁶⁴ continúa siendo válido.²⁰⁶⁵

Las monografías de Alastair Mowbray²⁰⁶⁶ y Andrew Clapham,²⁰⁶⁷ consideradas fuentes clásicas sobre la cuestión han analizado la jurisprudencia del TEDH para extraer las

²⁰⁵⁹ Akandij-Kombe, J, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, p. 8. El TEDH sigue este razonamiento, por ejemplo, en: *A. c. Reino Unido*, No. 100/1997/884/1096, 23 de septiembre de 1998 y en *Broniowski c. Polonia*, No. 31443/96, 22 de junio de 2004. Ver también Ashworth, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, 2013, p. 198.

²⁰⁶⁰ Hajiyeve, K., “The Evolution of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights”, en *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant. Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis*, VVAA, Bruylant, Bruselas, 2011, p. 208. Según Nicol, esta visión puede deducirse también de los travaux préparatoires del Convenio por parte de algunos de los redactores. Nicol, D., “Original Intent and the European Convention on Human Rights”, *Public Law*, 2005, pp. 152 y ss.

²⁰⁶¹ Mowbray, A., “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2005, pp. 57, 64; *Tyrer c. Reino Unido*, párr. 31.

²⁰⁶² *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 277 y ss. Así, este fue uno de los principales argumentos en los que se basó el Tribunal de Estrasburgo para incluir la trata de seres humanos en el ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH

²⁰⁶³ Esto dificulta en la práctica la certeza y predictibilidad de sus decisiones: Hakimi, M., “State Bystander Responsibility”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2, 2012, p. 349; Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 242-49.

²⁰⁶⁴ Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, p. 3.

²⁰⁶⁵ En el mismo sentido, Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, p. 692; Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, p. 3.

²⁰⁶⁶ Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*.

²⁰⁶⁷ Clapham, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

obligaciones positivas que emanan de cada uno de los artículos del CEDH por separado.²⁰⁶⁸ El problema de esta técnica de sistematización es que, al estar imbuida de casuística, no alcanza un grado de análisis más general y es un trabajo más bien descriptivo. Otros autores, como Bantekas y Oette, proponen una clasificación de las obligaciones positivas –derivadas de los tratados de derechos humanos general, y no específicamente referidas al CEDH– en función del tipo de acción que se exige al Estado,²⁰⁶⁹ al igual que Tomás-Valiente Lanuza,²⁰⁷⁰ Vigano²⁰⁷¹ y Ashworth.²⁰⁷²

El TEDH se ha referido a dos tipos de obligaciones positivas: procedimentales y sustantivas,²⁰⁷³ clasificación que seguiremos en este trabajo. Las obligaciones sustantivas acarrear el deber de desarrollar un marco legislativo y administrativo que tenga un efecto disuasorio efectivo, y el aspecto procedimental implica la obligación del Estado de asegurar, con todos los medios a su disposición, una respuesta adecuada. Esta puede ser judicial o de otro tipo, pero debe garantizar que el marco legislativo y administrativo se implemente de forma adecuada, de modo que cualquier vulneración sea reprimida y castigada.²⁰⁷⁴ Las obligaciones sustantivas y procedimentales pueden agruparse de forma genérica en los siguientes tres tipos de deberes positivos de protección, sistematizados por el propio Tribunal:

- a) El deber de garantizar un derecho estableciendo disposiciones penales eficaces, respaldadas por mecanismos de aplicación de la ley, para prevenir, reprimir y sancionar las infracciones de dichas disposiciones.
- b) El deber, en ciertas circunstancias bien definidas, de adoptar medidas operativas de prevención para proteger un sujeto cuyo derecho se encuentre en peligro por actos criminales de otro sujeto.²⁰⁷⁵
- c) El deber de disponer de un mecanismo eficaz para investigar las denuncias de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, junto con el deber de velar por

²⁰⁶⁸ Concretamente los artículos 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 14.

²⁰⁶⁹ Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, p. 348. Estos autores ponen el ejemplo de las obligaciones positivas de protección del derecho a la vida: “Esta obligación ha sido interpretada como: (1) regular la protección de la vida y prohibir la privación arbitraria de la vida; (2) adoptar medidas para proteger a los individuos en riesgo; (3) minimizar el riesgo de daños potencialmente letales; (4) criminalizar, investigar, perseguir y castigar asesinatos injustificados; y (5) garantizar el ejercicio de recursos efectivos en caso de vulneración”.

²⁰⁷⁰ Tomás-Valiente Lanuza se refiere a: (1) Deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente; (2) Deberes de investigación; (3) Deberes relativos a la celebración del proceso; (4) Deberes de sancionar suficientemente; y (5) Deberes de ejecución de la pena: Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 12 y ss.

²⁰⁷¹ Vigano, F., “La arbitrariedad del no punir Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Política Criminal*, Vol. 9, No. 18, 2014, pp. 428 y ss.

²⁰⁷² Ashworth, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 198.

²⁰⁷³ Sistematizadas en *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 219 y ss., y en *Siliadin c. Francia*, párr. 89 y ss.

²⁰⁷⁴ *STEDH Öneriyıldız c. Turquía*, No. 48939/99, 30 de noviembre de 2004, párr. 89-96.

²⁰⁷⁵ La formulación de los dos primeros apartados sigue el texto de la *STEDH Osman c. Reino Unido*, 2000, párr. 115, y *Van Colle c. Reino Unido*, 2013, p. 839, citado en Ashworth, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 198.

que se lleve a cabo una investigación exhaustiva y eficaz que permita identificar y sancionar a los responsables.²⁰⁷⁶

Los deberes de protección deben ponderarse con un juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta la doctrina del margen de apreciación estatal.²⁰⁷⁷ Esto se debe a que, al menos en un ordenamiento jurídico complejo, proteger un derecho a menudo significa interferir en otro –“dialéctica de protección e interferencia”–.²⁰⁷⁸

Para la determinación del contenido específico de un determinado deber positivo de protección, es preciso tener en cuenta dos distinciones: en primer lugar, entre obligaciones positivas y negativas y, en segundo lugar, entre derechos absolutos y relativos. En relación con lo primero, el TEDH ha señalado en ocasiones que lo importante es encontrar un equilibrio equitativo entre los intereses en conflicto, y que no es tan relevante determinar si un caso se analiza en términos de obligaciones positivas o negativas.²⁰⁷⁹

No obstante, como argumenta Klatt de una forma convincente, esta posición del TEDH sólo es correcta en la medida en que el principio de proporcionalidad, que exige un equilibrio equitativo, es aplicable a ambas categorías. No obstante, su aplicación concreta es diferente según si estamos ante obligaciones positivas o negativas porque tienen una estructura interna distinta.²⁰⁸⁰ Las obligaciones negativas prohíben impedir o interferir en el ejercicio de un interés legal. Esto implica que está prohibida cualquier acción que equivalga a obstrucción o interferencia. Por el contrario, los deberes positivos de protección obligan a que el Estado tome medidas de protección y garantía de un derecho. Esto no equivale, en principio, a la obligación de llevar a cabo una acción en concreto, sino que permite la *elección de medios* respetuosa con el interés legal en juego.²⁰⁸¹

En segundo lugar, existe otra distinción importante que afecta al tipo de medios que se le exige al Estado para proteger un derecho es la clasificación entre derechos absolutos y relativos. El TEDH ha caracterizado los derechos absolutos como aquellos que no son

²⁰⁷⁶ Esta formulación la encontramos en *Aydin c. Turquía*, No. 57/1996/676/866, 25 de septiembre de 1997, párr. 93 y ss.

²⁰⁷⁷ Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, pp. 693-718. Más en general, sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho internacional, ver: Huscroft, F./Miller, B./Webber, G., “Introduction”, en *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Huscroft, F./Miller, B./Webber, G. (eds.), Cambridge University Press, 2014, pp. 1-2.

²⁰⁷⁸ Gerards, J./Senden, H., “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, 2009, p. 651.

²⁰⁷⁹ “Tanto si el caso se analiza en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de los solicitantes [...] como en términos de injerencia de una autoridad pública [...], los principios aplicables son muy similares. En ambos contextos se debe tener en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto”. Ver: *Hatton y Otros c. Reino Unido*, No. 36022/97, 8 de julio de 2003, párr. 98, 119; *López Ostra c. España*, No. 16798/90, 9 de diciembre de 1994, 278, párr. 51; *Powell y Rayner c. Reino Unido*, No. 9310/81, 21 de febrero de 1990, párr. 41.

²⁰⁸⁰ Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, p. 694

²⁰⁸¹ Esto es lo que ha llevado a Klatt a afirmar que “las obligaciones positivas tienen una estructura alternativa o disyuntiva (*alternative o disjuntive*), mientras que las obligaciones negativas tienen una estructura conjunta (*conjuntive*)”, lo que le permite aplicar la teoría de proporcionalidad de Alexy y extraer una serie de consecuencias. *Ibid.*, pp. 695 y ss. Cita en página 695.

susceptibles de limitación, de modo que cualquier interferencia en el ejercicio de este tipo de derechos se considera una violación.²⁰⁸² Por otro lado, los derechos relativos son aquellos que pueden ponderarse o limitarse aplicando un análisis de proporcionalidad,²⁰⁸³ que sirve para determinar si una injerencia en un derecho relativo (artículos 8 al 11 CEDH) puede estar justificada como necesaria en una sociedad democrática con el fin de obtener un objetivo legítimo. En los derechos absolutos, por el contrario, se elimina del razonamiento legal un análisis de proporcionalidad de este tipo.²⁰⁸⁴

El Convenio no se refiere a derechos absolutos o “prohibiciones absolutas”,²⁰⁸⁵ por lo que la identificación de los derechos como absolutos o relativos proviene de la jurisprudencia del TEDH, que ha recurrido principalmente a dos características: el carácter derogable o inderogable del derecho,²⁰⁸⁶ y a si se incluyen cláusulas de limitación.²⁰⁸⁷ En este sentido, cuando el TEDH afirma que el artículo 3 CEDH –prohibición de la tortura– es un derecho absoluto, hace hincapié en que se trata de un derecho no susceptible de derogación *ex* artículo 15 CEDH,²⁰⁸⁸ al igual que el artículo 4.²⁰⁸⁹ En esta línea, el TEDH ha adoptado la postura de que “el artículo 4 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”,²⁰⁹⁰ calificación que el Tribunal ya había utilizado en relación con el artículo 2 (el derecho a la vida) y el artículo 3.²⁰⁹¹

Por consiguiente, con independencia de las distinciones conceptuales del artículo 4, su condición de derecho absoluto y de mismo “rango” que los artículos 2, 3 y 7 de la

²⁰⁸² Se trata de una afirmación frecuentemente citada por el Tribunal. Entre otras, ver: *SSTEDH Soering c. Reino Unido* (Plenario), No. 14038/88, 7 de julio de 1989, párr. 88; *Selmouni c. Francia*, No. 25803/94, 28 de julio de 1999, párr. 79; *Chahal c. Reino Unido*, No. 22414/93, 15 de noviembre de 1996, párr. 79; *Gafgen c. Alemania*, No. 22978/05, 1 de junio de 2010, párr. 107; *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 39630/09, 13 de diciembre de 2012, párr. 177. Al respecto, ver: Addo, M./Grief, N., “Does Article 3 of the Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, p. 522; Finnis, J., “Absolute Rights: Some Problems Illustrated”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61, No. 2, 2016, pp. 195-216; Smet, S., “The ‘Absolute’ Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment in Article 3 ECHR”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Brems, E./Gerards, J. (eds.), Cambridge University Press, 2013, p. 276; del mismo autor: “Conflictos between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Vol. 13, No. 3, 2013, pp. 469 y ss.; Montesinos Padilla, C., “¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos? Reflexiones a la luz de la Sentencia del TEDH en el Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal”, *Revista española de derecho europeo*, Vol. 67, 2018, pp. 111-137.

²⁰⁸³ Borowski, M., “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law*, No. 56, 2013, p. 392.

²⁰⁸⁴ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 283.

²⁰⁸⁵ Addo, M./Grief, N., “Does Article 3 of the Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, p. 512.

²⁰⁸⁶ Borowski, M., “Absolute Rights and Proportionality”, p. 394.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 395. Aunque como advierte, se ha flexibilizado en el caso del artículo 4.

²⁰⁸⁸ Addo, M./Grief, N., “Does Art. 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, p. 513. *Gäfgen c. Alemania*, párr. 87; *Z. y Otros c. Reino Unido*, No. 29392/95, 10 de mayo 2001, párr. 73; *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, No. 1653/13, 13 de mayo de 2018, párr. 69.

²⁰⁸⁹ Rainey, B./Wicks, E./Obey, C., Jacobs, *White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, p. 195. No obstante, como señala Borowski, la lista del artículo 15 del CEDH contiene también el derecho a la vida del artículo 2 del CEDH que, tradicionalmente, no se ha considerado absoluto. Ver: Borowski, M., “Absolute Rights and Proportionality”, pp. 394 y ss.

²⁰⁹⁰ *LE c. Grecia*, párr. 64; *CN y V c. Francia*, párr. 68; *Stummer c. Austria*, párr. 116.

²⁰⁹¹ Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, p. 281

Convención permite establecer paralelismos entre las obligaciones positivas de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes) y 7 (principio de legalidad penal) del CEDH –derechos absolutos según la jurisprudencia del TEDH– y el artículo 4.²⁰⁹² El hecho de que no estén condicionados al cumplimiento de otros intereses legítimos del Estado se traduce en que generan automáticamente obligaciones positivas, a diferencia de otros derechos relativos (artículo 8 CEDH).²⁰⁹³

Es fundamental la determinación del umbral de la definición que genera deberes positivos de protección cuando se sobrepasa, y para ello se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad.²⁰⁹⁴ Por ejemplo, en el marco del artículo 3 se valoran las circunstancias del caso (contexto)²⁰⁹⁵ y las características personales²⁰⁹⁶ para determinar si una conducta de tratos inhumanos o degradantes es lo suficientemente grave como para alcanzar el umbral mínimo del artículo 3.²⁰⁹⁷

Si por las circunstancias del caso se generan obligaciones positivas de protección –por ejemplo, en trabajos forzados impuestos por particulares–, en principio el Estado puede elegir los medios para impedir o combatir estos abusos, pero no obligación de que no se produzcan. En este contexto, el juicio de proporcionalidad se realiza sobre la *previ-sibilidad* de que los hechos constituyan trabajos forzados y sobre el *grado de acción exigible* al Estado. De este modo, aunque se produzcan abusos, el Estado no estará necesariamente vulnerando el artículo 4.

En cambio, si estamos en el ámbito de las obligaciones negativas –por ejemplo, trabajos obligatorios impuesto por el Estado–, el núcleo del análisis se centrará en la determinación de si los hechos encajan en la definición de trabajos forzados, porque una vez alcanzado este umbral, el Estado estará automáticamente vulnerando el artículo 4.

²⁰⁹² Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 279 y ss. Es preciso tener en cuenta, no obstante, que a diferencia del artículo 4.1, el apartado 2 del artículo 4 –prohibición de trabajos o servicios forzados u obligatorios– sí permite derogación en el artículo 15.2. Esta circunstancia ha sido ignorada por el TEDH, que se ha referido al artículo 4 en su conjunto como un derecho no derogable (por ejemplo, *Zarb Adami c. Malta*, párr. 43; *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, párr. 69; *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 283; *Van der Musselle c. Belgium*, párr. 32).

²⁰⁹³ Gerards, J./Senden, H., “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, pp. 634 y ss.

²⁰⁹⁴ Aunque, como ponen de manifiesto algunos autores, habrá consideraciones relacionadas con el interés público y otros derechos que intervengan en esta contextualización: Smet, S., “The ‘Absolute’ Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment in Article 3 ECHR”, p. 281; Novak, M., “Challenges to the Absolute Nature of the Prohibitions of Torture and Ill-Treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, No. 4, 2005, p. 678.

²⁰⁹⁵ Por ejemplo, en relación con la detención de prisioneros, deben manifestarse unas circunstancias que excedan “el inevitable nivel de sufrimiento inherente a la detención”: *Piechowicz c. Polonia*, No. 20071/07, 17 de abril de 2012, párr. 162; o en relación con el uso de la fuerza durante el arresto, la conducta del individuo al ser arrestado es un factor relevante a tener en cuenta para determinar que la persona no fue sometida a tratos inhumanos o degradantes: *Berlinski c. Polonia*, No. 27715/95, 20 de junio de 2002, párr. 62 y ss. Mavronicola lo analiza de forma crítica en: Mavronicola, N. “Güler and Öngel v Turkey: Article 3 of the European Convention on Human Rights and Strasbourg’s Discourse on Justified Use of Force”, *Modern Law Review*, Vol. 76, No. 2, 2013, especialmente p. 382.

²⁰⁹⁶ *A. c. Reino Unido*, párr. 20.

²⁰⁹⁷ *Güler y Öngel c. Turquía*, No. 29612/05, 4 de octubre de 2011, párr. 28 y ss.

1.3 Las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 CEDH relacionadas con la creación de un marco normativo efectivo.

El artículo 4 CEDH prohíbe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados. Este artículo fue escasamente invocado los primeros cincuenta años del Convenio –salvo para los trabajos exigidos por el Estado–, pero en la última década ha sido objeto de un renovado interés debido a la reactivación del régimen internacional contra la trata de seres humanos.²⁰⁹⁸ Hasta *Siliadin*, la práctica totalidad de los esfuerzos interpretativos del Tribunal se dedicaron a determinar si una conducta constituía o no trabajos forzados impuestos por el Estado –obligación negativa–, por lo que hasta 2005 la jurisprudencia sobre la doctrina de las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 era casi inexistente.²⁰⁹⁹

Como apuntamos anteriormente, el Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia muy casuística sobre el alcance de las obligaciones positivas.²¹⁰⁰ No obstante, hay cinco sentencias clave que apuntalan la posición del TEDH al respecto en relación con el artículo 4 CEDH: *Siliadin c. Francia* (2005), *Rantsev c. Chipre y Rusia* (2010), *CN y V. c. Francia* (2013), *CN c. Reino Unido* (2013) y *Chowdury c. Grecia* (2016). Además, contamos con la jurisprudencia elaborada sobre la base de los artículos 2 y 3 principalmente,²¹⁰¹ atendiendo al principio de garantía de coherencia interna utilizado por TEDH como herramienta interpretativa del CEDH.²¹⁰²

Nos vamos a centrar en el deber positivo de “garantizar un derecho estableciendo disposiciones penales eficaces, respaldadas por mecanismos de aplicación de la ley, para prevenir, reprimir y sancionar las infracciones de dichas disposiciones”.²¹⁰³ Esta obligación requiere tres niveles de análisis: (i) primero, determinar si existe una obligación de emplear el Derecho penal o si se puede utilizar cualquier otra rama del ordenamiento jurídico (por ejemplo, una sanción administrativa); (ii) segundo, si además se requiere una tipificación expresa que recoja la prohibición del artículo 4, o si es suficiente con la existencia de otros tipos (amenazas, lesiones, tratos inhumanos o degradantes, etc.) que castiguen otros aspectos que pueden darse en la relación de esclavitud, servidumbre o

²⁰⁹⁸ Ashworth, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, p- 206

²⁰⁹⁹ De hecho, en el análisis de Mowbray sobre las obligaciones positivas desarrolladas por la jurisprudencia del TEDH ni siquiera menciona el artículo 4 y limita su análisis a los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y seguridad), 6 (derecho a un juicio justo), 8 (derecho a la vida privada y familiar), 9 (derecho de pensamiento, conciencia y religión), artículo 10 (libertad de expresión), 11 (derecho de asamblea y asociación), 14 (prohibición de discriminación) y artículo 13 (derecho a obtener un remedio efectivo): Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*.

²¹⁰⁰ Como señala Hakimi, no se conceptualizan las obligaciones en términos generales, sino que se tiende a desglosar cada una de las obligaciones positivas sobre la base de criterios variados pero superpuestos. Esto dificulta en la práctica la certeza y predictibilidad de sus decisiones: Hakimi, M., “State Bystander Responsibility”, p. 349 y ss.; Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 247 y ss.

²¹⁰¹ Stoyanova, V., *Slavery and Human Trafficking Reconsidered*, p. 321.

²¹⁰² SSTEDH *Stec y Otros c. Reino Unido*, No 65731/01 y 65900/01, 6 de julio 2005, párr. 48; *Klass y Otros c. Alemania*, Series A no. 28, 6 de septiembre de 1978, párr. 68; *Maaouia c. Francia*, No. 39652/98, 5 de octubre de 2000, párr. 36; *Kudla c. Polonia*, No. 30210/96, 26 de octubre de 2000, párr. 152.

²¹⁰³ *Osman c. Reino Unido*, No. 87/1997/871/1083, 28 de octubre de 1998, párr. 138 y ss.

trabajos forzosos; y (iii) tercero, si la tipificación expresa requiere un contenido mínimo o si debe respetar la jurisprudencia del TEDH.

1.3.1 ¿Existe un deber de utilización del Derecho penal respecto al artículo 4 CEDH?

¿Puede el CEDH influir en el Derecho penal sustantivo de un Estado hasta el punto de obligar a tipificar un delito que castigue las conductas que figuran en el art. 4 CEDH? En otras palabras: ¿la obligación positiva de establecer un marco normativo efectivo alcanza a una obligación de tipificación?²¹⁰⁴

En relación con el artículo 2 CEDH, el Tribunal ha establecido que los Estados tienen el “deber principal de establecer un marco normativo y administrativo adecuado para disuadir eficazmente de las amenazas al derecho a la vida”.²¹⁰⁵ Para el asentamiento de este marco normativo efectivo, el TEDH ha dictaminado que tienen un cierto margen de apreciación y que el Derecho penal no representaba el único recurso efectivo en este tipo de situaciones.²¹⁰⁶ Por ejemplo, en caso de homicidio no intencional, el Tribunal ha sostenido que basta con la imposición de una sanción civil.²¹⁰⁷

A pesar de la cautela del Tribunal en este ámbito,²¹⁰⁸ en sentencias más recientes parece haber elevado los estándares requeridos a los Estados respecto a determinados artículos del Convenio.²¹⁰⁹ Las decisiones más importantes a partir de las cuales el TEDH ha elaborado y justificado la obligación positiva (sustantiva) de tipificar los abusos han sido *X e Y c. Holanda*²¹¹⁰ y *M.C. c. Bulgaria*.²¹¹¹

En *X e Y c. Holanda*, un caso de abusos sexuales de una menor con una enfermedad mental donde había una laguna legal relativa a personas discapacitadas, el Tribunal parte de que el Derecho penal no es necesariamente la única respuesta y que “los abusos entre

²¹⁰⁴ Como señala Tomás-Valiente Lanuza, antes de que el TEDH se pronunciase al respecto, el Tribunal Constitucional Alemán había establecido que el legislador tenía la obligación de proteger penalmente derechos fundamentales y bienes jurídicos de relevancia constitucional en un caso de protección de la vida del *nasciturus*: “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, p. 12. La sentencia es de 25 de febrero de 1975: BVerfGE 39, 1. Aunque posteriormente el Tribunal Constitucional aclara que tal deber de protección no impide que pueda modularse teniendo en cuenta otros intereses legítimos: BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993. Ver también: Gómez Orfanel, G., “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, pp. 67-69.

²¹⁰⁵ *Öneryildiz c. Turquía*, párr. 90.

²¹⁰⁶ *SSTDH Calvelli y Ciglio c. Italia*, No. 32967/96, 17 de enero de 2002, párr. 51 y ss.; *Z y otros c. Reino Unido*, No. 29392/95, 10 de mayo de 2001, párr. 108 y ss. Ver: Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 245 y ss., Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Nueva York, 2002, pp. 2 y ss.

²¹⁰⁷ *Calvelli y Ciglio c. Italia*, párr. 51-57; *Vo c. Francia*, No. 53924/00, 8 de julio 2004, párr. 90.

²¹⁰⁸ *Söderman c. Suecia*, No. 5786/08, de 12 de noviembre de 2013, párr. 83 y ss.

²¹⁰⁹ Por ejemplo, en *K.U. c. Finlandia* indica que, aunque la elección de medios para garantizar el cumplimiento del artículo 8 entra dentro de los márgenes de apreciación del Estado, la disuasión efectiva contra actos graves “donde los valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada están en juego, requiere disposiciones eficientes en la legislación penal”: No., 2872/02, de 2 de marzo de 2009, párr. 43 y ss.; *Stubbings y Otros c. Reino Unido*, No. 22083/93 22095/93, 22 de octubre de 1996, párr. 64.

²¹¹⁰ STEDH, *X. and Y. v. Holanda*, No. 8978/80, 26 de marzo de 1985, párr. 27.

²¹¹¹ STEDH, *M.C. c. Bulgaria*, No. 39272/98, 4 de marzo de 2004, párr. 153. Aunque autores como Tomás-Valiente Lanuza sitúa esta sentencia en el marco de los deberes relativos a la celebración del proceso (procedimentales): “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, p. 17.

particulares entran dentro del margen de apreciación de los Estados”.²¹¹² No obstante, también señala que la normativa penal es la única con suficiente *poder disuasorio* necesario para los casos más graves:

Si bien la elección de los medios para garantizar el cumplimiento del artículo 8 en la esfera de la protección contra los actos de las personas se encuentra, en principio, dentro del margen de apreciación del Estado, la disuasión efectiva contra actos graves como la violación, en los que están en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada, requiere disposiciones penales eficaces. Los niños y otras personas vulnerables, en particular, tienen derecho a una protección eficaz. [...] la protección que ofrece el Derecho civil en el caso de un delito como el que se ha cometido contra la Srta. Y es insuficiente [...] La disuasión efectiva es indispensable en este ámbito y sólo puede lograrse mediante disposiciones de Derecho penal; de hecho, es mediante esas disposiciones que se regula normalmente la cuestión. Además, como ha señalado la Comisión, se trata de un ámbito en el que Holanda ha optado en general por un sistema de protección basado en el Derecho penal.²¹¹³

En *M.C. c. Bulgaria* reitera este mismo argumento, donde afirma que “la protección efectiva contra la violación y el abuso sexual requiere medidas de naturaleza jurídico-penal”,²¹¹⁴ en un fallo no exento de crítica.²¹¹⁵ Posteriormente, en *Siliadin c. Francia* el Tribunal se pronunció sobre la necesidad de tipificación en el contexto del artículo 4:

En estas circunstancias, la Corte considera que, de conformidad con las normas y tendencias contemporáneas en ese ámbito, las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud del artículo 4 de la Convención deben considerarse como que requieren la penalización y el enjuiciamiento efectivo de todo acto destinado a mantener a una persona en esa situación.²¹¹⁶

El Tribunal de Estrasburgo concluyó que la ausencia de condena de los responsables en el caso *Siliadin* se debió a que el sometimiento a esclavitud y la servidumbre no estaban definidos expresamente como delito en el Derecho penal francés,²¹¹⁷ afirmación que reiteró en *CN y V c. Francia*,²¹¹⁸ y posteriormente en *CN c. Reino Unido*.²¹¹⁹

En general, el principal –y aparentemente único– argumento esgrimido por el TEDH para justificar la obligación de tipificación es que el Derecho penal es la única rama del Derecho que tiene el efecto disuasorio necesario²¹²⁰ para garantizar un marco regulador

²¹¹² *X. and Y. v. Holanda*, párr. 24.

²¹¹³ *Ibid.*, párr. 27. Ver también, en este sentido: Decisión del TEDH, *August c. Reino Unido*, No. 36505/02, 21 de enero de 2003.

²¹¹⁴ *M.C. c. Bulgaria*, párr. 153 y 166.

²¹¹⁵ Fletcher ironiza que: “el Tribunal de Estrasburgo ha asumido la notable carga de supervisar y reescribir los códigos penales de todos los estados miembros”. Fletcher, G. P., “Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 9, No. 3, 2005, p. 553; Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 246 y ss. Tomás-Valiente también expresa su inquietud sobre la “muy amplia facultad de control que parece quedarle abierta al Tribunal”: Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, p. 15.

²¹¹⁶ *Siliadin c. Francia*, párr. 112.

²¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 141 y ss.

²¹¹⁸ *CN y V c. Francia*, 2012, párr. 105.

²¹¹⁹ *CN c. Reino Unido*, 2012, párr. 76.

²¹²⁰ *Opuz c. Turquía*, párr. 128; *X e Y c. Holanda*, párr. 27. Sobre esto, ver: Asworth, A./Zedner, L., *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014. Así, la tipificación penal constituye una herramienta de

efectivo que asegure la protección de los derechos consagrados en el CEDH,²¹²¹ especialmente necesario cuando se trata de víctimas especialmente necesitadas de protección.²¹²²

De este modo, el Tribunal opta por una argumentación –no exenta de críticas²¹²³– que utiliza las premisas de la prevención general y el lugar preferente que ocupa el Derecho penal en alcanzarlas. No se trata de proteger a la víctima concreta de un delito que ya se ha producido o de un derecho subjetivo a la intervención punitiva del Estado,²¹²⁴ sino de proteger a potenciales víctimas en el futuro a través de sanciones con un efecto disuasorio efectivo.²¹²⁵

1.3.2 ¿Existe un deber de tipificación *expresa* de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos?

Una vez afirmado que es necesario recurrir al Derecho penal para tipificar las conductas a las que se refiere el artículo 4, la siguiente pregunta que debemos responder es:

prevención general, puesto que envía un mensaje a los potenciales autores de los abusos de que, si son detectados, pueden esperar persecución, condena y castigo. Por otro lado, también contribuye a la prevención específica, dificultando la reiteración de la conducta por parte de un mismo autor: si ha sido condenado penalmente se puede esperar que no vuelva a participar en actividades del mismo tipo. Además, el derecho penal también juega un papel importante para reafirmar la vigencia del Derecho, cuestión especialmente importante para las víctimas.. Ver, en general: Paternoster, R., “How much do we really know about criminal deterrence?”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 100, No. 3, 2010, pp. 782 y ss. Analizamos con más detalle la función preventiva del Derecho penal infra

²¹²¹ Ashworth, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, pp. 206-211.

²¹²² Especialmente menores y otras personas vulnerables: *CN y V c. Francia*, párr. 106 y ss; *Siliadin c. Francia*, párr. 143; *X e Y c. Holanda*, párr. 21 y ss.; *Stubbings y Otros*, párr. 62 y ss.; *A. c. Reino Unido*, párr. 22. Esto es coherente con la exigencia de la previsión abstracta de penas disuasorias ante la violación de derechos fundamentales. El Tribunal afirmó este principio en la sentencia *Paduret c. Moldavia*, respecto a los actos de tortura, que consideró que estaban insuficientemente castigados y que por tanto insuficientes para ejercer un efecto realmente disuasivo contra esta clase de violaciones: No. 33134/03, 5 de enero de 2010, párr. 70 y ss. Por otro lado, el TEDH indica que, “además de las medidas de Derecho penal destinadas a castigar a los tratantes, el artículo 4 exige a los Estados miembros que adopten medidas adecuadas para regular las empresas que a menudo se utilizan para encubrir la trata de personas”. *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 284, donde también indica que “las normas de inmigración de un Estado deben abordar las preocupaciones relativas al fomento, facilitación o tolerancia de la trata”. Ver, *mutatis mutandis*, *Z y otros c. el Reino Unido*, párr. 73-74, en relación con las medidas adoptadas por particulares, y *Nachova y otros c. Bulgaria*, No. 43577/98 y 43579/98, 6 de julio de 2005, párr. 96-97.

²¹²³ Por ejemplo, Tomás-Valiente Lanuza critica la auto-asignación del TEDH de una “función ‘promotora’ del empleo del *ius puniendi*” con objeciones que tienen que ver con la legitimación del TEDH para realizar las complejas ponderaciones que subyacen a la tarea de legislar en materia penal. También apunta a las objeciones que tienen que ver con el cambio de paradigma de la función que desempeñan los derechos fundamentales, que pasan de ser límites negativos a la actuación estatal a ser elementos legitimadores de la expansión del Derecho penal: “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 29 y ss.

²¹²⁴ Como han considerado Silva Sánchez, J., “Nullum crimen sine poena?: sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Martínez Francisco, M./ N.García-Pablos de Molina, A./Miranda de Avena, C. (ed.), Comares, Granada, 2009, p. 35; Starmer, K., “Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century”, *Criminal Law Review*, Vol. 11, 2014, pp. 777 y ss.

²¹²⁵ Esta idea de la existencia de obligaciones constitucionales de tutela penal, explícitas o implícitas, de ciertos bienes jurídicos, no es novedosa en nuestro entorno jurídico: Vigano, F., “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales de la jurisprudencia del TEDH”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, p. 3: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1331034121FV%20spagnolo%202marzo12.pdf> [último acceso: 28/01/2020].

¿debe tipificarse de una determinada manera? Es decir, ¿tiene que contemplarse un delito específico o es suficiente con que las conductas encajen en cualquier otro precepto de naturaleza penal?

Para responder a esta cuestión debemos acudir a las sentencias *Siliadin c. Francia*, *C.N. y V. c. Francia* y *C.N. c. Reino Unido*. En estos casos, el TEDH reprocha a Francia y Reino Unido la ausencia de un tipo penal que abarque específicamente las prácticas de los trabajos forzados o la servidumbre, que sólo podían ser castigadas mediante algunas disposiciones penales en materia laboral o de otro tipo. El Código Penal francés contemplaba dos disposiciones relevantes para el caso:

Artículo 225-13: Se castigará con dos años de prisión y una multa de 500.000 francos el hecho de obtener de una persona la prestación de servicios sin remuneración o a cambio de una remuneración manifiestamente desproporcionada en relación con el volumen de trabajo realizado, aprovechando la vulnerabilidad o el estado de dependencia de esa persona.

Artículo 225-14: Se castigará con dos años de prisión y una multa de 500.000 francos el hecho de someter a una persona a condiciones de trabajo o de vida incompatibles con la dignidad humana, aprovechándose de su vulnerabilidad o de su estado de dependencia.

En *Siliadin*, tras resaltar que “dichas disposiciones no se refieren específicamente a los derechos garantizados en el artículo 4 del Convenio, sino que se refieren, *de manera mucho más restrictiva*, a la explotación por el trabajo y a la sujeción a condiciones de trabajo y de vida que son incompatibles con la dignidad humana”,²¹²⁶ el Tribunal procede a determinar si dichos artículos prevén unas sanciones efectivas y adecuadas a la conducta a la que había sido sometida la demandante.

El principal argumento para determinar la inadecuación del marco normativo francés fue que no garantizaba una *protección práctica y efectiva* a la víctima por dos motivos:²¹²⁷ en primer lugar, por el hecho de que finalmente no pudiera establecerse la responsabilidad penal del señor y la señora B —que fueron absueltos— y únicamente la civil, lo que apunta a que el marco sancionador no era eficaz;²¹²⁸ y, en segundo lugar, porque la ambigüedad con la que estaban redactados los artículos 225-13 y 225-14 del Código Penal, hacía que fueran objeto de interpretaciones muy diferentes por parte de los tribunales franceses.²¹²⁹

En *C.N. y V. c. Francia* el TEDH reproduce exactamente estos mismos argumentos,²¹³⁰ haciendo hincapié en que “el ámbito de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales requiere inevitablemente una mayor firmeza en la evaluación

²¹²⁶ *Siliadin c. Francia*, párr. 142. En este sentido, el Gobierno francés el Gobierno sostuvo que, con carácter subsidiario, los artículos 225-13 y 225-14 permitían luchar contra todas las formas de explotación a través del trabajo a efectos del artículo 4: párr. 76.

²¹²⁷ *Ibid.*, párr. 148.

²¹²⁸ *Ibid.*, párr. 145-146.

²¹²⁹ *Ibid.*, párr. 147. Para realizar esta afirmación se basa en un informe de 2001 del Grupo de Trabajo sobre Esclavitud Moderna de la Asamblea Nacional francesa. Este informe contemplaba el caso *Siliadin* como ejemplo de caso en el que un Tribunal de apelación se niega inesperadamente a aplicar los artículos 225-13 y 225-14.

²¹³⁰ *CN y V c. Francia*, párr. 105-108.

de las violaciones de los valores fundamentales”.²¹³¹

Con esto no se puede afirmarse de forma categórica que el Tribunal esté requiriendo la tipificación expresa del delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, porque *per se* no está exigiendo a la Asamblea francesa que regule dichos delitos, sino que establezca un marco no ambiguo que garantice la imposición de *medidas de protección efectivas y sanciones eficaces* para las conductas contrarias al artículo 4 CEDH. En este sentido, podría interpretarse que, si los delitos existentes se interpretasen por los tribunales de forma más amplia y coherente, el Estado no estaría vulnerando el artículo 4, aunque no se denominaran “esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso”.²¹³²

No obstante, en la sentencia *C.N. c. Reino Unido* el TEDH se pronuncia de una forma mucho más clara sobre esta cuestión. En este caso, la demandante adujo que la falta de un delito *específico* tuvo el efecto de hacer que la investigación fuese ineficaz.²¹³³ Como respuesta, el gobierno de Reino Unido indicó que el artículo 4 no exigía la promulgación de un delito en concreto y que existían otros delitos aplicables en caso de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, como los delitos de trata de personas, detención ilegal, lesiones, extorsión, secuestro o los delitos contra los derechos de los trabajadores. Además, especificó que la gravedad de las penas que podían imponer potencialmente (por ejemplo, cadena perpetua por el delito de detención ilegal o secuestro, o catorce años de prisión por la extorsión) impedían que fuese un marco sancionador insuficiente o inadecuado.²¹³⁴

El TEDH no aceptó este razonamiento y sostuvo que el marco normativo en vigor en el momento de comisión de los hechos resultaba inadecuado para garantizar una protección práctica y efectiva frente los abusos descritos en el artículo 4.²¹³⁵ De esta forma, el Tribunal rediseña el requisito de la ambigüedad: no sólo debe de tratarse de un marco en el que se establezcan sanciones lo suficientemente disuasorias, sino que tiene que ser lo suficientemente concreto como para que *no obstaculice la investigación y permita el acceso a un recurso efectivo*. El TEDH lo expresa así:

En lugar de permitir a las autoridades investigar y sancionar ese trato [el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados], las autoridades se limitaron a investigar y sancionar los delitos que a menudo -pero no necesariamente- acompañan a los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio. Las víctimas de dichos tratos que no eran también víctimas de alguno de esos delitos conexos se quedaban sin acceso a un recurso.²¹³⁶

²¹³¹ Ibid., párr. 106.

²¹³² Idea también sostenida por: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 338-340

²¹³³ *CN c. Reino Unido*, párr. 47. Más concretamente, indicaba que no estaba dirigida a determinar si había habido o no un tratamiento contrario al artículo 4, por lo que no podía resultar en persecución.

²¹³⁴ Ibid., párr. 56. El Gobierno británico aclara, además, que la posterior incorporación de un delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados en el artículo 71 de la *Coroners and Justice Act 2009* –que no es aplicable al presente caso–, no viene a cubrir una laguna legal. Por el contrario, el Parlamento había considerado “útil introducir un nuevo delito a medida”, aunque estos delitos “ya estaban cubiertos por una amplia legislación y reglamentación”: Ibid., párr. 58.

²¹³⁵ Ibid., párr. 77.

²¹³⁶ Ibid., párr. 76.

De esta manera, vincula la exigencia de tipificación al criterio de la no obstaculización de la investigación, muy relacionado con la obligación positiva de investigación de las vulneraciones de derechos. Para comprobar si la legislación de Reino Unido supera este test, el TEDH analiza los hechos del caso, en el que no podía castigarse por delito específico de servidumbre, y se pregunta si el resultado (de no investigación) hubiera sido el mismo con un delito específico.²¹³⁷

En concreto, examina la alegación del Gobierno británico de que la razón por la que no se adoptó ninguna medida tras la investigación de las denuncias de la demandante no fue la falta de legislación adecuada, sino más bien la ausencia de pruebas. Básicamente, las autoridades nacionales no creyeron a la víctima.²¹³⁸ Al respecto, el TEDH indicó:

[El Tribunal] observa que la investigación de las denuncias de la solicitante fue llevada a cabo por una dependencia especializada en la trata y, si bien los investigadores se refirieron ocasionalmente a la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre doméstica, es evidente que en todo momento se centraron en el delito tipificado en el artículo 4 de la Ley de 2004 [trata de seres humanos]. [...] La servidumbre doméstica es un delito específico, distinto de la trata y la explotación, que implica un complejo conjunto de dinámicas, que implican formas sutiles de coacción para forzar el cumplimiento. Por lo tanto, una investigación exhaustiva requiere una comprensión de las diferentes y sutiles formas por las que un individuo puede caer bajo el control de otro. En el presente caso, el Tribunal considera que, *debido a la ausencia de un delito específico de servidumbre doméstica, las autoridades nacionales no pudieron tener debidamente en cuenta estos factores.*²¹³⁹

El Tribunal valoró dos circunstancias para demostrar que las autoridades no tuvieron en cuenta los factores que apuntaban a una situación de servidumbre: que durante la investigación no se entrevistó a la denunciante a pesar de la gravedad de la infracción, y el poco peso que se le dieron a ciertas alegaciones como la retirada del pasaporte, las amenazas de denuncia ante las autoridades o la retención de su salario, factores que son identificados por la OIT como indicadores del trabajo forzoso.²¹⁴⁰

El TEDH está partiendo de la premisa de que si hubiese un delito castigando las conductas prohibidas en el artículo 4, personas especializadas –no únicamente del ámbito de la trata– hubiesen: (i) afrontado la investigación de una forma distinta y más efectiva, por ejemplo, dando voz a la víctima; y (ii) hubiesen evaluado los hechos de una forma acorde a la naturaleza de las conductas incluidas en el artículo 4.

Esto implica que no todo tipo de regulación es válida: no sólo debe garantizarse una normativa lo suficientemente intimidatoria (que en la práctica significa que se tendrán que prever penas suficientes desde el punto de la prevención general), sino que el *cómo*

²¹³⁷ Ibid., párr. 78, donde aclara que al Tribunal no le corresponde sustituir a las autoridades nacionales en la evaluación de los hechos del caso.

²¹³⁸ Ibid.

²¹³⁹ Ibid., párr. 80.

²¹⁴⁰ Ibid. OIT, *ILO indicators of Forced Labour*, p. 3.

se contempla –o cómo se tipifique– también es importante porque afecta a la investigación, a la posterior imposición de sanción y al propio derecho de la víctima a un recurso efectivo, con independencia de la manera (mediante amenazas, violencia, intimidación, etc.), en la que se le haya sometido a cualquiera de las conductas del artículo 4 CEDH.

En definitiva, aunque el TEDH nunca haya establecido tajantemente una obligación de tipificar un delito, en la práctica ha establecido una serie de condiciones que únicamente se cumplen si se tipifica expresamente la conducta de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos.

1.3.3 ¿Existe una obligación de respetar un contenido mínimo o de interpretación acorde a los estándares establecidos por el TEDH?

Una vez determinado que la única opción para cumplir adecuadamente las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 es la tipificación expresa de un delito servidumbre y trabajos forzosos, nos planteamos las siguientes preguntas: ¿debe respetarse un contenido mínimo en la tipificación? ¿La interpretación por parte de las autoridades nacionales debe cumplir unos estándares mínimos marcados por el TEDH?

Estas cuestiones tienen que ver con el alcance de la discrecionalidad de los Estados para interpretar o adaptar el significado de una conducta en sus legislaciones nacionales a un caso concreto. Debemos diferenciar dos supuestos: en primer lugar, la interpretación que se realiza en el margen de apreciación de los Estados, que está permitida,²¹⁴¹ y, en segundo lugar, la interpretación que equivale a una laguna de punibilidad y que impide que la víctima acceda a un recurso efectivo.

Respecto al segundo supuesto, se trata de una cuestión abordada fundamentalmente en la sentencia *M.C. v. Bulgaria* respecto a la definición del delito de violación. La demandante había denunciado dos violaciones producidas cuando ella era menor de edad, que no terminaron en condena porque no “se había demostrado, más allá de toda duda razonable, que se hubiera empleado fuerza física o psicológica”²¹⁴² para obligarla a mantener relaciones sexuales. Esto a pesar de que se reconocía que “la corta edad de la demandante y su falta de experiencia en la vida la convertían en incapaz de hacer valer un conjunto estable de convicciones, y en concreto, demostrar con firmeza su falta de voluntad de mantener relaciones sexuales”.²¹⁴³

El Código Penal búlgaro definía la violación de forma muy similar al resto de Estados. El problema, no obstante, radicó en la interpretación de los términos de “violencia” o “intimidación” por las autoridades nacionales,²¹⁴⁴ porque en la práctica se exigía la oposición de resistencia por parte de la víctima como un elemento del delito de violación

²¹⁴¹ Al respecto, ver: Klatt, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, pp. 711 y ss.

²¹⁴² *MC c. Bulgaria*, párr. 65. Para afirmarlo, se basa en que no había rastros de fuerza física como moretones, ropa rota, etc.

²¹⁴³ *Ibid.*, párr. 64.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 171.

(salvo cuando la víctima fuera discapacitada física o mentalmente).²¹⁴⁵

El TEDH concluyó que Bulgaria había incumplido sus obligaciones positivas de “establecer y aplicar eficazmente un sistema de Derecho penal que castigue todas las formas de violación y abuso sexual” porque los artículos 3 y 8 de la Convención “requieren la criminalización y persecución efectiva de *cualquier acto no consentido de naturaleza sexual*, incluso ante la ausencia de resistencia física por parte de la víctima”.²¹⁴⁶ En otras palabras: lo relevante es la protección de la autonomía sexual de la persona que se daña o pone en riesgo con conductas realizadas en contra de su voluntad. Estas deberán establecerse teniendo en cuenta el contexto en el que se producen y no únicamente si la víctima ha opuesto resistencia activa.

De esto se deduce que el TEDH no prescribe cómo deben interpretarse exactamente los delitos siempre que se respete el contenido esencial de la conducta descrita en la Convención, que no perjudique la investigación, persecución y condena efectiva y, especialmente, que no dé lugar a una laguna de punibilidad de la conducta.²¹⁴⁷

Respecto a la pregunta sobre si debe respetarse un contenido mínimo, queda respondida en los apartados anteriores: el tipo deberá estar redactado de forma que no obstaculice la investigación y que permita el acceso efectivo de la víctima a la justicia. No obstante, es preciso realizar algunas consideraciones sobre las causas de justificación. El TEDH ha sostenido que es insuficiente el establecimiento o interpretación de unas causas de justificación demasiado extensas que sean aplicables a las violaciones de derechos fundamentales cuando el resultado sea el de impunidad.²¹⁴⁸

De esta manera, advierte, en relación con las causas de justificación contempladas en el artículo 2.2 CEDH –relacionadas con el derecho a la vida y la legítima defensa o el ejercicio legítimo de un derecho en casos de detención por parte de los agentes de seguridad–, la legislación nacional debe garantizar un sistema de salvaguardias adecuadas y eficaces contra la arbitrariedad y el abuso de la fuerza en las operaciones policiales.²¹⁴⁹ Esto se traduce en que una normativa que contemple causas de justificación excesivamente amplias –por ejemplo, una amplia lista de situaciones en las que un oficial de policía puede utilizar las armas sin ser responsable de las consecuencias²¹⁵⁰–, es contraria al

²¹⁴⁵ Ibid., párr. 173.

²¹⁴⁶ Ibid., párr. 166.

²¹⁴⁷ Expresión utilizada en Vigano, F., “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales de la jurisprudencia del TEDH”, p. 6.

²¹⁴⁸ Así, en *A c. Reino Unido*, se cuestionó la amplitud del “castigo razonable” o *ius corrigendi* del sistema penal inglés en la educación de menores, que creaban un riesgo de impunidad frente a graves lesiones a su integridad física y moral, párr. 23-24. Por otro lado, en el caso *Nachova c. Bulgaria*, el Tribunal condenó al Estado búlgaro la formulación demasiado extensa de la causa de justificación de “uso legítimo de armas” que no limitaba expresamente el uso de la fuerza ejecutada por agentes de la policía respecto de los supuestos fácticos excepcionales previstos por el artículo 2, apartado 2 del Convenio europeo, y por tanto dejaba impunes casos de homicidios no justificados: *Nachova c. Bulgaria*, párr. 160. En sentido similar se pronuncia el TEDH en *Makaratzis c. Grecia*, No. 50385/99, de 20 diciembre de 2004 y en *Giuliani y Gaggio c. Italia*, No. 23458/02, de 24 de marzo de 2011, párr. 208 y ss.

²¹⁴⁹ *Makaratzis c. Grecia*, párr. § 58.

²¹⁵⁰ *Erdoğan y Otros c. Turquía*, No. 19807/92, 25 de abril de 2006, párr. 77 y ss.

deber positivo de establecimiento de un marco normativo de protección eficaz.

Las consideraciones del TEDH sobre la amplitud de las causas de justificación tienen importancia en el contexto de la imposición de trabajos o servicios forzosos del artículo 4.2 y 4.3 CEDH. Como vimos anteriormente, el apartado 3 del artículo 4 enumera una serie de situaciones en las que está justificada la exigencia de servicios por parte del Estado, fundamentadas en elementos como el interés general, la solidaridad social y lo que es normal en el transcurso ordinario de las cosas.²¹⁵¹ El Tribunal ha sido muy claro en resaltar que, si no se superan ciertos límites, estas circunstancias no se consideran trabajos forzosos y sirven para delimitar el contenido de la prohibición del artículo 4.2 CEDH.²¹⁵²

Aunque el Tribunal de Estrasburgo no se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión en relación con el artículo 4, la aplicación por analogía su jurisprudencia al respecto sobre los artículos 2 y 3 CEDH nos permite afirmar que una regulación sobre las causas de justificación de los trabajos forzosos que conculque el contenido esencial cincelado por el TEDH sería contraria al artículo 4.2 CEDH.²¹⁵³ Para su aplicación concreta, además, deberá tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad.

1.4 Otras obligaciones positivas relevantes

Además de las obligaciones positivas relacionadas con la criminalización, el TEDH se ha pronunciado sobre otras que tienen un aspecto más procedimental. Aunque no vamos a desarrollarlas en profundidad, es útil tenerlas en cuenta: (i) Llevar a cabo una investigación eficaz; (ii) tratar de enjuiciar a los responsables y; (iii) adoptar medidas operativas de prevención.²¹⁵⁴

En primer lugar, la valoración de la eficacia de la investigación depende, tanto de las condiciones que desencadenan la obligación,²¹⁵⁵ como de la forma en la que se lleva a

²¹⁵¹ *Van der Musselle c. Bélgica*, párr. 38, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, párr. 22; *Zarb Adami c. Malta*, párr. 44; *Stummer c. Austria*, párr. 120; *Bayatan v. Armenia*, párr. 100; *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párr. 59. En este mismo sentido, ver: Bezemec, C., “Services Exacted instead of Compulsory Military Service: The Structure of the Prohibition of Forced or Compulsory Labour according to Article 4(2) of the ECHR”, *European Human Rights Review*, Vol. 3, 2014, pp. 263 y ss.; Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 262 y ss. Es decir, que no se trata de un derecho relativo: Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 32.

²¹⁵² Ver análisis *supra*, en el Capítulo sobre el trabajo forzoso.

²¹⁵³ Además, como demuestra la sentencia *Chitos c. Grecia*, la extensión del contenido de las causas de justificación está sujeta a la interpretación del TEDH. Por ejemplo, con relación a la excepción del servicio militar: aunque durante un tiempo el TEDH había considerado que tanto el servicio militar obligatorio como el servicio voluntario estaban incluidos en el ámbito de la excepción, a partir de *Chitos c. Grecia* el Tribunal considera que el servicio militar voluntario está excluido del ámbito del artículo 4.3 CEDH: párr. 83.

²¹⁵⁴ La obligación de investigación se ha desarrollado ampliamente en relación con el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas inhumanos o degradantes. Ver: Mowbray, A., “Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, pp. 437 y ss.; Chevalier-Watts, J., “Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2010, pp. 701 y ss.

²¹⁵⁵ El artículo 3 de la Convención exige que las autoridades investiguen las denuncias de malos tratos cuando sean “discutibles” y susciten una “sospecha razonable”: *MC c. Bulgaria*, párr. 100; *Ay c. Turquía*, No. 30951/96, de 22 de marzo de 2005, párr. 59 y ss.; *Mehmet Ümit Erdem c. Turquía*, No. 42234/02, 17

cabo: con independencia, rapidez,²¹⁵⁶ rigor, y con eficacia para conducir al establecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables.²¹⁵⁷ El Tribunal ha advertido contra la aplicabilidad general de estos criterios, que deben de examinarse caso por caso.²¹⁵⁸

En segundo lugar, a diferencia de la obligación de investigar de forma eficaz, el Tribunal nunca se ha referido explícitamente a la obligación de enjuiciar.²¹⁵⁹ Se ha pronunciado sobre algunos aspectos que permiten y condicionan el enjuiciamiento como la “*determinación de sancionar a los responsables*”²¹⁶⁰ cuando pueda hacerse,²¹⁶¹ y a deberes relativos a la celebración del proceso, relacionados con los obstáculos procesales²¹⁶² y la prescripción del delito.²¹⁶³

Para evaluar la adecuación de las medidas operativas de prevención adoptadas, el Tribunal realiza un doble juicio de previsibilidad y razonabilidad: sobre el conocimiento o la previsibilidad (sospecha verosímil) de un riesgo,²¹⁶⁴ y la no adopción de medidas *razonables* de prevención en el ámbito de sus competencias que podrían haber evitado el riesgo.²¹⁶⁵ Esta evaluación se ha denominado como “test Osman”, establecida en la importante sentencia *Osman c. Reino Unido*.²¹⁶⁶

de julio de 2008, párr. 26; *CAS y CS c. Rumanía*, No. 26692/05, 20 de marzo de 2012, párr. 69; *M y Otros c. Italia y Bulgaria*, párr. 101, 113. En el contexto del artículo 2, el Tribunal ha determinado que es necesaria una investigación oficial “cuando la muerte se produce en circunstancias sospechosas no imputables a agentes del Estado”: *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 234.

²¹⁵⁶ Especialmente cuando exista la posibilidad de alejar a la persona de la situación perjudicial: *Rantsev c. Chipre y Rusia*, para. 288

²¹⁵⁷ Ver: *CAS y CS c. Rumanía*, párr. 70; *Beganovic c. Croacia*, No. 46423/06, 25 de junio de 2009, párr. 75. Al respecto, también: Stoyanova, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, pp. 360 y ss.

²¹⁵⁸ *Velikova c. Bulgaria*, No. 41488/98, 18 de mayo de 2000, párr. 80.

²¹⁵⁹ *Öneryildiz c. Turquía*, párr. 96; *Perez c. Francia*, No. 47287/99, 2004, párr. 70. Ver también: McBride, J., *Human Rights and Criminal Procedure: The Case Law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2009, p. 276. Muestran escepticismo al respecto: Ashworth, A./Redmayne, M., *The Criminal Process*, Oxford University Press, 2005, p. 50.

²¹⁶⁰ *Öneryildiz c. Turquía*, párr. 115; *Okkali c. Turquía*, No. 52067/99, 17 de octubre de 2006, párr. 68.; *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, párr. 89.

²¹⁶¹ *Öneryildiz c. Turquía*, párr. 97 y ss.; *Beganovic c. Croacia*, párr. 77-78; *Gäfgen c. Alemania*, párr. 123 y ss; *Darraj c. Francia*, 34588/07, de 4 de noviembre de 2010, párr. 48-49;

²¹⁶² Por ejemplo, en *KU c. Finlandia*, párr. 46 y ss.

²¹⁶³ Por ejemplo: *Paduret c. Moldavia*, párr. 72; *Alikaj y otros c. Italia*, No. 47357/08, de 29 de marzo de 2011, párr. 108; *Abdulsamet Yaman c. Turquía*, No. 32446/96, de 2 de noviembre de 2004, párr. 55. En *Beganovic c. Croacia*, párr. 77 insiste en la importancia de celebración de un juicio que permita establecer y probar los hechos. Al respecto, ver también: Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 19 y ss.

²¹⁶⁴ El TEDH utiliza la siguiente expresión: “las autoridades sabían o deberían haber sabido en el momento de la existencia de un riesgo real e inmediato”: *Osman c. Reino Unido*, párr. 116. En *Rantsev c. Chipre y Rusia* se refiere a “que las autoridades sabían o deberían haber sabido las circunstancias que daban lugar a la sospecha verosímil de que un determinado individuo había sido, o estaba sujeto a un riesgo real o inmediato”: párr. 286. También en *LE c. Grecia*, párr. 66.

²¹⁶⁵ *Ibid.* También, ver: Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 349 y ss.; Donald, A./Motthershaw, E./Leach, P./Watson, J., *Evaluating the Impact of Selected Cases under the Human Rights Act on Public Services Provision, Equality and Human Rights Provision*, 2009, pp. 28-39: <http://eprints.mdx.ac.uk/15343/1/> [último acceso: 27/01/2020].

²¹⁶⁶ Sobre esto, ver: Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 42 y ss.

Por último, es preciso tener en cuenta que las obligaciones positivas no pueden imponer una carga desproporcionada al Estado. Es decir, no se exige que los mecanismos preventivos de los Estados funcionen siempre: si ha existido un abuso y el Estado lo ha perseguido y condenado adecuadamente, no hay violación de derechos humanos.²¹⁶⁷

A modo de resumen, para afirmar la responsabilidad por la conculcación de las obligaciones positivas por parte de un Estado hay dos niveles de análisis:²¹⁶⁸ un primer nivel donde se analiza en abstracto si los abusos entran dentro del ámbito material del artículo de la Convención que desencadena la competencia del Tribunal (por ejemplo, si encajan en la definición de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados), y un segundo nivel en el que se examina el caso concreto y las obligaciones positivas específicas aplicables. Aquí se dilucida si el Estado tenía conocimiento de los abusos (criterio de conocimiento o previsibilidad²¹⁶⁹) y si el daño en particular se puede vincular a un fallo en concreto del Estado que no ha realizado la acción requerida (criterio de imputación²¹⁷⁰). Por último, el criterio de proporcionalidad exige que la obligación positiva deba interpretarse de tal manera que no imponga al Estado una carga desmesurada.²¹⁷¹

En caso de que se trate del incumplimiento de la obligación sustantiva de establecer un marco normativo *abstracto* que garantice una protección efectiva, no será necesario cumplir el criterio de la previsibilidad, puesto que el fundamento de la obligación se basa

²¹⁶⁷ Por ejemplo, aunque una persona haya sido sometida a trabajo forzoso tal y como lo entiende el TEDH, si no se identifican omisiones o fallos relevantes por parte del Estado, no puede establecerse la responsabilidad estatal derivada de un hecho ilícito: *Koky y Otros c. Eslovaquia*, No. 13624/03, 12 de junio de 2012, párr. 215.

²¹⁶⁸ La sentencia *O’Keefe c. Irlanda*, 2014, párr. 144-69, puede servir como modelo. También se sigue este modelo en *Siliadin c. Francia*, 2005, párr. 64-89 y en *Rantsev c. Chipre y Rusia*, paras. 283-9.

²¹⁶⁹ Ver *Mastromatteo c. Italia*, No. 37703/97, 24 de octubre de 2002, párr. 69-73. Este “criterio de conocimiento o previsibilidad” también varía en función de la categoría de obligación positiva que se trate. En caso de fallo en la incorporación y aplicación efectiva de un determinado marco normativo no se exige el conocimiento de una víctima potencial que puede ser objeto de abuso, sino que requiere que el Estado tenga (o deba tener) conocimiento de la existencia de un problema general. Este criterio introducido por el TEDH de “debía haber sabido” significa que incluso aunque el Estado no sea consciente, puede haber infringido sus obligaciones positivas si se demuestra que “debía haber conocido” el daño. Ver: Lavrysen, L., “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect the ECHR Rights” p. 69 y *O’Keefe c. Irlanda*, párr. 168.

²¹⁷⁰ El “criterio de proximidad” significa que la omisión del Estado debe haber contribuido al daño, sin que tenga que tratarse necesariamente de una relación de causalidad directa, que en la práctica supondría una carga de prueba excesiva para la parte demandante, y en algunos casos, imposible de probar. Por eso, en lugar de relación de causalidad, se exige un criterio de proximidad entre la omisión del Estado y el daño, es decir, un fallo en adoptar las medidas disponibles que hubieran podido evitar o mitigar el daño: *O’Keefe c. Irlanda*, párr. 149. Sobre el alcance, ver también: *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, párr. 82 y ss.

²¹⁷¹ Ver: *Söderman c. Suecia*, 2013, párr. 81. La aplicación de este principio no puede minar la naturaleza de “derecho absoluto” del artículo 4 CEDH. Es más bien un principio que refleja el hecho de que un Estado no puede estar obligado a proteger a todos los individuos frente a todos los daños, y está vinculado con el principio de subsidiariedad y con la doctrina del margen de apreciación. Vid. Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 80 y ss.; *O’Keefe c. Irlanda*, 2014, párr. 144.

en la protección de víctimas futuras.²¹⁷²

1.5 Aplicación al Derecho Penal español

En los apartados anteriores no se ha pretendido esbozar una teoría general sobre las obligaciones estatales que están comprendidas dentro de los deberes positivos de protección, puesto que incluso el propio TEDH ha rechazado hacerlo.²¹⁷³ En su lugar, se ha expuesto un marco de referencia con el que poder evaluar la adecuación y el grado de cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones positivas –en concreto, la obligación de tipificación– que emanan del artículo 4 CEDH.

Determinar que los Estados tienen la obligación de proteger a sus ciudadanos a través del Derecho penal no es lo mismo que afirmarlo respecto de interpretaciones judiciales, reglamentaciones administrativas o de otro tipo, puesto que plantea una problemática especial desde el punto de vista de la legitimación del órgano de control. Puede que a esto se refiera Maqueda Abreu cuando afirma, refiriéndose a la introducción de las definiciones de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos que “imponerlas a nuestros jueces significa, por lo demás, introducir elevadas dosis de inseguridad jurídica en un discurso demasiado formalizado cuya única coartada parece ser la de rendir pleitesía a la literalidad de las normas jurídicas internacionales”.²¹⁷⁴ Tomás-Valiente Lanuza también subraya la paradoja de que incluso nuestro Tribunal Constitucional sólo puede declarar la inconstitucionalidad de una norma que existe, pero no de una norma inexistente.²¹⁷⁵

Para abordar estas objeciones es necesario detenerse brevemente en la cuestión de la relación entre el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el Derecho penal interno²¹⁷⁶ puesto que, a pesar de la clara interacción entre ambas ramas del derecho, no puede ignorarse que tienen unos rasgos distintos –tanto en su objeto, como en sus técnicas de regulación e interpretación–.²¹⁷⁷ Así, el primero tiene como principales destinatarios a los Estados, mientras que el Derecho penal está dirigido a las personas físicas o jurídicas de un Estado. Por otro lado, el Derecho penal requiere definiciones precisas que se ajusten al principio de legalidad y está restringido por el principio de culpabilidad, mientras que el Derecho internacional se guía por la *rationale* de la expansión de su ámbito de protección y la de promover mejores prácticas por parte de los Estados.²¹⁷⁸ En este

²¹⁷² Aunque de una forma crítica, Tomás-Valiente Lanuza señala la paradoja de que “por mucho que desee mantenerse el recurso argumentativo a la prevención general, la intervención del Tribunal solo puede desencadenarse a raíz de la demanda interpuesta por el ciudadano víctima de un delito concreto”: “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, p. 27.

²¹⁷³ *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, No. 10126/82, 21 de junio de 1988, párr. 31

²¹⁷⁴ Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1263

²¹⁷⁵ Tomás-Valiente Lanuza, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, pp. 30 y ss. Esto se agudiza con el control que ha ejercido el TEDH de la cantidad de pena que se considera proporcional en *Öneryıldız c. Turquía* y en *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía*, donde se estableció la responsabilidad del Estado turco por unas condenas penales insuficientes.

²¹⁷⁶ Sobre esto, ver: Emmerson, B./Asworth, A./MacDonald, A., *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, Londres, 2012, pp. 79 y ss., 210 y ss., y *passim*.

²¹⁷⁷ Danner, A./Martínez, J., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, No. 93, 2005, p. 87.

²¹⁷⁸ Robinson, D., “The Identity Crises of International Criminal Law”, pp. 946 y ss.

sentido, las técnicas de interpretación del TEDH favorecen una interpretación progresiva y expansiva,²¹⁷⁹ lo que es contrario al principio básico de prohibición de la analogía in *malam partem*. Por esta razón, el trasvase de los conceptos de uno a otro ámbito del derecho debe realizarse de forma crítica.

No obstante, el reconocimiento de estas diferencias y la necesidad de adoptar ciertas cautelas no implica necesariamente que deban rechazarse los argumentos del Tribunal de Estrasburgo, que como veremos en el análisis *infra*, no están tan alejados de los planteados desde la perspectiva de los principios del Derecho penal español: en sustancia, se trata de la aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad, fragmentariedad, etc. Además, tampoco debe olvidarse que un pronunciamiento del TEDH no origina la obligación legal de *tipificar* un delito, sino que determina la responsabilidad internacional por no alcanzar unos determinados estándares de protección, que son muy altos cuando se trata de conductas *muy* graves.

2. El bien jurídico

Desde la monumental obra de Roxin,²¹⁸⁰ la teoría del bien jurídico ha dominado el discurso sobre la legitimación del Derecho Penal. Según esta teoría, la protección del bien jurídico tiene aptitud para cumplir una triple función: de legitimación, dogmática y de política criminal. Desde esta perspectiva, el delito se configura materialmente como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.²¹⁸¹

No obstante, aunque el papel del bien jurídico como criterio interpretativo de los delitos penales no parezca ser objeto de discusión, existen importantes dudas sobre su alcance y funcionalidad real,²¹⁸² o incluso sobre cuestiones fundamentales como si la función del Derecho penal es realmente la protección subsidiaria de bienes jurídicos.²¹⁸³

²¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 925 y *passim*.

²¹⁸⁰ Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*.

²¹⁸¹ Feijoo Sánchez, B.J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2017, p. 104.

²¹⁸² Hasta sus principales defensores han reconocido las limitaciones de la teoría del bien jurídico para limitar la acción legislativa expansiva. Ver, en general: Hefendehl, R. “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 4, No. 14, 2002, p. 11 y ss.

²¹⁸³ En palabras de Miró Llinares: “En particular, hoy son muchas las voces que afirman que para limitar la acción legislativa es necesario centrarse mucho más en la determinación de qué castigar penalmente que en la de qué proteger con el Derecho penal”. Miró Llinares, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’”. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho penal”, p. 4. Esta crisis o necesidad de reformulación del bien jurídico es el objeto de análisis en una importante contribución: Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. En la presentación de este libro, en el que participan muchas de las voces más destacadas de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XX, Gimbernat Ordeig esboza las razones de las “grietas” en la teoría del bien jurídico: en primer lugar, por la influencia de diversos autores principalmente de la escuela funcionalista que niegan, en mayor o menor medida, que la finalidad del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos. En segundo lugar, porque los mismos autores que han apuntalado la teoría del bien jurídico han reconocido la ausencia de contornos precisos del contorno de bien jurídico; y en tercer lugar, porque esos mismos autores han mantenido que, excepcionalmente, en algunos tipos penales es difícil identificar el bien jurídico tutelado: pp. 11 y ss. Como pone de manifiesto Seher en la misma obra colectiva,

A continuación, vamos a examinar el papel que juega el bien jurídico en la justificación jurídico-criminal de la creación de un tipo de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos. Para ello, es preciso realizar algunas consideraciones previas que aclaren, con carácter general, los presupuestos epistemológicos del bien jurídico de los que vamos a partir. Esta tarea es importante porque identifica el plano o paradigma en el que discutir –o refutar– los planteamientos de este trabajo.²¹⁸⁴

La relevancia de sentar los términos del debate se puede ilustrar con el siguiente ejemplo: si, como Jakobs, considerásemos que el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia o estabilización de la norma (teoría funcional),²¹⁸⁵ de la identificación de un nuevo ámbito de protección no podría extraerse la necesidad de creación de un tipo penal, que sería una decisión política que corresponde en exclusiva al legislador. Esto se debe a que las concepciones funcionalistas se mueven por un interés descriptivo, y consideran que la legitimidad es una cuestión que corresponde a la política y no al Derecho.²¹⁸⁶

Por el contrario, si estimamos que el bien jurídico se sitúa “más allá del Derecho Penal” o como “punto de conexión de la política con la dogmática”,²¹⁸⁷ al mismo se le podrá asignar una función crítica de la normativa en vigor,²¹⁸⁸ o incluso de política-criminal.²¹⁸⁹ También hay posiciones intermedias, incluso con puntos de partida sistémicos, que no son incompatibles con la teoría del bien jurídico.²¹⁹⁰

en el fondo de la discusión subyace el debate sobre el alcance legítimo del Derecho penal: Seher, G., “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, pp. 77 y ss.

²¹⁸⁴ Teniendo en cuenta la teoría de los paradigmas de Kuhn: Kuhn, T. S., *El camino desde la estructura*, Paidós, Barcelona, 2005.

²¹⁸⁵ Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Sánchez Feijóo, B./Cancio Meliá, M. (trad.), Civitas, Madrid, 1996, pp. 17 y ss. Del mismo autor, ver también: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. 7, No. 11, 2001, pp. 23-42. Jakobs pone el ejemplo de un homicidio, y señala que lo relevante no es la lesión de la integridad física, sino el hecho de no tener que respetar la prohibición de lesión. Esto, según él, significa cuestionar o poner en tela de juicio la norma. En otras palabras, lo que se protege no es el bien jurídico o la vida en sí, sino exclusivamente la prohibición de matar. Ver también: Roxin, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, p. 4.

²¹⁸⁶ Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Canción Meliá, M./Sánchez Feijóo, B. (trad.), Civitas, Madrid, 2003, p. 70: “respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de protección de normas: ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan”.

²¹⁸⁷ En el sentido de las “teorías transcendentales” de Hassemer, en contraposición a las “teorías inmanentes”, que reconocen que el bien jurídico es solo creación del legislador: Hassemer, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, Ziffer, P. (trad.), *Doctrina penal*, Vol. 12, No. 45-48, 1989, pp. 282 y ss. Sobre esto, ver: Szczeranski Vargas, F. L., “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Política Criminal*, Vol. 7, No. 14, 2012, pp. 378-453.

²¹⁸⁸ Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, B de F, Buenos Aires, 2002, pp. 130 y ss.; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 267; Díez Ripollés, J. L., *Estudios penales y de política criminal*, p. 35.

²¹⁸⁹ Cabrera Fernández, M., “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, *Foro. Nueva Época*, Vol. 19, No. 1, 2016, pp. 173-202.

²¹⁹⁰ Por ejemplo, Amelung definiendo un concepto dogmático o inmanente al sistema de bien jurídico, sosteniendo que, aunque se trate de un concepto vacío, puede abrirse a informaciones de su entorno sin perder su autonomía y su especial manera de funcionar: Amelung, K., “El concepto de ‘bien jurídico’ en la teoría

Por último, si tenemos en cuenta que en el contexto de las formas contemporáneas de esclavitud abundan las intersecciones con la normativa administrativa laboral, no sólo tendremos que afrontar la pregunta crítica –que interesa de forma primaria al Derecho penal– de “qué criminalizar”. La utilización del Derecho administrativo como instrumento complementario de política criminal nos obliga a tener en cuenta otra cuestión: ¿qué conductas sancionamos?²¹⁹¹

1.1 ¿La teoría del bien jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas?

La teoría del bien jurídico presenta su mayor fortaleza como criterio general de legitimidad puesto que, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, aparece estrechamente vinculada a los sistemas constitucionales erigidos sobre la base de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, actuando así el “contrato social” como metáfora legitimante.²¹⁹² En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención del Derecho Penal en una materia debe realizarse “con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho”.²¹⁹³

Este aspecto legitimador, no obstante, no consigue refutar los planteamientos que ponen de manifiesto que la vinculación de la teoría del bien jurídico y el pensamiento liberal es una coincidencia histórica,²¹⁹⁴ o aquellos que señalan que no es necesaria esta teoría –o que al menos, que aporta bastante poco– en un marco constitucional en el que existen instrumentos de control de constitucionalidad que cumplen la misma función.²¹⁹⁵

de la protección penal de los bienes jurídicos”, en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, pp. 263. Feijoo Sánchez señala que, si bien no es incierto que el Derecho penal proteja bienes jurídicos, sólo mediante la estabilización de normas puede cumplir dicha función. “La pena sólo puede ofrecer seguridad cognitiva o empírica con respecto a los bienes de forma mediata o indirecta ofreciendo seguridad normativa, es decir, mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico”: Feijoo Sánchez, B. J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, p. 113. De una manera similar, Lascurain apunta a que se trata de “un instrumento útil para la comprensión del sistema jurídico”: Lascurain Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 126.

²¹⁹¹ Miró Llinares, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho penal”, p. 4

²¹⁹² Ver especialmente: Roxin, C., “Dependencia e independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión”, *Anuario de Derecho Penal*, Vol. 59, No. 1, 2006, p. 7. Sobre el contrato social, ver Rawls, J., *Teoría de la justicia*, 1995, pp. 28 y ss. A diferencia de autores clásicos como Locke o Rousseau, Rawls no se sirve del contrato social para fundar el Estado, sino para establecer unos principios de justicia a través de un acuerdo intersubjetivo basado en la racionalidad de las partes y realizados en términos de igualdad (velo de la ignorancia). Estos principios servirían para la legitimación de las instituciones públicas básicas: Nino, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 409-410.

²¹⁹³ STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2.

²¹⁹⁴ Feijoo Sánchez, B. J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, p. 117; Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, p. 131. A esto, Roxin responde que estas cuestiones históricas no son las decisivas, sino que lo que es realmente relevante es la función que el concepto de bien jurídico puede desempeñar en la actualidad.

²¹⁹⁵ Feijoo Sánchez, B. J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, p. 119.

Así, los sistemas constitucionales ya impiden restricciones innecesarias o arbitrarias de derechos fundamentales, y ello sin necesidad de redirigirlo a la teoría del bien jurídico.²¹⁹⁶ Esto supone una garantía si tenemos en cuenta la naturaleza abstracta del concepto de bien jurídico, que no tiene base empírica y que, por tanto, es extraordinariamente dúctil.²¹⁹⁷ Por poner un ejemplo, cuando se superó el concepto liberal de delito como lesión de un derecho individual —especialmente a partir de Birnbaum—²¹⁹⁸ y se extendió para proteger otros intereses colectivos, fue poco problemático acoger dentro del concepto de bien jurídico valores comunitarios y racistas (como la pureza de raza) en cuanto el Derecho penal nacionalsocialista se erigió como Derecho positivo.²¹⁹⁹

En este sentido, puede detectarse en la doctrina científica un cuestionamiento sobre el papel de la teoría del bien jurídico como instrumento de política-criminal. Como sintetiza eficazmente Amelung, la teoría del bien jurídico como teoría dogmática inmanente al sistema no está en crisis, lo que se encuentra en crisis es una concepción político criminal y trascendente al sistema jurídico en la medida en la que se le han asignado unas expectativas que no está en condiciones de cumplir:

[...] el carácter “vacío” de este concepto, la absoluta indeterminación del juicio de valor que crea el bien, es al mismo tiempo la razón de su riqueza. El concepto de bien jurídico en sí mismo no dice nada sobre el contenido que hayan de tener los juicios de valor para poder convertir algo en un bien jurídico, y por ello está abierto a casi cualesquiera valoraciones, transfiriéndolas al sistema dogmático jurídico-penal por medio de sus numerosas funciones en el mismo [...]. Gracias a esta característica, el dogma del bien jurídico se convierte en punto de conexión de la política con la dogmática, y el concepto de bien jurídico en un concepto complementario de la positividad del Derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico.²²⁰⁰

²¹⁹⁶ En este sentido, el Tribunal Constitucional ha derivado del texto constitucional la ilegitimidad de las normas que protegen bienes o intereses constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes: SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23.

²¹⁹⁷ Welzel afirmaría que “quien se ocupa con cierta profundidad del desarrollo del problema del bien jurídico [...] no se libra de una considerable desazón [...]. El bien jurídico ha llegado a ser un auténtico proteo que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo con firmeza”, citado en Lascuraín Sánchez, J. A., “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, No. 2, 1995, p. 251. Octavio de Toledo realizaba la siguiente comparación: “la zanahoria tras la que corre el caballo de la mejor doctrina penalista, sin alcanzarla jamás” en Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, p. 16. Sobre esta necesidad de concreción se han pronunciado, por todos: Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 21; Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, No. 14, 1989-1990, pp. 207-208.

²¹⁹⁸ Günther, K., “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, AAVV, Comares, Granada, 2000, pp. 493 y ss.; Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto de material del delito*, pp. 70 y ss.

²¹⁹⁹ Günther, K., “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?”, p. 499; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 268.

²²⁰⁰ Amelung, K., “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, pp. 232. En este sentido también: Feijoo Sánchez, B. J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, pp. 138 y ss.; Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2011, p. 115. Autores

Aunque no es el objeto de este trabajo obtener una definición definitiva de bien jurídico ni poner fin a una discusión que ha tenido tan ocupada a la doctrina a lo largo de la historia de la ciencia del Derecho penal (el “eterno caballo de batalla”, en palabras de Octavio de Toledo y Ubieto²²⁰¹), es preciso pronunciarse sobre algunos aspectos relevantes para nuestro objetivo de proponer un nuevo tipo penal: en primer lugar, que en nuestro sistema constitucional no existe un mandato de incriminación al legislador aunque a veces sea necesaria la aguda injerencia que supone el Derecho penal para optimizar y preservar el sistema de libertades establecido en nuestra Constitución;²²⁰² y, en segundo lugar, que el ordenamiento penal debe ser coherente con el constitucional para ser legítimo. Esto último significa que no es la teoría del bien jurídico la que garantiza la legitimidad de la política criminal, sino que la legitimación viene preestablecida por el sistema constitucional.²²⁰³

Todo esto no implica que deba abandonarse la teoría del bien jurídico en los análisis político-criminales, ni tampoco que no puedan extraerse rendimientos útiles vinculados a la interpretación de los tipos o para efectuar una cierta función crítica, como vamos a ver a continuación.

1.1.1 El control constitucional del bien jurídico o “fin legítimo”

El Tribunal Constitucional español, en su función de controlador constitucional de las normas penales, ha señalado que en el ámbito penal únicamente pueden protegerse fines legítimos, y los ha identificado con aquellos “que no estén constitucionalmente proscritos” y que “no sean socialmente irrelevantes”.²²⁰⁴ De esta manera, el Tribunal establece

como Lascuráin, argumentan que la expresión “bien jurídico” debe reservarse para el concepto dogmático –nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal– y no para designar *lo protegible* por el Derecho penal: “el bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal”. En Lascuráin Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, pp. 126-127. En este sentido, Wohlers sostiene que el bien jurídico no aporta criterios relevantes que no se encuentren implícitos en los controles constitucionales al actual marco constitucional no aporta criterio relevante alguno que no se encuentre implícito, puesto que “el potencial crítico-sistemático de la teoría del bien jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría”. Wohlers, W., “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, pp. 403-404.

²²⁰¹ Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, p. 8.

²²⁰² Por todos, Díez Ripollés, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, No. 30, 1997, p. 16; Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, pp. 8 y ss. Esto entronca con la clásica definición de bien jurídico de Roxin: La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad: Roxin, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, p. 5.

²²⁰³ Feijoo Sánchez, B. J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, p. 125

²²⁰⁴ “Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”. STC

un espacio exclusivamente dedicado a analizar si la intervención del legislador trata de alcanzar un “fin legítimo” y, si es así, entra a valorar si la norma penal cumple con los estándares de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).²²⁰⁵

La delimitación del ámbito de lo protegido sirvió para que el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de la norma que castigaba la negación del genocidio, basándose en que no se exigían “acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio [...] tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas”.²²⁰⁶ De este modo, consideró que se perseguía una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión, lo que constituía un límite infranqueable al legislador penal. Es decir, el fin era ilegítimo porque el tipo carecía de capacidad lesiva de bienes jurídicos. Por el contrario, cuando trató la constitucionalidad de los delitos de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP (en vigor), llegó a la conclusión opuesta, precisamente porque estas conductas tienen aptitud para “propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.²²⁰⁷

Pero los bienes jurídicos no sirven únicamente como llave que permite la intervención penal legítima. El Tribunal Constitucional también utiliza la noción de bien jurídico para evaluar otros aspectos relacionados con el principio de proporcionalidad:²²⁰⁸ para determinar la idoneidad de la intervención penal en relación con una medida concreta,²²⁰⁹ para comprobar que la medida adoptada es la menos gravosa de entre aquellas igualmente eficaces que podrían adoptarse,²²¹⁰ o para constatar que el coste de la pena no supera la

13/1999, de 20 de julio, FJ 23. También: SSTC 55/1996, FJ 7 (prestación social sustitutoria); 161/1997, FJ 10 (negativa a someterse a control de alcoholemia); 136/1999, FJ 23 (Mesa Nacional de Herri Batasuna).

²²⁰⁵ Ver análisis *infra*.

²²⁰⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 6 (sanción penal de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio).

²²⁰⁷ STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 4 (enaltecimiento público de actividades terroristas). Para justificarlo, cita la jurisprudencia del TEDH, que considera que resulta justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, apoyando la actividad o los autores que realizan la actividad (*Leroy c. Francia*, de 2 de octubre de 2008, párr. 43; *Özgür Gündem c. Turquía*, de 16 de marzo de 2000, párr. 65; *Halis Dogan c. Turquía*, de 7 de febrero de 2006, párr. 37; *Öztürk c. Turquía*, de 28 de septiembre de 1999, párr. 66).

²²⁰⁸ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 379. Esto también es puesto de manifiesto por: González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 101. Al respecto, Cid Moliné y Moreso Martos indican: “para que pueda procederse al juicio de justificación será necesario que los fines justificantes estén formulados con suficiente precisión. Una imprecisa delimitación de los fines justificantes impide que el jurista pueda realizar argumentadamente juicios de justificación”, en: Cid Moliné, J./Moreso Martos, J. J., “Derecho Penal y filosofía analítica”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. 44, No. 1, p. 158.

²²⁰⁹ SSTC 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal), 37/1998 (filmación de un piquete informativo) y 186/2000 (filmación del cajero de un economato).

²²¹⁰ STC 60/2010, FJ 14 (obligatoriedad de la pena accesoria de aleamiento); STC 55/1996, FJ 8; STC 136/1999, FJ 23.

desventaja que puede causar la comisión del delito.²²¹¹

En el contexto de los elementos del juicio de proporcionalidad, que examinaremos en profundidad más adelante, el fin legítimo o bien jurídico protegido actúa como punto de referencia imprescindible para valorar la medida adoptada.²²¹² El Estado como garante debe asegurar el sistema de libertades frente a potenciales injerencias ilegítimas,²²¹³ de modo que únicamente frente a los casos más graves puede reaccionar con la restricción de derechos fundamentales del calibre que la pena supone,²²¹⁴ y con el objetivo de mantener la vigencia del orden jurídico.²²¹⁵

Todo esto no deja de ser una traducción al lenguaje constitucional de algunos aspectos del postulado de lesividad y del principio de fragmentariedad. No obstante, la adecuación de la acción penal requiere que se tengan en cuenta otros elementos como la antijuridicidad de la conducta o la gravedad del ataque al bien jurídico, y no sólo la calidad del bien

²²¹¹ De La Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 299

²²¹² “Si el medio no sirve para el fin, ya puede ser éste valioso que ninguna ganancia obtendremos con la medida y sí la pérdida que comporta la naturaleza del medio”: Lascuraín Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, en *El principio de proporcionalidad penal*, Lascuraín Sánchez, J. A./Rusconi, M. (dir.), Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 300.

²²¹³ Estas injerencias ilegítimas deben producir un efecto constatable en el mundo real que pueda calificarse como perjudicial para la convivencia social externa (teoría de la dañosidad social). El artífice de esta corriente de pensamiento es Amelung, que considera que el delito debe producir consecuencias sociales negativas en el sistema en que éste se lleva a cabo. Hasta ese momento, según este autor, se han descrito los efectos que produce el delito desde un punto de vista ideal o naturalista sin tener en cuenta a la sociedad. Por ello propone describir la dañosidad social como una perturbación de la convivencia social externa adoptando una concepción sistémica de la sociedad: Amelung, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, p. 388, citado en Cabrera Fernández, M., “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, p. 178. Así, “la combinación de los aspectos de afectación a individuos y de repercusión social dañosa permite excluir la punición de los hechos meramente inmorales, así como la protección penal de otros valores, funciones o estrategias político-sociales”: Silva Sánchez, J. S., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 272.

²²¹⁴ Lo que a su vez significa que el bien jurídico actúa como limitador del poder punitivo estatal: Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, p. 19. Como indica Lopera Mesa, “cuanto mayor sea la afectación de derechos fundamentales que supone la medida legislativa en relación con el medio alternativo, tanto mayor ha de ser el incremento de costos que con ella se trata de evitar”: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 445.

²²¹⁵ Feijoo Sánchez, B. J., *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, p. 113

en sí mismo,²²¹⁶ razón por la que un análisis exclusivo en clave de bien jurídico es claramente insuficiente.²²¹⁷

En cualquier caso, la teoría del bien jurídico permite asignar un peso abstracto a ciertos derechos fundamentales o libertades y establecer una jerarquía. Esto aporta información sobre los grados de gravedad que determinan una proporción adecuada entre la prohibición de acción y la amenaza penal, por un lado, y la amenaza y el ataque, por otro.²²¹⁸ Como señala Hassemer, de una manera clarificadora, cuando examina el papel del bien jurídico en el contexto del principio de proporcionalidad en sentido amplio:

De la jerarquía de los bienes jurídicos que, por ejemplo, coloca la vida por encima del patrimonio, resultan grados de intensidad de las lesiones que son baremos para enjuiciar la proporcionalidad de las intervenciones estatales que, como reacción a la lesión, interfieren en la libertad del ciudadano. De este modo, el valor de un bien jurídico penal contribuye a la determinación precisa de los límites en los que es legítima una limitación de la libertad general de actuación, así como de los límites en los que los ciudadanos pueden ser amenazados con sanciones por apartarse de la norma.²²¹⁹

²²¹⁶ Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 277 y ss. Esto supone una significativa ganancia en términos de racionalidad, pues dota al concepto de lesividad de la conducta de criterios de valoración objetivos, graduables y susceptibles de prueba, lo que comporta notables ventajas desde el punto de vista dogmático, que a su vez se traducen en la introducción de importantes límites al poder punitivo. A este potencial limitador del concepto de bien jurídico se refieren, entre otros, Mir Puig cuando subraya que su función primordial es “ofrecer una concreción material de los distintos estados valiosos que, por su importancia reclamen la tutela penal”, y no sólo formal: Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 2005, p. 331. Este mismo autor, al precisar los criterios para determinar la relevancia social de un bien jurídico, pone de relieve que “no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que es exigible una importancia del concreto grado de afectación de dicho bien”. De este modo, concluye, “si se prescinde de sus diferentes manifestaciones cuantitativas, de poco puede servir para la delimitación de lo penalmente protegible la sola alusión a genéricos tan amplios como la salud o la propiedad”: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, pp. 165 y ss. Esta idea también la refleja Prieto Sanchís de la siguiente manera: “no existen bienes de exclusiva incumbencia penal, sino bienes jurídicos en general [...] que reclaman tutela, protección y hasta promoción positiva. Pero decidir que esa tutela haya de ser precisamente penal no depende en realidad del bien jurídico, sino del juicio de ponderación”: Prieto Sanchís, L., “La limitación constitucional del legislador penal”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 282. También Urs Kindhäuser, para quien “el concepto de bien jurídico racionaliza el derecho penal, por cuanto obliga a preguntar por los daños empíricos que pueden ser evitados a través del respeto de las normas”, citado en: Rafael Alcácer, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, p. 75 Lascuráin Sánchez ha señalado expresamente que: “ni todo bien, interés o derecho constitucional tiene que gozar de protección penal, ni todo bien jurídico-penal debe encontrar reflejo expreso en la constitución para su legitimación”, en: “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, 1998, p. 165

²²¹⁷ El análisis de la adecuación del Derecho Penal para proteger determinadas afectaciones al bien jurídico que no alcancen ciertos niveles de lesividad se realiza en otros momentos, en concreto cuando se examina la idoneidad y la necesidad. En este mismo sentido: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 370, 514 y ss.

²²¹⁸ Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 99

²²¹⁹ Ibid. Aun así, es preciso insistir en que una argumentación basada exclusivamente en la jerarquía de bienes jurídicos sería inaceptable. Aunque estemos de acuerdo que la protección de la vida se encuentra en la cúspide de nuestra jerarquía, por ser un elemento que permite el desarrollo del resto de derechos, no puede considerarse que la vida del *nasciturus* merece protección absoluta frente a cualquier tipo de injerencia a costa de otro derecho que merezca un peso abstracto menor en relación con la vida como es la libre

Esto supone una significativa ganancia en términos de racionalidad, pues dota al concepto de lesividad de la conducta de criterios de valoración objetivos, graduables y susceptibles de prueba, y comporta notables ventajas desde el punto de vista dogmático, que a su vez se traducen en la introducción de límites al poder punitivo.

1.1.2 El bien jurídico como instrumento de interpretación de la norma penal

El concepto de bien jurídico entendido como el objeto de protección de la norma de conducta es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico penal.²²²⁰ En este sentido, tal y como demuestran Roxin²²²¹ y Gimbernat,²²²² la teoría del bien jurídico continúa estando en forma para realizar análisis críticos de ejemplos concretos,²²²³ o como instrumento de interpretación de la norma penal para los jueces. En particular, la comprensión del desvalor esencial del delito sirve para precisar sus límites y para ponderar la reacción punitiva adecuada al mismo.²²²⁴

De este modo, como criterio teleológico de interpretación, permite excluir lo irrelevante y definir el área de tutela y las conductas típicas con idoneidad para lesionar o poner en peligro el bien jurídico.²²²⁵ Además, integra una vía para alcanzar una solución conforme a Derecho, que es una pretensión prioritaria en un sistema democrático donde el juez debe buscar la respuesta jurídica más justa o acorde con las posibilidades ofrecidas por el legislador en un sistema jurídico regido por el principio de legalidad.²²²⁶

La potencialidad del bien jurídico protegido como instrumento de interpretación queda bien reflejada en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre un precepto penal –artículo 563 CP– que tipifica la tenencia de armas prohibidas (STC 24/2004). Para

determinación de la mujer. Es una combinación de variables lo que permite afirmar que una satisfacción apenas leve de un derecho fundamental, por valioso que sea, no justifica en todos los casos una afectación intensa de otro considerado como de menor importancia. Al respecto, ver: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 514.

²²²⁰ Amelung, K., “El concepto de ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de los bienes jurídicos”, p. 263-264. En concreto, indica: “El postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto “detrás de ellas”, postulado que se apoya en la idea de protección de bienes jurídicos, exige que tales normas tengan una utilidad que vaya más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección”.

²²²¹ Roxin, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, pp. 5 y ss.

²²²² Gimbernat Ordeig, E., “Presentación”, pp. 11 y ss.

²²²³ Hefendehl y Schünemann también defienden la teoría del bien jurídico en la parte de la obra colectiva que habla de la “Resurrección de la teoría del bien jurídico”, en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, pp. 176-226.

²²²⁴ Lascurain Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 127.

²²²⁵ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, p. 347.

²²²⁶ Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 206; Lascurain Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 128. MacCormick defiende que el fin de la argumentación jurídica es “la justicia de acuerdo con el derecho”, en: MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 74.

salvaguardar la constitucionalidad de la norma, el Tribunal Constitucional establece el sentido en el que la misma debe ser interpretada.²²²⁷ Entre otros requisitos formales, exige que debe tratarse de armas que “posean una especial *potencialidad lesiva*” y que “su tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan en *especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana*”.²²²⁸ De este modo, la identificación de los bienes jurídicos (en este caso, la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas), permite restringir la actuación judicial a los casos en los que se ponen efectivamente en peligro.

El bien jurídico muestra también su utilidad como instrumento interpretativo en el contexto de las normas de permisión. Por ejemplo, en relación con el concepto internacional de trabajos forzosos existen algunas situaciones excluidas que deben interpretarse conforme a los principios de interés general, solidaridad social y lo que es normal en el transcurso de las cosas.²²²⁹ Bajo el fundamento de las normas de permisión subyace una determinación y ponderación de intereses identificables como bienes jurídicos. Así, en las causas de justificación debe realizarse una valoración completa donde se compruebe que la lesión del bien jurídico imputable al agente no resulta objetivamente indeseable porque era la manera eficaz menos lesiva de salvaguardar unos intereses prevalentes.²²³⁰

1.2 El bien jurídico de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos: la incapacidad de otros delitos de absorber todo el injusto

Tras analizar las potencialidades que pueden extraerse de la correcta determinación del bien jurídico “juridicable” con vistas a una propuesta de *lege ferenda*, vamos a aplicarlo al caso concreto de un delito que castigue las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos que, tal y como se encuentran conceptualizadas en el ámbito internacional, se dirigen a la destrucción de la personalidad jurídica.²²³¹ De este modo, la eventual inclusión de estas conductas en un tipo penal debería delimitar adecuadamente el ámbito que se pretende proteger frente a intromisiones ilegítimas. Además, ello también ofrece información sobre el tipo de actos penalmente relevantes y permite desechar aquellos que no sean susceptibles de alcanzar el fin de someter a una persona y situarla, de forma prolongada, fuera de la protección del Derecho.

Por lo tanto, lo que ahora nos importa no es determinar –al menos, no

²²²⁷ Solución que es criticada en los mismos votos particulares de la sentencia –de Guillermo Jiménez Sánchez y María Emilia Casas Baamonde–, por entender que tal interpretación “excede claramente de las funciones propias del Tribunal Constitucional.

²²²⁸ FFJJ 7 y 8.

²²²⁹ *Van der Musselle c Bélgica*, párr. 38.

²²³⁰ Lascuráin Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 130. En estos casos debe realizarse una completa ponderación que atienda a la valoración del peligro, a la existencia de derechos y obligaciones especiales, o a la presencia de efectos colaterales, entre otras cuestiones.

²²³¹ Ver *supra*.

exclusivamente— si un determinado ámbito es legítimo,²²³² sino si se encuentra colmado por las áreas de protección definidas por otros delitos. Si resulta que no es así, significaría que no se están extrayendo adecuadamente los rendimientos a la noción del bien jurídico en el caso concreto de las formas contemporáneas de esclavitud: ni está informando la relevancia o gravedad de los ataques, ni está sirviendo para ponderar la reacción punitiva, entre otras cosas.

Por estas razones es necesario delimitar con claridad y con carácter previo los ámbitos de protección definidos en los tipos penales que se solapan o que colindan con las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados. En general, la jurisprudencia española aplica los artículos 311.1º y 312.2 *in fine* CP (imposición de condiciones laborales ilícitas) y el artículo 173 CP (imposición de trato degradante) en los casos que encajan en estas categorías.²²³³ Aparte de esos artículos, vamos a examinar otros que también pueden superponerse y que implican restricciones más o menos intensas de la libertad, como los delitos de amenazas y coacciones, de detención ilegal y de prostitución coactiva.

A) Bien jurídico de los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311.1º y 312.2 CP)

Estos artículos se insertan en el Título XV “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” del Código Penal, que se refiere a los derechos de los trabajadores como interés autónomo tutelado y que se proyecta en bienes específicos, como la integridad y la salud de los trabajadores desde la idea de seguridad e higiene en el trabajo.²²³⁴ En este

²²³² Como hemos indicado, la legitimidad del fin pretendido se analiza en sede de proporcionalidad, antes de examinar si los medios adoptados son adecuados o necesarios para alcanzarlo. Ver análisis del principio de proporcionalidad *infra*.

²²³³ Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1255; Ver también Circular de la Fiscalía 5/2011, pp. 39 y ss. Por ejemplo, ver: el famoso “contrato de esclavo”, de la STS 995/2000, y en otras sentencias posteriores: SSTS 1045/2003, 221/2005, 372/2005, 651/2006, 1047/2006, 1349/2004, 321/2005. Normalmente se aplican en relación con el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, en cuyo caso se aplica concurso con los delitos contra los derechos de los trabajadores en las STS 247/2017 de 5 de abril; STS 435/2017, de 10 de noviembre de 2017; STS 659/2016, de 19 de julio de 2016; STS 270/2016 de 5 de abril de 2016; SSAP Albacete 435/2017 de 10 noviembre —aunque finalmente no se condena por falta de prueba—. La SAP Coruña 244/2018, de 26 de junio de 2018, condena por delito de trata en concurso con el delito de uso de menores para la mendicidad del artículo 232.1 CP, y en la STS 196/2017, de 24 de marzo de 2017, se condena la “imposición de trabajos forzados próximos a la esclavitud” mediante el artículo 173.1 CP (imposición de tratos inhumanos y degradantes). En este sentido también se han pronunciado: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 480; Pomares Cintas, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 13, No. 15, 2011, p. 27. De una forma crítica: López Rodríguez, J./Arrieta Idiákez, F.J., “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 107, 2019 y Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, pp. 337 y ss.

²²³⁴ La jurisprudencia se ha referido a un “conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atenten contra las condiciones laborales de los trabajadores”, en SSTS 995/2000, de 30 de junio; 1465/2005, de 22 de noviembre. No obstante, la determinación de los intereses jurídicos que son objeto de protección en este conjunto de delitos no ha sido una cuestión pacífica. Antes de la aprobación del Código Penal de 1995 podían observarse dos grandes tendencias sobre el bien jurídico protegido en el artículo 499 bis del Código Penal de 1973: aquellos

sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que se trata de un objeto de tutela unitario “sin perjuicio de que concretos tipos delictivos concedan una específica protección inmediata a alguno de esos derechos”.²²³⁵

Por tanto, existe un amplio consenso en la doctrina y la jurisprudencia sobre que el bien jurídico protegido en el artículo 311.1º CP está constituido por los intereses fundamentales de los trabajadores –nacionales, europeos o en situación administrativa regular–,²²³⁶ concretados en la libre prestación del trabajo en las condiciones y derechos reconocidos por la legalidad vigente.²²³⁷ Este ámbito descrito queda distorsionado con la decisión del legislador de incluir la referencia a los derechos pactados a título individual (puesto que el artículo 311 se refiere a la imposición de condiciones que “supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o *contrato individual*”), puesto que se aleja de la protección de los mínimos irrenunciables de los trabajadores en general.²²³⁸ Al haberse delimitado un ámbito tan amplio, será labor del intérprete la identificación de aquellos casos realmente graves y que afecten a la “autodeterminación de la conductas de los trabajadores”.²²³⁹ Además, la naturaleza colectiva –al menos, parcialmente– del bien jurídico ha llevado a que una parte de la doctrina se refiera a la existencia de unidad de infracción cuando un solo

que consideraban que se protegían diversos bienes jurídicos que sólo tenían en común la referencia al trabado (Muñoz Conde), y aquellos que sostenían que el objeto jurídico de tutela era unitario, aunque cada uno de los tipos se refiriera a un aspecto concreto del mismo. Dentro de esta corriente, algunos consideraban que se protegía el interés del trabajador como parte del contrato de trabajo (Bajo Fernández) o por el interés estatal a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena (Arroyo Zapatero, Navarro Cardoso y Pérez Cepeda). Ver al respecto, ampliamente: Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 2000, donde hace una exhaustiva exposición de las distintas posiciones en torno al bien jurídico del artículo 311.

²²³⁵ STS 247/2017. En este mismo sentido: Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1140-1141; Morillas Cueva, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 832 y ss.; Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2018, p. 488; Martínez-Buján Pérez, C., “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., González Cussac, J. L., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 530 y ss.; Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Álvarez García, J. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 885 y ss.; Queralt Jiménez, J., “Delitos laborales”, en *Derecho Penal español. Parte Especial*, Atelier, 2010, pp. 857-858.

²²³⁶ Vázquez González, C., “Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”, en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 4ª ed. Serrano Gómez, A. et al., Dykinson, Madrid, 2019, p. 486; Morillas Cueva, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 832 y ss.; Lascuráin Sánchez, J. A., “Derechos de los Trabajadores”, en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, De la Mata Barranco, N. J./Dopico Gómez-Aller, J./Lascuráin Sánchez, J. A./Adán Nieto, A., Dykinson, Madrid, 2018, pp. 596-597.

²²³⁷ Pomares Cintas, E., *El Derecho penal ante la explotación laboral*, pp. 59 y ss. Una parte de la doctrina se refiere a que deben tratarse de derechos indisponibles: Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. 5ª ed., Civitas, Madrid, 2018, p. 368.

²²³⁸ Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 1146;

²²³⁹ Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 886.

comportamiento afecte a una pluralidad de trabajadores.²²⁴⁰

En cuanto al bien jurídico del artículo 312.2 CP, referido a la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas a “súbditos extranjeros” en situación administrativa irregular, deben realizarse algunas matizaciones. Así, aunque en esta figura delictiva también se proteja la prestación laboral en condiciones que respeten los derechos laborales reconocidos,²²⁴¹ no se exige explícitamente el atentado a la autodeterminación de los trabajadores. En otras palabras: no se requiere, como en el artículo 311.1º CP, que la conducta se realice mediante engaño o abuso de una situación de necesidad. Algunos autores consideran que esta diferencia se debe a que la situación de necesidad es inherente o implícita en estos casos.²²⁴² No obstante, como argumenta Pomares Cintas en un razonamiento que compartimos, es difícil sostener que el Código Penal desvalore más penalmente –con un límite inferior de pena mayor– una situación que al mismo tiempo promueve administrativamente con la instauración de políticas contra la inmigración ilegal.²²⁴³ De este modo, afirma que es razonable defender que en este artículo se tutela también un valor relacionado con el interés estatal del control del flujo migratorio.²²⁴⁴

B) Bien jurídico del delito de imposición de trato degradante (artículo 173.1 CP).

Existe un consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de que el bien jurídico protegido en este delito es la integridad moral, que tiene su base constitucional en el artículo 15 CE.²²⁴⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha vinculado este concepto con las nociones de *dignidad e inviolabilidad* de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea

²²⁴⁰ Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo IV*, Iustel, Madrid, 2016, p. 241.

²²⁴¹ Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 922 y ss.

²²⁴² Morillas Cueva, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 844.

²²⁴³ Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 117.

²²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 94 y ss.; Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 924.

²²⁴⁵ Ver especialmente: Rebollo Vargas, R., “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 60, No. 1, 2007, p. 208; García Arán, M., “La protección penal de la integridad moral”, pp. 1241 y ss.; Pérez Machío, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, pp. 148 y ss.; Barquín Sanz, J., *Delitos contra la integridad moral*; “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”; Pérez Alonso, E., “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, analizados *supra*. Es paradigmática la STC 120/1990, donde indica que el artículo 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular”. Ver también: Cuerda Arnau, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, González Cussac, J. L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 177 y ss.; Del Rosal Blasco, B., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Morillas Cueva, L. (coord.), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 181 y ss.; Tamarit Sumalla, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 231 y ss.; Gómez Navajas, J., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Marín de Espinosa Ceballos, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 85 y ss.;

de que el ser humano es siempre un fin en sí mismo, sin que quepa cosificarlo.²²⁴⁶ De este modo, la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia y autónoma respecto a derechos como la vida, la integridad física o psíquica.²²⁴⁷

De esta configuración del bien jurídico se derivan los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral: “a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; y c) que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima”.²²⁴⁸ Además, en ocasiones se ha referido a que debe tratarse de una conducta susceptible de quebrantar su resistencia física o moral.²²⁴⁹ Este aspecto, no obstante, no constituye el núcleo del ataque a la integridad moral, que radica en el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores.²²⁵⁰

C) Bien jurídico de los delitos de amenazas y coacciones (artículo 169-172 ter CP).

El bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad individual en su aspecto psicológico, relativo a la libre formación de la voluntad.²²⁵¹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado como criterio determinante para calificar como una u otra figura “el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción, que será amenazas cuando incida sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias y coacciones cuando afecta a la libertad de obrar”.²²⁵² Lo que se protege, en definitiva, es la libertad de tomar una decisión libremente y sin la interferencia que suponen unos actos intimidatorios –en el caso de las amenazas condicionales–; el sentimiento de seguridad o tranquilidad de ánimo –en las amenazas incondicionales–,²²⁵³ y la libertad de ejecutar lo

²²⁴⁶ SSTS 160/2018, FJ 6; 544/2016, FJ 11; 28/2015, FJ 7; 420/2016, FJ 4; 485/2013, FJ 6.

²²⁴⁷ García Arán, M., “La protección penal de la integridad mora”, p. 1245. Corroborando esta idea, los artículos 173 y 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral. De aquí puede deducirse que no todo atentado a la integridad moral implica la lesión o puesta en peligro de otros bienes personalísimos. Ver: SSTS 255/2011 y 255/2012.

²²⁴⁸ SSTS 715/2016, FJ 4; 294/2003.

²²⁴⁹ Ver, por todas: SSTS 544/2016, FJ 11; 255/2012, FJ 11; 255/2011, FJ 4; 1061/2009, FJ 9; 1122/1998, FJ 2.

²²⁵⁰ Ver, en el mismo sentido: Muñoz Sánchez, J., *Los delitos contra la integridad moral*, p. 24. El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana: STS 19/2015.

²²⁵¹ Esquinas Valverde, P., “Delitos contra la libertad”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Marín de Espinosa Ceballos, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 75, 80; Cuerda Arnau, M. L., “Delitos contra la libertad: Amenazas y coacciones”, en *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., González Cussac, J. L., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 151 y ss.; Esquinas Valverde, P., “El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 20, No. 32, 2018, p. 12.

²²⁵² SSTS 427/2000; 909/2016, FJ 3; 632/2013, FJ 2.

²²⁵³ Lorenzo Salgado, J. M., “El delito de amenazas: consideraciones sobre el bien jurídico protegido”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Compostela, 1989, pp. 261 y ss., Larrauri Piojan, E., *Libertad y amenazas*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 185 y ss.; Cuerda Arnau, M. L., “Delitos contra la libertad: Amenazas y coacciones”, p. 153; Paredes Castañón, J. M., “Libertad, seguridad y delitos de amenazas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 29, 2009, pp. 373 y ss., Jareño Leal, A., *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch,

ya decidido –en el caso de las coacciones–.²²⁵⁴

D) Bien jurídico del delito de detención ilegal (artículo 163 CP)

En el delito de detención ilegal el bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria personal que viene recogida, como derecho fundamental, en los artículos 17 y 19.1º de la Constitución española. En este delito, el Código Penal protege tan sólo los ataques a esta concreta manifestación de la libertad, que se ejecuta sometiendo a la víctima a una suficiente presión física o psíquica que le impide absolutamente la capacidad de desplazarse.²²⁵⁵

E) Bien jurídico del delito de determinación coactiva a la prostitución (artículos 187.1 y 188.1 CP).

En el delito de determinación coactiva a la prostitución de mayores de edad, el bien jurídico tutelado es la libre toma de decisiones en la esfera de autodeterminación sexual del sujeto.²²⁵⁶ Esta capacidad de autodeterminación permanece al margen de las veces y concretas situaciones en que voluntariamente lo haya aceptado; y que se conculca, por tanto, cuando cesa esa voluntariedad y son los medios coactivos los que determinan esa dedicación en un episodio concreto más o menos temporalmente extenso.²²⁵⁷ Además de la libertad sexual, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha vinculado la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución a la dignidad de la víctima.²²⁵⁸ Por otro lado, cuando se trata de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188.1 CP), el bien jurídico protegido también abarca también su indemnidad sexual.²²⁵⁹ Esta se ha identificado como el interés de que el menor tenga un

Valencia, 1997, pp. 20 y ss., Del Rosal Blasco, B., “Delitos contra la libertad. Amenazas y coacciones”, en *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Morillas Cueva, L. (coord.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 158.

²²⁵⁴ Dada su cercanía con las amenazas, especialmente las condicionales, la diferencia se sitúa en la proximidad de la violencia, que en las coacciones es inmediata y actual, mientras que en las amenazas está diferida en el tiempo: Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 211 y ss.

²²⁵⁵ SSTS 292/2019, 663/2014. Ver al respecto, por todos, Landrove Díaz, G., “El tipo básico de detención ilegal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 3, 1998, pp. 1682-1689. Es jurisprudencia consolidada que “el bien jurídico protegido en los delitos de detención ilegal es una de las libertades básicas de la persona como es la libertad de deambulación de la que se ve privado el sujeto pasivo ante la actuación del sujeto activo encerrándole o deteniéndole. El encierro conlleva el aislamiento en un lugar del que no se puede salir si no es con la anuencia del autor del delito y la detención supone una simple acción retentiva privando a la persona de su capacidad de movimientos sin necesidad de recluirla en un lugar cerrado” STS 61/2009, FJ 2.

²²⁵⁶ Goenaga Olaizola, R., “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore*, No. 10, 1997, p. 113; González García, S., “Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 10, 2019, pp. 22; Lamarca Perez, C. (coord.), *La Parte Especial del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2015, p. 186.

²²⁵⁷ STS 92/2018, FJ 2.

²²⁵⁸ STS 160/2018, FJ 6.

²²⁵⁹ Así se entiende hoy en día mayoritariamente, al considerarse insuficiente el concepto de libertad sexual y autodeterminación. En este sentido, en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999 se explica que el cambio de rúbrica se debe a la carencia de una formación adecuada de los menores o incapaces, lo que impide que pueda considerarse su voluntad como libre. Para algunos autores, como Díez Ripollés, el bien jurídico es el mismo –la libertad sexual–, aunque entendiendo que simplemente los menores no están

adecuado proceso de formación, y el incapaz una adecuada socialización.²²⁶⁰

Como analizamos anteriormente, el bien jurídico protegible mediante un tipo que castigue el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos coincide con el que se le atribuye a la dignidad, en el sentido de no instrumentalización,²²⁶¹ porque la imposición a una persona de la condición de esclava constituye el máximo exponente de cosificación o reificación. No obstante, anteriormente argumentamos que en el fenómeno de las formas contemporáneas de esclavitud resulta más adecuado su acotamiento como uno de los ámbitos de la dignidad: la destrucción de la personalidad jurídica que supone el control de una persona, más o menos intenso, y que la sitúa fuera del alcance de la protección del Derecho. Esta situación de control, que se traduce en la sumisión o sometimiento a la víctima, permite la afectación de otros ámbitos personalísimos, como la libertad o la seguridad.²²⁶²

Por esta razón, aunque normalmente una situación de esclavitud o servidumbre va a suponer la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas, esto es una consecuencia y no la causa de la instauración de la relación de sometimiento: lo que protegen los delitos contra los derechos de los trabajadores es la imposición de ciertas

en condiciones de ejercerla de manera transitoria: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 23 ss. Ver también: Núñez Fernández, J., “Prostitución de menores e incapaces y Derecho Penal: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento crítico*, Vol. 17, 2015, pp. 56-77; Tamarit Sumalla, J. M., “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en *Comentario a la reforma penal del 2015*, Quintero Olivares, G. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 421-433; Ramos Tapia, M. I., “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Villacampa Estiarte, C./Aguado Correa, T., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 114.; Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 64 y ss.; Carmona Salgado, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales”, en *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Cobo del Rosal, F. (coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 247, 279; GARCÍA RIVAS, PE, 2011, p. 592;

²²⁶⁰ Orts Berenguer, E./Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 18 y ss., que defienden como objeto de protección el proceso de formación y socialización de menores e incapaces. Con independencia de precisiones terminológicas –que corren el riesgo de extender innecesariamente el ámbito de tutela–, todas las posturas coinciden en el reconocimiento de que los menores e incapaces no poseen una completa autonomía, y que puede no llegar a adquirirse realmente si en el proceso de formación se producen interferencias. Ver: De la Mata Barranco, N. J., “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 21, No. 20, 2019, pp. 6 y 7; Tamarit Sumalla, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, p. 55; Aguado López, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. 1*, Boix Reig, J., (dir.), Iustel, Madrid, 2016, pp. 415 y ss.

²²⁶¹ Normalmente a través de los atentados a la integridad moral: ver STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 5. En este sentido, la dignidad es menoscabada cuando la persona es tratada como una cosa, como un simple objeto, lo que conduce a una aproximación negativa a la dignidad a partir de las conductas degradantes que atentan contra la esencia misma de la persona reducida a la condición de mero objeto, de cosa. Al respecto: Alonso Álamo, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, p. 159.

²²⁶² Ver *supra* el análisis del bien jurídico.

condiciones de trabajo, pero no la imposición de la *condición de trabajador* (o de esclavo o siervo) en sí. Esto se demuestra, además, con el hecho de que el ámbito de protección delimitado por los artículos 311.1º y 312.2 CP no abarca todas las modalidades posibles a través de las que puede manifestarse una situación de esclavitud: por ejemplo, no abarcaría las conductas de compra, venta o cesión de una persona –atributos del derecho de propiedad–, realizada en un contexto de control equivalente a posesión, que sí comprendería el ámbito de protección marcado por un delito que castigue el sometimiento a esclavitud.

El bien jurídico también nos sirve para valorar la relevancia de ciertas distinciones en el tipo penal. Por ejemplo, en los delitos contra los derechos de los trabajadores se diferencia en función de la condición administrativa de la víctima. Esto puede tener sentido desde la perspectiva de la explotación laboral si se entiende que el artículo 312.2 CP protege además un interés estatal,²²⁶³ pero desde el punto de vista del sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados es una diferenciación injustificada porque se trata de un elemento accidental y no esencial de la conducta. La situación administrativa irregular constituye un elemento de vulnerabilidad muy relevante que facilita la sumisión, pero no es el único: otros elementos personales (como una discapacidad o minusvalía, el género, la etnia, etc.) o circunstanciales (situación de pobreza o de necesidad, una enfermedad, etc.),²²⁶⁴ también pueden propiciarla. Además, la referencia al contrato de trabajo como uno de los elementos típicos en los artículos 311.1º y 312.2 CP dificulta la aplicación de estos artículos en el contexto de los delitos de esclavitud, puesto que desdibuja el contenido del bien jurídico de estos delitos y distorsiona su interpretación.²²⁶⁵

Desde este punto de vista, además, se trata de un aspecto que es contrario al principio de justicia generalizadora que se refiere al tratamiento igual de casos iguales, dejado lo que es accidental –para un concreto bien jurídico– fuera de consideración.²²⁶⁶ Esta vertiente formal de la justicia está vinculado a uno de los fundamentos vertebradores del derecho a la legalidad: el principio de igualdad.²²⁶⁷ De este modo, el legislador debe asegurar la vinculación de los jueces a la decisión del legislador sobre qué tipo de casos son esencialmente iguales y cuáles no. Esto requerirá la creación de leyes precisas, en el sentido de leyes que identifiquen adecuadamente cuál es el núcleo esencial de la conducta,

²²⁶³ Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 315

²²⁶⁴ Ver análisis *supra*, de la caracterización general del fenómeno.

²²⁶⁵ Esto ha sido frecuentemente señalado por la doctrina. Por todos: Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 1146-1147.

²²⁶⁶ Navarro Frías, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, p. 85 y bibliografía citada. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto se resume en que el principio de igualdad “impone al legislador, con carácter general, el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación”: SSTC 85/2019, de 19 de junio, FJ 7; y 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4.

²²⁶⁷ Ver: Martínez Tapia, M., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000, pp. 92 y ss

que a su vez estará muy relacionado con el bien jurídico que pretende proteger.²²⁶⁸ De este modo se excluye una posible arbitrariedad de los tribunales en la valoración de la relevancia de los posibles incidentes.

En cuanto a los delitos contra la integridad moral, vinculados a la protección de injerencias ilegítimas en la “inviolabilidad del espíritu”,²²⁶⁹ y relacionados con el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores, nos encontramos con que definen un ámbito de protección coincidente con el propio de los delitos que castigan las formas contemporáneas de esclavitud. A pesar de esto, no se trata de figuras idénticas: si bien una conducta de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados siempre va a implicar un ataque contra la “inviolabilidad del espíritu”, no ocurre lo mismo en sentido contrario. Esto se debe a que lo protegido en las conductas que prohíben el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados va más allá de la integridad moral. Las conductas que atentan contra la integridad moral y la esclavitud, por ejemplo, no se vinculan entre sí en una relación de grado sino de absorción. Esta relación de grado sí la ha establecido el TEDH respecto a la imposición de tortura y los tratos inhumanos o degradantes,²²⁷⁰ pero no respecto del sometimiento a esclavitud.²²⁷¹

Respecto de los delitos que protegen la libre formación de la voluntad y de ejecutar lo decidido (amenazas y coacciones), o la libertad deambulatoria (detención ilegal), tampoco absorben la complejidad de los delitos que castigan el sometimiento a cualquiera de las formas contemporáneas de esclavitud. Esto se debe a que lo más relevante no es la libre formación de la voluntad o el consentimiento o la restricción ambulatoria apta para impedir por completo la capacidad de desplazarse –que no tiene que producirse necesariamente–, sino que lo esencial es la relación de control equivalente a posesión (esclavitud), el control sobre otros aspectos de su vida aparte del trabajo (servidumbre), o la imposición de una condición de trabajador (trabajo forzoso). Evidentemente, en cualquiera de estas situaciones la persona va a ver afectada la libre formación de su voluntad por las constricciones externas, pero al igual que ocurría con el delito de trato degradante, el ámbito que protegen los delitos de amenazas y coacciones es mucho menor que el que representaría un delito que castigara el sometimiento a cualquiera de las conductas mencionadas.

Por último, es preciso detenerse en el delito de determinación coactiva a la

²²⁶⁸ En contra, Ferrerres Comella, V., *El Principio de Taxatividad en Materia Penal y el Valor Normativo de la Jurisprudencia (una Perspectiva Constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 53 y ss. Para este autor, cuanto más preciso sea el legislador, más se alejará del ideal de la igualdad en la ley. A favor, Navarro Frías, pp. 85 y ss.

²²⁶⁹ De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, p. 21.

²²⁷⁰ *SSTEDH Irlanda c. el Reino Unido*, párr. 167; *Soering c. Reino Unido*, párr. 100; *Tomasi c. Francia*, párr. 112. Ver al respecto, también: Bantekas, I./Oette, L., *International Human Rights. Law and Practice*, pp. 355 y ss.

²²⁷¹ En este sentido, todos los tratados de derechos humanos recogen en artículos diferentes la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, respecto de la prohibición de imposición de torturas y tratos inhumanos o degradantes.

prostitución, especialmente en la modalidad que afecta a personas adultas (artículo 187.1 CP y 188.2 CP en caso de menores). Este delito, que protege la libre toma de decisiones en la esfera de autodeterminación sexual, puede superponerse con el ámbito de protección delimitado por el delito que castiga los trabajos forzados cuando éstos sean de naturaleza sexual. La razón es que en este caso sí se prohíbe la imposición de una condición (de trabajador o trabajadora en el ámbito de la prostitución), y no imposición de unas condiciones laborales ilegítimas, como demuestra el pronunciamiento del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, en el que acordó que “cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP (prostitución coactiva) y un delito del art. 312.2, segundo inciso (imposición de condiciones laborales ilegítimas), se producirá ordinariamente un concurso real de delitos”.

A modo de conclusión, tras examinar el ámbito de protección delimitado por los delitos que guardan relación con la esclavitud, servidumbre y los trabajos forzados, es posible afirmar que ninguno de ellos abarca todo el desvalor del injusto. La única excepción la representa el delito de determinación coactiva a la prostitución, que sí encaja como modalidad del trabajo forzoso cuando éste se refiere al trabajo o servicio sexual. En el resto de los casos, incluso aunque se encuentren integrados en el bien jurídico protegible de un delito que abarque las formas contemporáneas de esclavitud (como los delitos contra la integridad moral o aquellos que afectan a la libre formación de la voluntad o de ejecutar lo decidido), no reflejan la complejidad del injusto.

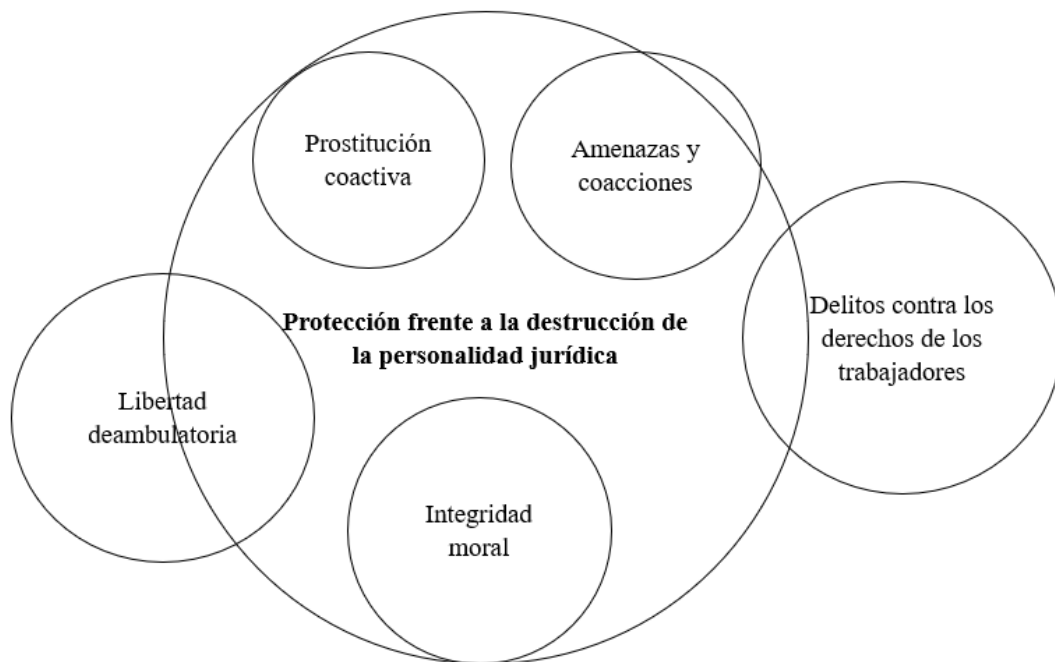


Figura 5: Representación del bien jurídico afectado por las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.²²⁷²

²²⁷² El círculo que representa las “amenazas y coacciones” no se encuentra completamente integrado en el círculo principal para reflejar el hipotético caso en el que una persona aceptase un contrato de esclavo.

3. El principio de proporcionalidad

Otro argumento que vamos a desarrollar para justificar la utilidad de la creación de un tipo de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso está fundamentado en el principio de proporcionalidad. Este principio no garantiza una única respuesta correcta, pero satisface en mayor grado las exigencias de racionalidad comparado con otros criterios metodológicos alternativos propuestos para el mismo fin.²²⁷³ Cuando De la Mata Barranco describe este principio destaca dos aspectos: por un lado, su carácter de presupuesto técnico-jurídico sobre el que descansan tanto las instituciones jurídico-penales, como los criterios que inspiran las exigencias político-criminales y, por otro, su carácter limitador del *ius puniendi* estatal.²²⁷⁴ Este postulado de lesividad y trascendencia social está vinculado a los principios de esencialidad o fragmentariedad.²²⁷⁵

El significado político-criminal del principio de proporcionalidad ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años.²²⁷⁶ La paulatina formalización del contenido material de este principio se debe principalmente a la jurisprudencia constitucional,

²²⁷³ Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 64

²²⁷⁴ De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 63 y la bibliografía citada. También lo identifica, en términos generales, como un “principio general del Derecho, principio jurídicamente vinculante, principio regulativo general o principio general del ordenamiento jurídico que debe inspirar la elaboración de las leyes y su interpretación y aplicación por los Tribunales”, en p. 84.

²²⁷⁵ Díez Ripollés, J. L., El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista española de derecho constitucional*, No. 75, 2005, p. 92.

²²⁷⁶ Principalmente gracias a contribuciones como: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*; Lascuraín Sánchez, J. A., “La proporcionalidad de la norma penal”; Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, EDERSA, Madrid, 1999; González Beilfuss, M., *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 31 y ss.; De La Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 29 y ss.; Mir Puig, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Carbonell Mateu, J. C./ González Cussac, J. L./Orts Berenguer, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1358 y ss.; Cuerda Arnau, M. L., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, No. 8, 2007, p. 1; Lascuraín Sánchez, J. A./Rusconi, M. (dir.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014; Ortiz Úrculo, J. C., “Razonabilidad y proporcionalidad en el derecho penal (sustantivo y procesal) contemporáneo”, en *Homenaje a Prf. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 769-787; García Pérez, O., “La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 9, 2007. Anteriormente, la bibliografía específica sobre la materia quedaba consignada a algunos autores, que cita Cuerda Arnau en la p. 2, pie de página 3, y que principalmente son: Quintero Olivares, G. “Acto, resultado y proporcionalidad”, en *Libro homenaje al Profesor Antón Oneca*, AAVV, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 483 y ss.; Morillas Cueva, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 2, 1983, pp. 61 y ss.; Jaén Vallejo, M. “Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional”, *Revista General del Derecho*, No. 507, 1986, pp. 4923 y ss.; Mir Puig, S., “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 12, 1987, pp. 243 y ss.; Portilla Contreras, G., “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Cuadernos de Política Criminal*, No. 39, 1989, pp. 723 y ss.; Gómez Benítez, J. M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, en *El pensamiento penal de Beccaria*, Asúa Batarrita, A. (coord.), Universidad de Deusto, 1990, pp. 55 y ss.; Ortega Benito, *El principio de proporcionalidad*, Universidad de Valladolid,

influenciada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,²²⁷⁷ que introdujo los elementos del test alemán de proporcionalidad,²²⁷⁸ y que ha permitido el estudio sistemático de su significado en el contexto del Derecho penal.

En su vertiente garantista, el principio de proporcionalidad impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales.²²⁷⁹ Esto es coherente con la lógica de un sistema de libertades que exige que cualquier privación o afcción de estas por parte del poder público “sea un recurso útil, imprescindible y ventajoso para la preservación de dichas libertades”.²²⁸⁰ En el marco del Derecho penal el principio de proporcionalidad juega su papel con especial intensidad en varios momentos: en la amenaza de la pena, en su concreta aplicación, en relación con las medidas de seguridad y en el momento de imposición de las consecuencias accesorias.²²⁸¹

Vamos a centrarnos en el primer aspecto: la proporcionalidad en el momento de la conminación penal. Este principio vincula al legislador en su decisión de incriminar *ex novo* una determinada conducta, en la previsión o concreción de causas de justificación o de disminución de la culpabilidad específicas, y en la determinación abstracta de la pena.²²⁸² Además, aunque la proporcionalidad juegue un papel importante en el momento de aplicación de la ley, es el legislador quien fija los marcos que permiten excluir –ya antes de su aplicación– la posibilidad de concretas actuaciones desproporcionadas.²²⁸³

En el marco del tipo penal creado por el legislador, el Tribunal Constitucional ha interpretado el principio de proporcionalidad a partir de la relación entre la medida impugnada y la finalidad perseguida, especialmente cuando “esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”.²²⁸⁴

1990; Pedraz Peñalva, E./Ortega Benito, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, No. 17, 1990, pp. 69 y ss.; Perelló Domenech, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, No. 28, 1997, pp. 69 y ss.

²²⁷⁷ González Beilfuss, M., *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 20 y ss.

²²⁷⁸ *Ibid.*, p. 41 y ss, especialmente a partir de la STC 66/1995, de 8 de mayo, que constituye el primer supuesto en que el Tribunal Constitucional claramente emplea el test alemán de proporcionalidad de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (FJ 5). Ver también Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, pp. 63-72.

²²⁷⁹ Por todos: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 45 y ss.

²²⁸⁰ Lascuráin Sánchez, J. L., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 287. “Esto es: no se pueden sacrificar derechos innecesariamente ni tampoco si el sacrificio no queda compensado con una ganancia mayor en la moneda axiológica que suponen tales derechos. Presupuesto de todo ello es que la legitimación del sistema se mide a través de tales derechos, constitutivos de la dignidad de la persona y su autonomía moral”.

²²⁸¹ De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 128 y ss. Ver también las referencias al ámbito de ejecución penal en Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 114; Ferrajoli, L., *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2014, p. 398; Gómez Benítez, J. M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, p. 55.

²²⁸² Lascuráin Sánchez, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 138.

²²⁸³ De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 129. En este sentido, la STC 65/1986.

²²⁸⁴ STC 55/1996, FJ 3. Según el Tribunal Constitucional: “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como

Esta relación debe cumplir una serie de requisitos que han sido claramente identificados por el Tribunal Constitucional a partir de la aplicación de los criterios del test alemán de proporcionalidad, aunque, como señala González Beilfuss, estos ya estuvieran presentes con anterioridad.²²⁸⁵

3.1 Contenido normativo del principio de proporcionalidad

En general, si el principio de proporcionalidad supone un límite a todas aquellas normas constitucionales que constituyen principios o “mandatos de optimización”,²²⁸⁶ en el contexto del Derecho Penal es aún más exigente, puesto que la inclusión de un tipo penal supone por sí misma una restricción de derechos.²²⁸⁷ Por un lado, el postulado de proporcionalidad estricta requiere que ganemos más de lo que perdemos con la norma penal –atendiendo especialmente a la relación entre la gravedad del delito y de la pena– y, por otro, el de necesidad se refiere a que el recurso al Derecho Penal debe ser más “rentable” que las demás opciones. En palabras de Lascuráin Sánchez: “se trata de un principio exigente desde la libertad: la norma penal ha de ser así no sólo ventajosa sino la más ventajosa de las alternativas posibles”.²²⁸⁸

No obstante, a pesar de que la definición legislativa de conductas prohibidas y de sus correspondientes sanciones penales representa una intervención en derechos fundamentales, eso no quiere decir que el recurso al instrumento penal sea injustificado –aunque pueda serlo *prima facie*–. La finalidad del legislador penal de protección de los derechos fundamentales justifica una limitación de derechos particularmente intensa.²²⁸⁹

un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. (SSTC 55/1996, f. j. 3; 161/1997, f. j. 8). Este criterio de interpretación, como señaló en su momento Vives Antón, no es un criterio de ponderación sino reglas de articulación de derechos fundamentales. Ver, al respecto: Cuerda Arnau, M.L., efecto desaliento, p. 10 y ss. Sobre el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, ver: Aguado Correa, El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, pp. 120 y ss; Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pp. 599 y ss.; González Beilfuss, p. 24 y ss.; 76 y ss.

²²⁸⁵ González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 97

²²⁸⁶ Utilizando la ya clásica distinción de Robert Alexy entre reglas y principios. Los principios se caracterizan por el hecho de que pueden satisfacerse en diferentes grados. Por el contrario, las reglas son normas que o se cumplen o no se cumplen: Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, p. 48.

²²⁸⁷ De ahí que “si pensamos que el Derecho sancionador y, específicamente, el penal, suponen el mayor grado de injerencia posible del Estado, aplicando incluso penas privativas de libertad y actuando, en definitiva, de la manera más dura que resulte posible, entenderemos que su actividad ha de ser también la menor posible para conseguir el mayor grado de libertad”. Por esa razón, debe interpretarse la actividad punitiva del Estado desde la perspectiva *restringenda sunt odiosa*: Carbonell Mateu, J. C., “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Arroyo Zapatero, L./Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.), Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 130-131; Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 278 y ss.; Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, pp. 113 y ss.

²²⁸⁸ Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 289.

²²⁸⁹ En palabras de Roxin: “dado que el Derecho Penal hace posibles los ataques más duros del Estado a la libertad del ciudadano, sólo debe intervenir allí donde los medios más suaves no prometen un resultado suficiente”, citado por Prieto del Pino, A., “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Becerra Muños, J./ Nieto Martín, A./Muñoz de Morales Romero, M., Marcial Pons, 2016, p. 279.

El Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad para racionalizar y evaluar la intensidad de intervención de la norma penal,²²⁹⁰ convirtiendo este principio en una herramienta que sólo tiene sentido en el contexto de la confrontación o el conflicto entre derechos fundamentales.²²⁹¹ Es decir, el principio de proporcionalidad no es un derecho autónomo, sino un marco analítico que ayuda a determinar si una determinada actuación es adecuada y a partir de cuándo deja de serlo. Esta estructura no sólo permite tener en cuenta todos los intereses en conflicto, sino que racionaliza su relevancia en el caso concreto.²²⁹²

Además, de esta manera se reconducen ciertos postulados esenciales del Derecho penal que normalmente se analizan de modo fragmentario. De esta manera, principios como el de fragmentariedad y subsidiariedad, quedan insertos en una estructura analítica que actúa como conglomerante o esqueleto de principios que, aunque se encuentran ampliamente desarrollados por la doctrina, tienen un impacto poco claro en la política criminal. Esto podría deberse precisamente a la ausencia de un espacio definido y estructurado a la hora de creación de la norma.²²⁹³

La estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio –también denominada prohibición de exceso– como parámetro de control relacional ha sido sistematizada por el Tribunal Constitucional siguiendo el modelo alemán:²²⁹⁴ una norma es proporcionada si es idónea, necesaria, y si no es contraria al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios van precedidos de un *prius* lógico,²²⁹⁵ que consiste en que la norma debe proteger un fin legítimo.²²⁹⁶ A continuación vamos a analizarlos de forma sucinta para poder después extraer consecuencias en relación con un delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos:

²²⁹⁰ Este instrumento constitucional le ha servido al TC para determinar, por ejemplo, si era proporcionada la injerencia que suponía la tipificación de un delito de tenencia de armas de cualquier tipo (24/2004, de 24 de febrero) o la normativa penal que castigaba el enaltecimiento del terrorismo (112/2016, de 20 de junio).

²²⁹¹ Barnes también señala su carácter relacional en: Barnes, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, 1998, p. 17

²²⁹² Como acertadamente señala Cuerda Arnau, se trata de un sistema mucho más sofisticado que la mera ponderación de derechos en conflicto. Ver Cuerda Arnau, p. 9. Ver también Vives Antón, *Derecho Penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990 p.158 y p. 684. Del mismo, “Sentido y límites de la libertad de expresión”, en *La libertad como pretexto*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 367 y ss, Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal de 1992, en CPC, n.º 48, 1992, p. 672 y ss. En el mismo sentido, entre otros, CARBONELL MATEU, “Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos”, *Cuadernos Jurídicos*, n.º 21, Julio-Agosto 1994, p.54

²²⁹³ Núñez Castaño, E., en Gómez Rivero, M.C. (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 2010, donde sostiene que el principio de proporcionalidad constituye una manifestación de la que denomina “dimensión interna del principio de intervención mínima”, pp. 70 y ss. Lascuraín, *proporcionalidad de la norma*, p. 175; Prieto del Pino, A., p. 278 y ss. Además, señala Díez Ripollés que en muchas ocasiones la confusión entre los distintos principios fundadores de los contenidos de tutela de Derecho Penal, como el de subsidiariedad, fragmentariedad, etc., origina distorsiones operativas muy diversas dada la diferente naturaleza y finalidad de ambos principios. Ver: Díez Ripollés, *El control de proporcionalidad de las leyes penales*, 2005, pp. 92 y ss.

²²⁹⁴ Beilfuss, pp. 97 y ss. Ver especialmente STC 55/1996

²²⁹⁵ Expresión utilizada por el propio TC, en SSTC 111/1993; 55/1996, f. j. 7 o 161/1997.

²²⁹⁶ Para Lascuraín, tanto la idoneidad como la finalidad legítima son dos presupuestos, p. 6

3.1.1 Fin legítimo

El Tribunal Constitucional ha identificado dos elementos fundamentales en la configuración de un fin legítimo: en primer lugar, que no estén constitucionalmente proscritos” y que “no sean socialmente irrelevantes”.²²⁹⁷

Una misma intervención penal puede afectar a varios derechos fundamentales y perseguir la protección de distintos bienes jurídicos al mismo tiempo.²²⁹⁸ Así, en ocasiones puede tratarse de bienes jurídicos entre los que no existe relación (por ejemplo, la protección de la vida e integridad personal por un lado; y la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública, por otro²²⁹⁹), mientras que en otros casos es posible identificar una relación de medio a fin, si uno de los fines identificados (por ejemplo, la seguridad vial) es también el medio para alcanzar ulteriores fines (garantizar la vida y la integridad física).²³⁰⁰ A esta distinción se ha referido la jurisprudencia y la doctrina como fines inmediatos y mediatos de la intervención legislativa.²³⁰¹

Estos “bienes o intereses protegibles” se han interpretado en la práctica constitucional de una forma bastante flexible,²³⁰² y el hecho de que se exija que los bienes no estén “constitucionalmente proscritos” apuntan a que el Tribunal Constitucional se ha decantado por considerar la Constitución como un límite negativo –y no positivo– en la selección de bienes jurídico penales. De esta manera se distancia de las tesis doctrinales que consideran que los bienes e intereses protegibles por el Derecho Penal han de estar ya contenidos, en mayor o menor medida, en el texto constitucional.²³⁰³ Por otro lado, aunque la jurisprudencia constitucional no se haya ocupado de determinar los criterios de “relevancia social” de los bienes protegidos por las normas penales, en la doctrina penal

²²⁹⁷ “Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”: STC 13/1999, FJ 23. También, en: SSTC 55/1996, FJ 7 y 161/1997, FJ 10.

²²⁹⁸ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 379 y ss.

²²⁹⁹ Al respecto, la STC 161/1997 enjuicia la constitucionalidad del artículo 380 CP, que castiga la negativa a someterse al control de alcoholemia.

²³⁰⁰ SSTC 161/1997, FJ 7; 136/2006, FJ 27; 55/1996, FJ 7

²³⁰¹ Sobre esto, ver especialmente a Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 714 y ss. Díez Ripollés señala, respecto a los fines inmediatos, que “en terminología jurídico-penal merecerían el calificativo de *ratio legis* de la norma”: Díez Ripollés, J. L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 86.

²³⁰² De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 52.

²³⁰³ En este sentido, Díez Ripollés, J. L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 92 y Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 359 y 360. En ocasiones el TC ha parecido afirmar que el juicio de proporcionalidad requiere que las finalidades perseguidas se encuentren expresamente previstas en la CE: “en todo caso lo que debe afirmarse es la relevancia constitucional de las finalidades perseguidas por la norma cuestionada, que encuentra su encaje en la previsión del art. 30.2 C.E., al tiempo que debe negarse, en consecuencia, el defecto previo de proporcionalidad que implicaría la constatación contraria” (STC 55/1996, FJ 7). No obstante, en otras sentencias no ha buscado dicho anclaje constitucional expreso y se ha limitado a ponderar la relevancia de los fines buscados por la norma penal, como en la STC 161/1997, FJ 10, posiblemente como una muestra de respeto a la autonomía política del legislador: Prieto Sanchís, L., “La limitación constitucional del legislador penal”, p. 199.

existe un amplio consenso sobre que los mismos se identifican con los bienes jurídicos.²³⁰⁴

En este estadio es suficiente con que se trate de bienes jurídicos protegibles y no necesariamente de bienes jurídico penales,²³⁰⁵ puesto que este *prius* lógico trata únicamente de examinar la legitimidad del fin y excluir *ab initio* la constitucionalidad de aquellas normas que tutelén bienes o intereses que el Tribunal considere en abstracto socialmente irrelevantes.²³⁰⁶ El análisis de la adecuación del Derecho penal para proteger determinadas afectaciones al bien jurídico que no alcancen ciertos niveles de lesividad se realiza en otros momentos, en concreto cuando se examina la idoneidad y la necesidad.²³⁰⁷

No obstante, es preciso recordar que la identificación del fin que el legislador se propone alcanzar con su intervención también es relevante porque sirve como parámetro para

²³⁰⁴ Esto según Lascuraín Sánchez, esto da raigambre constitucional al postulado de lesividad: Ver Lascuraín, J. M., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 291. Aguado Correa, por otro lado, lo sitúa en el marco del principio de necesidad (ver: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, pp. 147 y 148), y hace hincapié en que el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos es sólo uno de los “criterios negativos de deslegitimación” para afirmar que una prohibición penal o la punición de un determinado comportamiento es contrario al principio de proporcionalidad en sentido amplio (p. 213). De la Mata Barranco, por su parte, lo vincula al principio de idoneidad (*El principio de proporcionalidad penal*, p. 158). También puede incluir la protección de sentimientos en determinados casos (utilizando la terminología anglosajona de *offence*). Sobre esta discusión, ver: Valls Prieto, J., “Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas”, en *Estudios Jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, L. (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 29 y ss.; y Hefehdehl, R., “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de peligros futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, pp. 3 y ss.

²³⁰⁵ Mir Puig, al precisar los criterios para determinar la relevancia social de un bien jurídico, pone de relieve que “no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que es exigible una importancia del concreto grado de afectación de dicho bien”. De este modo, concluye, “si se prescindiese de sus diferentes manifestaciones cuantitativas, de poco puede servir para la delimitación de lo penalmente protegible la sola alusión a genéricos tan amplios como la salud o la propiedad”. Ver Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, pp. 165 y ss. Esta idea también la refleja Prieto Sanchís cuando afirma que: “no existen bienes de exclusiva incumbencia penal, sino bienes jurídicos en general [...] que reclaman tutela, protección y hasta promoción positiva. Pero decidir que esa tutela haya de ser precisamente penal no depende en realidad del bien jurídico, sino del juicio de ponderación”, en: “La limitación constitucional del legislador penal”, p. 282. En sentido similar, Lascuraín afirma que: “ni todo bien, interés o derecho constitucional tiene que gozar de protección penal, ni todo bien jurídico-penal debe encontrar reflejo expreso en la constitución para su legitimación”, en “La proporcionalidad de la norma penal”, p. 165.

²³⁰⁶ Porque este postulado de lesividad y de trascendencia social está vinculado a los principios de esencialidad y fragmentariedad: Díez Ripollés, J. L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 92. No obstante, Lopera Mesa alerta sobre la excesiva falta de relación entre algunos fines inmediatos y sus pretendidos fines mediatos utilizando, entre otros ejemplos, el de la STC 161/1997, que identifica como fin mediato la protección de la vida e integridad personal y como fin inmediato la protección de la seguridad del tráfico rodado como fundamento de la penalización de la negativa a someterse a la práctica de un test de alcoholemia. De esta manera, y para evitar la tendencia a justificar la constitucionalidad de normas penales apelando a la protección de bienes jurídicos individuales con los que apenas existe un vínculo remoto, la autora defiende que “una aplicación racional del principio de proporcionalidad exige no sólo determinar con precisión los objetivos que se persiguen con la intervención legislativa, sino también que el fin o fines empleados para justificar la medida sean los mismos [que los] utilizados al enjuiciar su idoneidad”: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 381 y ss., cita en página 384.

²³⁰⁷ En este mismo sentido: *ibid.*, p. 370.

enjuiciar tanto la idoneidad como la necesidad de la medida legislativa objeto de control.²³⁰⁸

3.1.2 Idoneidad

El segundo de los requisitos del juicio de proporcionalidad al que se ha referido el Tribunal Constitucional es la “idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto”,²³⁰⁹ requisito denominado por la doctrina como idoneidad,²³¹⁰ adecuación o funcionalidad,²³¹¹ entre otros. Ha sido definida por el propio Tribunal como “aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida”.²³¹² Esto significa que el juicio de proporcionalidad exige que la incriminación de una conducta y la consecuencia jurídica que se prevé sean aptas para alcanzar el fin y el objetivo que las fundamenta.²³¹³

Como señala Lopera Mesa, se entenderá que la intervención legislativa en derechos fundamentales representa un medio inidóneo para contribuir al logro del fin “cuando [...] su relación con el fin sea de *causalidad negativa*, esto es, cuando la medida en cuestión dificulta o aleja la satisfacción del fin, o bien cuando su implementación resulta *indiferente* desde la perspectiva del fin, por no desplegar eficacia alguna para su consecución”.²³¹⁴ Esta relación entre medios y fines tiene una naturaleza pragmática, referida a la

²³⁰⁸ Lopera Mesa, p. 379. Esto también es puesto de manifiesto por González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 101. Como señalan Cid Moliné y Moreso Martos, la delimitación imprecisa de los impide que se puedan realizar de forma adecuada los juicios de justificación: Cid Moliné, J./Moreso Martos, J. J., “Derecho Penal y filosofía analítica”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, p. 158.

²³⁰⁹ Por ejemplo, la STC 55/1996.

²³¹⁰ Por todos: De la mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 148; Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 147; Díez Ripollés, J. L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 93; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 101.

²³¹¹ Lascurain Sánchez se refiere a dicho requisito como “protección funcional”, en: Cuándo penar, cuánto penar”, p. 299.

²³¹² SSTC 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal), 37/1998 (filmación de un piquete informativo) y 186/2000 (filmación del cajero de un economato)

²³¹³ De la mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 148. Bernal Pulido se refiere a las distintas perspectivas desde las que puede ser examinada la idoneidad del medio: “eficacia, temporalidad, plenitud en la realización del fin, la probabilidad”, en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 720; Lopera Mesa se refiere a la rapidez, plenitud, intensidad y probabilidad”, en: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 388-389.

²³¹⁴ Énfasis en el original: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 388. Para esta definición parte del postulado de Bernhard Schlink de que existe causalidad positiva, “cuando la intervención del legislador contribuy[e] a la creación de un estado de cosas en el que la realización del fin se ve incrementada en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención”, pp. 387-388. Por otro lado, Bernal Pulido lo sintetiza de la siguiente manera: “una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato” (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 724), y Luzón Peña se refiere a él cuando afirma que el Derecho penal sólo puede y debe aplicarse cuando es mínimamente eficaz y apropiado para la prevención del delito y, por tanto, es necesario detener su intervención cuando sea políticamente inoperante desde el punto de vista penal: Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 27 y ss.

efectividad de la norma como directiva de la conducta de los ciudadanos.²³¹⁵ Ahora bien, ¿qué grado de idoneidad se exige a la norma penal? Es decir, ¿qué condiciones deben darse para que pueda alegarse la inconstitucionalidad de una norma penal por inidónea?

Esto tiene que ver, fundamentalmente, con las cuestiones relativas a si es necesario que un determinado artículo del Código Penal *demuestre* su eficacia y en qué medida una norma puede ser declarada inconstitucional si, a juicio del Tribunal, no alcanza de manera suficiente los fines del Derecho penal.²³¹⁶ Díez Ripollés lamenta precisamente que en la práctica no tiene efecto alguno porque no se desarrollan criterios operativos con los que constatar el grado de idoneidad y someter a control constitucional “este componente de la racionalidad legislativa”, a pesar de la inclusión de este criterio en el juicio de proporcionalidad del Tribunal.²³¹⁷ Un control estricto de la idoneidad significaría verificar que se trata del “medio que, en relación con los demás, contribuye con mayor rapidez, plenitud, intensidad y probabilidad al logro de su finalidad”.²³¹⁸ No obstante, un control de estas características, además de oponerse al margen de autonomía política que ostenta el legislador en materia penal (que aunque no es ilimitado, es bastante amplio²³¹⁹), presenta un obstáculo evidente: no se disponen de datos fiables sobre el efecto preventivo de la amenaza de pena sobre la generalidad.²³²⁰ De este modo, el Tribunal Constitucional se estaría arrogando la facultad de enmendar un pronóstico de idoneidad efectuado por el legislador sobre las mismas premisas inciertas que este último.²³²¹

La opción por un control no estricto del principio de idoneidad ha sido subrayada por el Tribunal Constitucional al vincularlo a la existencia de una “relación de congruencia objetiva” entre el medio adoptado y la finalidad perseguida, “entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida [...] puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido”.²³²² De este modo, ha reconocido que la vulneración de este requisito

²³¹⁵ Díez Ripollés, J. L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 93-94, aunque a continuación añade que el razonamiento de la jurisprudencia constitucional “está lejos entrar en materia respecto a estos asuntos”.

²³¹⁶ De hecho, en base a este criterio de enjuiciamiento, Aguado Correa extrae la consecuencia que se están rechazando las teorías absolutas y, en general, aquellas que se manifiesten como ineficaces por no servir a la prevención, en: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, pp. 152-153.

²³¹⁷ Este autor sugiere los siguientes criterios: “la capacidad de recepción del mensaje por los ciudadanos, el crédito del legislador en el ámbito de incidencia de la norma, los recursos personales o materiales disponibles o susceptibles de implementarse para la persecución de las conductas prohibidas, las experiencias existentes sobre situaciones semejantes, previsiones de evaluación del funcionamiento de la norma”: ., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 94.

²³¹⁸ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 389.

²³¹⁹ Facultad que le reconoce el propio TC: “La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, Ver: SSTC 55/1996, FJ 6; 65/1986, FJ 3; 160/1987, FJ 6; ATC 949/1988, FJ 1.

²³²⁰ Como señala Cardenal Montraveta, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 17, No. 18, 2015, p. 20.

²³²¹ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 390.

²³²² STC 60/2010, FJ 12. Ver, también: González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 102.

se limita a los supuestos en que el sacrificio del derecho objeto de limitación sea “patentemente inidóneo”.²³²³ Es decir, no requiere que sea la medida más eficaz de todas, sino que no resulte indiferente o negativa en relación con el fin legislativo.²³²⁴ En definitiva, que “contribuya positivamente”, sin poner un estándar mínimo.

Lascuráin Sánchez, poniendo el ejemplo de una multa de baja cuantía para un grave delito económico, se plantea si un supuesto de desproporción de la pena debida a su baja intensidad podría ser, en el cómputo global de cargas, inidónea por producir un efecto preventivo irrelevante a la luz de la naturaleza de la infracción. Aunque no ofrece una respuesta concluyente, su planteamiento sugiere que podría considerarse como un caso de inidoneidad al tratarse de “una coacción leve pero al fin y al cabo inútil y [...] la sociedad estaría mejor si prescinde de tal norma penal”.²³²⁵

No obstante, con su actual configuración constitucional, este requisito se ha convertido en uno casi imposible de no colmar al presumirse la aptitud preventiva de las normas penales,²³²⁶ y ha supuesto que no se impugnen jurisprudencialmente normas penales por falta de idoneidad.

3.1.3 El juicio de necesidad o de protección mínima

El tercer elemento que integra el juicio de proporcionalidad es la necesidad de esa medida. El Tribunal Constitucional se ha referido a este subprincipio en los siguientes términos: “la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.²³²⁷

En este estadio se examina si la medida enjuiciada resulta ser la más benigna –en el sentido de menos gravosa– para los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa comparada con otras alternativas igualmente eficaces o idóneas para alcanzar

²³²³ SSTC 55/1996, FJ 7; STC 103/2001, FJ 10.

²³²⁴ En este sentido: Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 720, 726; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 102 y ss.; Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 391; Barnés, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, p. 25.

²³²⁵ Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 302.

²³²⁶ *Ibid.*, p. 301, donde señala: “Puede pensarse que, en cuanto mal amenazante a través de un aparato estatal creíble en su disposición a cumplir la amenaza, la pena lleva en su seno capacidad preventiva: intimidará a potenciales delincuentes, castigará y hará así innecesario otro castigo informal, transmitirá fácticamente ciertas valoraciones, reforzará el presupuesto y la racionalidad del seguimiento de la prohibición. De hecho, si la resocialización del penado es la única de las funciones básicas de la pena que menciona la Constitución como de obligada persecución es precisamente porque es la única que no es consustancial a la pena. Ver también Luzón Peña, D. M., “Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética”, en *Genética y Derecho penal: previsiones en el Código Penal español de 1995*, Romeo Casabona, C. M. (ed.), Comares, Granada, 2001, p. 52.

²³²⁷ STC 136/1999, FJ 23; STC 60/2010, FJ 14; STC 55/1996, FJ 8.

el mismo fin.²³²⁸ La intervención del legislador penal está obligada, en palabras de Mir Puig, “a respetar el principio de *intervención mínima*, que no ha de entenderse en el sentido de un mínimo absoluto, sino en el del mínimo necesario para cumplir con la finalidad de protección, un mínimo relativo que implica que no existan medios menos graves [...] para conseguir aquella finalidad”.²³²⁹ Es decir, no se trata sólo de utilizar el ordenamiento penal como último recurso o subsidiario de otros, sino de realizar un juicio sobre cada pena para elegir la consecuencia jurídica útil menos incisiva en la autonomía del penado.²³³⁰

Se trata de un juicio hipotético en el que se comprueba si ganamos más con esa norma que con lo que ganaríamos con cualquier otra con la misma finalidad. Esto se traduce en una comparación entre la medida propuesta y las alternativas en base a dos parámetros: la eficacia y la carga impuesta, en relación con el fin perseguido. A la hora de la verdad, no obstante, el Tribunal Constitucional ha sido extremadamente cauto a la hora de determinar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero igualmente eficaces para evitar atribuirse el papel de “legislador imaginario”.²³³¹ Los estándares a los que se ha referido han sido: el “sacrificio *patentemente innecesario* de derechos que la Constitución garantiza”, que constituya “un *patente derroche inútil* de coacción”,²³³² o que las medidas alternativas sean “*palmaria*mente de menor intensidad coactiva para los ciudadanos y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada”.²³³³ Esta falta de concreción del contenido normativo del subprincipio de necesidad explicaría la escasez de pronunciamientos estimatorios basados en el carácter de la medida impugnada.²³³⁴

Sin entrar en las críticas que podrían hacerse al Tribunal por no haber llevado adecuadamente a la práctica sus anunciados criterios de “razonamiento lógico, [...] datos empíricos no controvertidos y [...] conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado

²³²⁸ En sentido muy similar: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 433.

²³²⁹ Mir Puig, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1364.

²³³⁰ Lascurain Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 305. La formulación de Bernal Pulido es la siguiente: “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”, en: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 740.

²³³¹ El TC ha sido muy claro al respecto: “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia ... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido” STC 161/1997, FJ 11.

²³³² SSTC 60/2010, FJ 7; 127/2009, FJ 8; 45/2009, FJ 7; 55/1996, FJ 9; 136/1999, FJ 23; AATC 233/2004, FJ 3; 332/2005, FJ 3; 112/2016

²³³³ SSTC 161/1997, FJ 11; 136/1999, FJ 28.

²³³⁴ La STC 76/1996, (comunicación previa de la interposición del recurso contencioso-administrativo) y 48/2005 (ampliación de la sede del Parlamento de Canarias), constituyen los supuestos en que de forma más clara se ha considerado que existían otras alternativas para alcanzar la finalidad perseguida. En estos casos el Tribunal Constitucional acostumbra a analizar el requisito de la necesidad no de forma abstracta, sino teniendo muy en cuenta las circunstancias concretas del caso. Ver también: González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 105.

necesarias para alcanzar fines de protección análogos”,²³³⁵ supone un límite al número de opciones disponibles para el legislador porque, de todas las opciones posibles, la elección debe limitarse a la que produzca menos sacrificios de derechos fundamentales entre todas las medidas igualmente adecuadas para perseguir el fin legítimo. Además, este análisis no debe ceñirse exclusivamente a los efectos que produce sobre el individuo al se dirige la norma, puesto que si así fuera correríamos el riesgo de que ninguna norma penal pasara este filtro por el sacrificio de derechos que supone. O en sentido contrario, tampoco se debería tener en cuenta únicamente la eficacia objetiva, porque normalmente la medida más gravosa asegura con mayor intensidad que la medida más benigna la consecución del fin perseguido.²³³⁶

En general, el principio de proporcionalidad exige una evaluación *global* de sus costes y beneficios, partiendo de la premisa de que “cuanto mayor sea la afectación de derechos fundamentales que supone la medida legislativa en relación con el medio alternativo, tanto mayor ha de ser el incremento de costos que con ella se trata de evitar”.²³³⁷ Esto no impide que se planteen problemas de valoración, como por ejemplo, con la comparación de magnitudes que afectan a diferentes derechos fundamentales (la expulsión y la privación de libertad), o cuando una de ellas tiene un coste financiero significativamente mayor.²³³⁸ En este sentido, Cuerda Arnau nos recuerda que el tributo a los derechos fundamentales no se ciñe al derivado de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de autonomía que implica el precepto.²³³⁹ A mayor abundamiento, la dificultad para efectuar una comparación adecuada se acentúa ante la ausencia de datos empíricos sobre los efectos de las alteraciones cuantitativas o cualitativas de la pena en la prevención

²³³⁵ STC 60/2010, FJ 14; STC 55/1996, FJ 8; STC 136/1999, FJ 23. Como analiza González Beilfuss, en la práctica, lo que ha primado ha sido la interpretación sistemática de la propia norma impugnada y su comparación con otras normas similares o conexas. *Ibid.*, 107. Díez Ripollés critica esta posición del Tribunal Constitucional, señalando que, aunque “se aprecia un intento serio de hacer operativo este elemento, un estudio detallado de las razones empleadas nos muestra que los resultados obtenidos son bastante magros”. Este autor resalta especialmente que no se barajen datos empíricos y que no haya resoluciones judiciales aborden las ventajas comparativas del derecho administrativo sancionador frente a las del derecho penal, a pesar de que haya sido la cuestión esencial planteada en varios casos. Díez Ripollés, J. L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, p. 95.

²³³⁶ González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 197; también Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 233. Tener en cuenta estas variables, como señala Lascuraín Sánchez, “sólo resulta admisible como directriz”: en “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 304. Además, señala que “por usual que resulte lo contrario, puede suceder que medidas no sancionadoras sean más coactivas que las sancionadoras y que medidas sancionadoras no penales sean más incisivas en la libertad del individuo que las penales: puede ser que la expulsión del territorio sea más gravosa que una pena breve de prisión, y que la sanción penal por la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia sea menos gravosa que la compulsión directa por los agentes de policía para la realización de dicha prueba”.

²³³⁷ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 445.

²³³⁸ Laura Clérico propone una serie de reglas adicionales para complementar el criterio de necesidad. Entre ellas, señala “cuando el medio alternativo afecte al derecho fundamental con mucha menor intensidad que la medida legislativa, y sólo implique costes financieros levemente superiores a esta última, debe considerarse que la medida legislativa no es necesaria”. De esta forma, destaca que el principio que ordena minimizar los costes económicos de las medidas legislativas no puede tener en una preferencia automática que excluya toda consideración en contrario. Citado en: *Ibid.*, pp. 444-445.

²³³⁹ Cuerda Arnau, M. L., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, especialmente pp. 37 y ss.

de delitos, lo que dificulta enormemente este análisis.²³⁴⁰

No obstante, aunque en la práctica parezca ser un mero límite negativo para el legislador,²³⁴¹ la potencialidad de este mandato de optimización es innegable: se trata de una herramienta que articula principios como el de subsidiariedad y fragmentariedad,²³⁴² y los concreta tanto en orientaciones de política criminal como para la concreta aplicación de la pena. Así, en la búsqueda de medios alternativos, Lopera Mesa sugiere incluir, entre otros, criterios clásicos de la dogmática penal como el “merecimiento de pena” o la “necesidad de pena”, que reflejen los juicios de desvalor, la relevancia social, etc.²³⁴³

3.1.4 Proporcionalidad en sentido estricto

En el último escalón del juicio de proporcionalidad se analiza si la afectación de derechos fundamentales que supone el establecimiento de la amenaza de pena y su correspondiente sanción alcanza a justificarse por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención penal del legislador. O en palabras de De la Mata Barranco, se comprueba que “el coste socio-individual de la pena no supere la desventaja que pueda causar la comisión del delito”.²³⁴⁴

Este juicio, que es el que tradicionalmente se ha vinculado al principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena,²³⁴⁵ se denomina “proporcionalidad en sentido estricto” —en contraposición con el principio de “proporcionalidad en sentido amplio”—²³⁴⁶ e implica un balance valorativo global, de carácter interno, donde se computan todas las ventajas e inconvenientes de la norma.²³⁴⁷

El Tribunal Constitucional exige que la medida sea “proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios

²³⁴⁰ En este sentido, también: Hassemer, W., “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Mir Puig, S., (coord.), Bellaterra, Barcelona, 1982, p. 117-157, especialmente p. 135; Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, pp. 239 y ss.; Lascuraín Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 307, quien habla esto pone “pies de barro” al análisis; Cardenal Montraveta, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, p. 20.

²³⁴¹ Como señala Aguado Correa en: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, p. 243

²³⁴² Por todos: Berdugo Gómez de la Torre, I. et al, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, La ley, Madrid, 1999, p. 57; Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, p. 26; Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 117 y ss.

²³⁴³ Lopera Mesa, tras afirmar que “el criterio de decisión expresado en el subprincipio de necesidad se revela ampliamente insuficiente para dar respuesta a los problemas normativos que se plantean en esta fase de la argumentación”, precisa su contenido específico para destacar sus principales problemas y sugerir criterios para resolverlos y convertir este subprincipio en operativo: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 449 y ss.

²³⁴⁴ De La Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 299

²³⁴⁵ Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, p. 277

²³⁴⁶ Un concienzudo análisis de este subprincipio lo realiza Navarro Frías en “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *Indret. Revista del Análisis del Derecho*, Vol. 2, 2010. En este artículo la autora pone de manifiesto las discrepancias doctrinales en torno al contenido normativo de este subprincipio.

²³⁴⁷ De La Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 208.

sobre otros bienes o valores en conflicto”.²³⁴⁸ Dada su similitud con el principio de necesidad,²³⁴⁹ es preciso señalar que el juicio de necesidad se proyecta sobre las diversas alternativas existentes para alcanzar una finalidad, mientras que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto pondera una medida idónea y necesaria con la finalidad perseguida.²³⁵⁰ Como resalta Lascuráin Sánchez, se trata de un juicio de carácter interno donde se exige que no haya un desfase de los costes respecto a los logros.²³⁵¹

Para realizar adecuadamente la ponderación, es muy importante saber cuál es el peso específico de las dos columnas que deben compararse. Para ello deberá tenerse en cuenta, por un lado, los beneficios que cabe esperar desde la perspectiva del bien jurídico; y, por otro, los costes de la intervención, conformados por los que representan la gravedad de la pena, la intensidad de la restricción de derechos fundamentales,²³⁵² y otros costes adicionales.²³⁵³ En contra de la precisión en la ponderación juega la heterogeneidad de los efectos comparados, que obligan a darle mayor o menor peso a ciertas magnitudes que suelen ser homogéneas. De este modo, aunque al tratarse de una ponderación global deban tenerse en cuenta los costes indirectos que generan la administración policial, judicial y penitenciaria, un incremento de estos costes no debe tener el mismo efecto en la evaluación global de la proporcionalidad de la norma que un incremento en la afectación del bien jurídico.²³⁵⁴

Existe un amplio consenso doctrinal sobre que las penas más graves han de reservarse

²³⁴⁸ SSTC 60/2010, FJ 14; 186/2000, FJ 6; 202/1999, FJ 3; 76/1996, FJ 2; 66/1995, FJ 5. Aunque, como señala González Beilfuss, a diferencia de los demás requisitos de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional no ha empleado una definición homogénea para definir la proporcionalidad en sentido estricto: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 108 y ss. En la jurisprudencia constitucional pueden encontrarse referencias a la “ponderación entre la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado” (STC 69/1999, FJ 4); a “la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena” (STC 55/1996, FJ 9); entre el “desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción” (STC 161/1997, FJ 12), o “entre la gravedad del delito que se trata de impedir y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales (STC 136/1999, FJ 23).

²³⁴⁹ De hecho, en la STC 136/1999 el propio Tribunal Constitucional reconoce que ambos elementos se confunden frecuentemente en la jurisprudencia constitucional. González Beilfuss apunta las posibles razones de la confusión: la no separación formal de los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por la estrecha relación entre ambos requisitos, y por el hecho de que el TC ha empleado argumentos indistintamente para la interpretación de ambos requisitos: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 109.

²³⁵⁰ *Ibid.*, p. 111. Este autor también señala que el juicio de necesidad está basado en consideraciones fácticas mientras que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es un mandato de ponderación desde un punto de vista jurídico.

²³⁵¹ Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, pp. 308-309. También destaca el carácter eminentemente valorativo e interno Navarro Frías en: “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, p. 18 y Ossandón Widow, M. M., *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 468

²³⁵² Además, despliega un efecto disuasorio del ejercicio del derecho fundamental: STC 136/1999, FJ 29

²³⁵³ Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 310; Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 241

²³⁵⁴ Sobre la atribución del peso a los principios que intervienen en la ponderación, ver: Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 500 y ss.

para aquellos tipos que protegen los bienes jurídicos más importantes,²³⁵⁵ postulado que descansa sobre la premisa de que la pena proporcionada a la gravedad del delito será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela.²³⁵⁶ Dicho consenso deja de ser evidente cuando se trata de determinar cuáles son exactamente esos bienes jurídicos, aunque algunos autores apuntan a criterios como la jerarquía deducible de la Constitución,²³⁵⁷ la existencia de ciertos valores situados en la cúspide del ordenamiento jurídico, como la vida y la salud, su relación con el principio democrático y la dignidad humana,²³⁵⁸ o la trascendencia social del hecho,²³⁵⁹ entre otros.²³⁶⁰

En la columna de los beneficios algunos autores también incluyen los fines de prevención general, positiva y negativa, y de prevención especial.²³⁶¹ La inclusión de premisas empíricas debe abordarse con cautela, porque los juicios sobre la contribución de la norma a la prevención de hechos lesivos o peligrosos para el bien jurídico *ex ante* suponen siempre un pronóstico sobre los efectos *probables* de la norma jurídica.²³⁶² Así, aunque

²³⁵⁵ Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 286. Por otro lado, Bacigalupo Zapater afirma que la jerarquía del bien jurídico lesionado es codeterminante de la gravedad del hecho, de manera que los hechos que afectan a bienes jurídicos de poco valor o que comportan lesiones de poca significación no podrán ser reprimidos con penas que se puedan considerarse desproporcionadas: *Principios de Derecho penal*, p. 30. En este sentido, ver también: Amelung, K., “El concepto de ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de los bienes jurídicos”, pp. 241 y ss.

²³⁵⁶ Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, pp. 292 y 300

²³⁵⁷ Mantovani, F., *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1989, p. 735

²³⁵⁸ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 523 y ss. De acuerdo con este criterio, el peso abstracto de los derechos fundamentales que intervienen en la ponderación será mayor cuanto mayor sea su vinculación con la realización del principio democrático y de la dignidad humana, que tienen una especial fuerza justificatoria. Como señala la autora, esta vinculación ha sido utilizada por el propio Tribunal Constitucional como argumento para reforzar la importancia de ciertos derechos, en p. 524. Por ejemplo, en la STC 255/1994 FJ 4, lo utiliza para justificar la esterilización de incapaces, en tanto ello les permite ejercer su libertad sexual sin estar sometidos a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad.

²³⁵⁹ En este sentido, especialmente: Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 260; Arroyo Zapatero, L. A., “Fundamento y función del sistema penal”, *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, No. 1, 1987, p. 105, donde habla de la “dañosidad social objetiva de la conducta”.

²³⁶⁰ Al respecto, ver Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 516. Por otro lado, Lascuraín introduce en esta discusión las reflexiones de Von Hirsch y de Feinberg. El primero, sobre la idea de los niveles de calidad de vida de una persona; y el segundo, ligado al principio de autonomía. Para este último, el daño a un bien dependerá de las opciones vitales que queden anegadas, tesis que ilustra con el símil del sistema ferroviario: el daño al sistema por el daño a una vía es mayor cuantos mayores destinos queden suprimidos, sea directamente, sea por conexión. Cuanto más fecunda sea la opción eliminada, en el sentido de que sea una opción que conduzca a muchas otras, mayor será el daño a la libertad; cuanto más limitada sea la opción, más limitado resultará el daño”: Lascuraín Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, pp. 310-311.

²³⁶¹ Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 293. Aunque se trata de principios muy contestados, continúan siendo fundamentales en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Al respecto, ver ampliamente: Zedner, L./Asworth, A., “The rise and restraint of the preventive state”, *Annual Review of Criminology*, Vol. 2, 2019, pp. 429-450.

²³⁶² Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 530-531. Como pone de manifiesto esta autora, “la dificultad para dotar de respaldo probatorio a las premisas empíricas que intervienen en el juicio de constitucionalidad de las leyes penales incrementa, sin duda, el margen de subjetividad del intérprete a la hora de valorar la calidad epistémica de dichas premisas, a la vez que favorece que la práctica de pruebas se sustituya por el recurso a la “convicción generalizada de la sociedad”, que es, en definitiva, la convicción de los miembros del Tribunal Constitucional, acerca de la veracidad de los hechos que han de ser probados”. Además, aunque los incrementos punitivos tuvieran algún rédito preventivo en forma de control del penado, de amenaza del delincuente potencial o de afianzamiento del ciudadano proclive a la

podemos admitir que la proporcionalidad de la pena es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general y especial,²³⁶³ la gravedad de la afcción al bien jurídico continúa siendo el límite máximo al *ius puniendi* estatal. Esto no quiere decir que el subprincipio de proporcionalidad estricta responda a una lógica retributiva, porque como indicamos anteriormente, en la ponderación global para la determinación de una pena proporcionada en sentido estricto, interactúan otros elementos ajenos a la consecución del ideal de justicia u otros fines metafísicos.

Algunos autores han planteado que la fórmula de valoración global costes/beneficios diluye la tradicional exigencia garantista de proporción de la pena en relación con el desvalor del hecho.²³⁶⁴ Ante esto, se ha destacado el hecho de que la toma en consideración de todos los efectos de la medida normativa no sólo no diluye, sino que acentúa la relación entre desvalor del hecho y desvalor de la pena.²³⁶⁵ Esto es así porque, tras excluir las medidas alternativas idóneas pero más gravosas en el juicio de necesidad, aún debe tenerse en cuenta el peso de otros aspectos relevantes –como el efecto desaliento– en la columna de los costes.²³⁶⁶ Además, también es coherente con la lógica consecuencialista y no retributiva que debe imbuir el juicio de proporcionalidad estricta, pues “representa un balance entre los *costos* previsibles en términos de afectación de derechos fundamentales que se produce tanto a través de las prohibiciones como de las sanciones penales y los *beneficios* previsibles en términos de protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos que pueden derivarse de la tipificación penal de una conducta y de la determinación de una sanción”.²³⁶⁷

En definitiva, el juicio de proporcionalidad estricta no debería limitarse a la comparación de dos males –la gravedad del delito y la de la pena–, porque la pena nunca será un medio idóneo para evitar el delito cometido por su perspectiva *ex post*.²³⁶⁸ El conflicto que puede suscitarse entre la exigencia de prevenir los atentados contra la libertad y la

observancia de las normas jurídicas básicas, tal razonamiento conduce a una distorsión valorativa que acaba llevando al resultado de alto coste en forma de pena con escasos beneficios en forma de prevención: Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, pp. 314-315.

²³⁶³ Luzón Peña, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, pp. 24 y ss., y *passim*. Luzón Peña señala que esto podría dar lugar a una confusión entre los esquemas valorativos de la sociedad y de los ciudadanos. En este mismo sentido, Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 152 y ss.

²³⁶⁴ Argumenta al respecto Navarro Frías, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, pp. 26-27.

²³⁶⁵ Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, pp. 311-312. En este sentido, Silva Sánchez considera que “el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, o al menos algunos aspectos del mismo, resultan ser también consecuencias ineludibles de un análisis de coste-beneficio”, en “Eficiencia y Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 49, No. 1, 1996 p. 122.

²³⁶⁶ Lascuráin señala que son estos costes extraordinarios de la norma añadidos a los de la pena los que hacen que la injuria o la calumnia tengan una sanción muy inferior a la que demarcaría la sola garantía de su proporción con el desvalor de hecho. Lascuráin Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 310. En este sentido, también: Prieto del Pino, A., “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, pp. 286 y ss.

²³⁶⁷ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 241.

²³⁶⁸ Mir Puig, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, pp. 1366 y ss.

necesidad de limitar la violencia punitiva estatal sólo puede resolverse en términos de optimización de libertad, cuando los beneficios que reporta la intervención estatal en términos de libertad son mayores que los costos que de ella derivan.²³⁶⁹

3.2 ¿Existe un principio de proporcionalidad invertido o inverso?

Es frecuente la afirmación de que el principio de proporcionalidad actúa como límite máximo pero no como límite mínimo de la pena. Silva Sánchez resume bien esta postura: “la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo”.²³⁷⁰ Esto plantea la siguiente cuestión: ¿es posible la vulneración del principio de proporcionalidad por el establecimiento de una pena desproporcionadamente baja? Pongamos un ejemplo: ¿sería desproporcionada una norma que rebajara dos grados la pena correspondiente a una agresión sexual si concurriese la circunstancia de arrepentimiento o reparación de la víctima? ¿O una norma que castigase con pena de multa casos graves de corrupción?

Lo que se pone en cuestión aquí no son las instituciones orientadas a la prevención especial como la sustitución o la suspensión, que despliegan sus efectos mayoritariamente cuando se aplica la pena, sino a la configuración de la amenaza de pena en el momento de conminación legal. Existe un amplio consenso sobre que la proporción no *exige*, ni en el ámbito legislativo ni en el judicial, una pena mínima.²³⁷¹ Como señala acertadamente Lascurain Sánchez, si un Estado no protege un determinado bien o derecho, o no lo hace suficientemente, será un Estado incumplidor de su función de garante de las libertades, pero no un Estado vulnerador o menoscabador del bien o derecho.²³⁷²

No obstante, estas consideraciones suelen plantearse desde un prisma que asigna a la categoría de “principios” el exclusivo papel de limitadores del *ius puniendi* estatal. Aunque estemos de acuerdo en que el principio de proporcionalidad despliega sus efectos inhibidores de la acción estatal exclusivamente como límite “hacia arriba”, eso no impide que puedan obtenerse rendimientos también por debajo. El principio de proporcionalidad en sentido amplio es una herramienta relacional que permite evaluar las medidas de las que se sirve el legislador para optimizar la protección de las libertades en una situación en la que se perjudican derechos fundamentales, donde caben varias soluciones y no una sola. Por esa razón se denomina “mandato de optimización”²³⁷³ y suele caracterizarse como la búsqueda del *óptimo de Pareto*. Una situación Pareto-óptima sería aquella en la que no es posible ningún cambio que satisfaga la doble condición de que al menos un individuo salga ganando con él y ninguno salga perdiendo (y es por tanto paretianamente

²³⁶⁹ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 243

²³⁷⁰ Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 259. Así, son frecuentes las afirmaciones de que cabe la imposición de una pena inferior a la proporcionalmente adecuada por razones de prevención. Por ejemplo: Jareño Leal, A. *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Civitas, Madrid, 1994, p. 188.

²³⁷¹ Por todos, Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, p. 89.

²³⁷² Lascurain Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, pp. 316-317.

²³⁷³ Al respecto, Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 105 y ss.; Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

subóptima en el caso contrario).²³⁷⁴

En estos términos, la quiebra del principio de proporcionalidad entendido como “mandato de optimización” no significa que se haya quebrado también el derecho fundamental desproporcionadamente tratado, sino que en una situación concreta se han rebasado unos límites –hacia arriba o hacia abajo– que convierten la intervención en desproporcionada. En otras palabras: la proporción existe o no existe, y si se superan esos límites, el principio no se podrá entender salvaguardado.²³⁷⁵

Otra cuestión distinta es que, como señala De la Mata Barranco, no se castigue para asegurar la proporción sino para lograr otros fines, con el límite de lo que es proporcionado.²³⁷⁶ De esta forma, el principio de proporcionalidad tiene una doble vertiente: como garantía individual del ciudadano y como elemento que contribuye a la racionalidad de las normas penales²³⁷⁷ mediante el establecimiento de una estructura argumentativa que articula y equilibra distintos principios relevantes en el Derecho penal, como el postulado de lesividad, fragmentariedad o subsidiariedad.

Del principio de proporcionalidad, además, pueden obtenerse otros rendimientos en términos de racionalidad legislativa como, por ejemplo, que sea el legislador penal el que describa una conducta de tal manera que sea posible adjudicarle, ya en abstracto, un contenido de gravedad.²³⁷⁸ Además, es preciso que esa gravedad guarde un equilibrio intrasistémico determinado mediante el análisis comparativo con el resto de las figuras del ordenamiento jurídico-penal, según la gravedad de las conductas incriminadas y las penas con que son amenazadas.²³⁷⁹

3.3 ¿En qué medida la exigencia del principio de proporcionalidad apoya la creación de un tipo de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos?

A continuación, vamos a utilizar la estructura analítica del principio de proporcionalidad en sentido amplio como argumento a favor de la creación de un nuevo tipo penal que abarque el contenido del injusto representado por el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos. Siendo conscientes de que la actual política punitiva tiende

²³⁷⁴ La definición está reproducida en Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 447 y ss. El óptimo de Pareto es un criterio de eficiencia procedente de la economía del bienestar, y que se ha aplicado a otras ramas de las ciencias sociales.

²³⁷⁵ De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 203, Navarro Frías, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, p. 16.

²³⁷⁶ De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 203.

²³⁷⁷ Navarro Frías, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, p. 16.

²³⁷⁸ Lascuráin Sánchez, J. A., “La proporcionalidad de la norma penal”, p. 178

²³⁷⁹ Ossadón Widow, M. M., *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, p. 486. De esta manera, sostiene, pueden corregirse la insuficiencia del juicio de proporcionalidad abstracto del legislador en sede judicial al aplicar la pena concreta. En caso de que el tipo, por su indeterminación, dé cabida a conductas de muy diversa gravedad, Ossadón Widow propone una medida correctiva: cuanto mayor sea la indeterminación del supuesto de hecho de la norma penal –dando cabida en su interior a conductas de muy diversa gravedad–, mayor debería ser el marco punitivo. Ver pp. 485-486

a utilizarse de forma populista,²³⁸⁰ el objetivo de este apartado es acreditar que la propuesta de *lege ferenda* se asienta sobre una base racionalizada donde se han tenido en cuenta y se han ponderado adecuadamente los principios legitimadores del Derecho penal (fines de prevención de delitos y de minimización de la violencia penal).²³⁸¹ Existen otras construcciones sólidas sobre racionalidad legislativa en el ámbito penal,²³⁸² pero en este trabajo se ha considerado que la utilización de este esquema por parte de tribunales constitucionales de otros Estados democráticos, incluido el nuestro, convierten este principio en una vía particularmente prometedora en la teoría de la legislación.²³⁸³

Al ser el principio de proporcionalidad un concepto relacional,²³⁸⁴ las figuras de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados deben ponerse en relación con los delitos de imposición de condiciones laborales ilícitas a nacionales o extranjeros de los artículos 311.1º y 312.2 *in fine*, el artículo 173 (imposición de tratos inhumanos y degradantes) y los artículos 187.1 y 188 (determinación coactiva a la prostitución). Estos artículos son los que se han aplicado normalmente por la jurisprudencia en los casos de situaciones de explotación laboral extrema que pueden encajar en alguna de las categorías mencionadas –esclavitud, servidumbre o trabajos forzados–.²³⁸⁵ Los marcos punitivos establecidos son los siguientes: entre seis meses a seis años (artículo 311.1º CP); dos a cinco años (artículo 312.2 CP); seis meses a dos años (artículo 173.1 CP); dos a cinco años (artículo 187.1 CP); y dos a cinco años (artículo 188 CP). A primera vista queda patente que existe una desproporción, en términos de pena, respecto al delito de trata de seres

²³⁸⁰ Sobre esto, ver, por todos: Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 11, No. 8, 2009, p. 44, pie de página 129. La crisis de la racionalidad del Derecho penal ha sido ampliamente puesta de manifiesto. Alguna bibliografía seleccionada al respecto: Díez Ripollés, J. L., “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Análisis críticos de la escuela de Frankfurt*, Arroyo Zapatero, L. A./Nieto Martín, A./Neumann, U. (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003; del mismo autor: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 6, No. 3, 2004; Arroyo Zapatero, L. A., “Opinión pública y castigo en España. La manipulación de la política criminal y sus costes sociales”, en *Derecho penal y criminología*, No. 5, 2014, pp. 15 y ss.

²³⁸¹ En este mismo sentido, Mir Puig, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, pp. 1361 y 1362. También: Prieto del Pino, A., “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, p. 278.

²³⁸² Es muy relevante la obra de Díez Ripollés, que traslada la construcción realizada por Atienza en el seno de la teoría general del Derecho sobre racionalidad legislativa para el derecho penal. Ver: Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*; también en *Política Criminal y Derecho Penal*, pp. 193-227. La obra citada de Atienza: *Contribución para una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997. Díez Ripollés desarrolla un modelo que integra cinco niveles (ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal y lingüístico) de racionalidad legislativa para el Derecho penal.

²³⁸³ De la misma opinión Prieto del Pino, A., “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, p. 278. También, ampliamente, Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 326 y ss.

²³⁸⁴ Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp 157 y ss.

²³⁸⁵ Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1255; Pomares Cintas, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, p. 27; López Rodríguez, J./Arrieta Idiakez, F. J., “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 480. Ver también Circular de la Fiscalía 5/2011, pp. 39 y ss.

humanos con fines de “imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad” (artículo 177 bis a) CP), que tiene asignada una pena de cinco a ocho años de prisión. No obstante, es necesario un análisis más profundo para determinar si esta desproporción es relevante y por qué.

3.3.1 Fin legítimo: atentado contra la libertad, la autonomía de la voluntad y la dignidad humana.

Si atendemos a la jurisprudencia constitucional, recordemos que se identificaban como bienes protegibles aquellos que cumplían dos características: que no estuvieran “constitucionalmente proscritos” y que fueran “socialmente relevantes”.²³⁸⁶ Ambos elementos quedan colmados respecto de las normas que prohíben el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos puesto que, como se expuso en el apartado del bien jurídico, las conductas atentatorias de dichas normas tienen la capacidad de lesionar la esfera de la autonomía personal mediante la cosificación y la instrumentalización, atentando contra la dignidad humana y colocando a la persona fuera de la protección del Derecho de forma prolongada. Además, la naturaleza polifacética y compleja de estos fenómenos permite que puedan lesionar o poner en peligro otros bienes jurídicos como la libertad deambulatoria, libertad sexual, derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes, etc.²³⁸⁷ En definitiva, se trata de conductas que cumplen la exigencia de lesividad como criterio básico de legitimación de normas penales.²³⁸⁸

Además, en relación con la relevancia social,²³⁸⁹ es preciso tener en cuenta que esta no sólo deriva de un incremento de la alarma o concienciación social, sino que tiene un reflejo en el plano criminológico tal y como muestran las estadísticas del *Global Slavery Index* –donde se recopilan datos referidos al sometimiento a esclavitud moderna–,²³⁹⁰ y otras estadísticas sobre la trata de donde puede deducirse también que la incidencia de la explotación personal extrema es una realidad social que tiene efectos muy negativos en quienes la padecen.²³⁹¹

²³⁸⁶ De este modo, el poder discrecional del legislador ordinario en la determinación de los contenidos a proteger penalmente sólo encuentra en la Constitución un límite de carácter negativo. Díez Ripollés, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, No. 30, 1997, pp. 16-17. También: Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, pp. 9-10; Terradillos Basoco, J., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 63, 1981, 141-142.

²³⁸⁷ Esta naturaleza polifacética se refleja en los indicadores y los criterios para determinar si ha existido esclavitud o trabajos forzosos. Ver análisis *supra*.

²³⁸⁸ Kierszenbaum, M., “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Revista Lecciones y Ensayos*, Vol. 86, 2009, p. 204; Díez Ripollés, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, p. 12.

²³⁸⁹ Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2002, p. 159; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 260; Arroyo Zapatero, L. A., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 1, 1987, p. 105. p. 97-110.

²³⁹⁰ Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2018*.

²³⁹¹ Ver análisis inicial.

3.3.2 Idoneidad: ¿por qué debe utilizarse el Derecho Penal y no basta con el Derecho administrativo sancionador?

Como indicamos cuando analizábamos el juicio de idoneidad en general, la respuesta a estas preguntas va a adolecer de falta de concreción debido a la ausencia de datos empíricos que prueben la medida en la que el Derecho penal satisface su función preventiva.²³⁹² El juicio de idoneidad, recordemos, lo ha caracterizado el Tribunal Constitucional como la comprobación de la existencia de una “relación de congruencia objetiva [...] que puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido”,²³⁹³ que excluye las medidas que supongan un sacrificio patentemente inidóneo del derecho objeto de limitación. En la práctica es difícil que una norma penal no alcance este reducido estándar mínimo porque se presume la aptitud preventiva del Derecho Penal.²³⁹⁴

No obstante, vamos a ir un paso más allá. Teniendo en cuenta que la consecuencia jurídico-administrativa de carácter sancionador puede expresar la desaprobación del comportamiento y reafirmar la norma,²³⁹⁵ ¿por qué utilizar el Derecho Penal? ¿qué normas necesitan o para ejercer adecuadamente el llamado “control social”, la imposición de una pena?

El primer argumento a favor de la idoneidad del Derecho penal para castigar el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados es bastante obvio: quien puede lo más, puede lo menos.²³⁹⁶ Si el legislador ha considerado que para la protección de los trabajadores frente a la imposición de condiciones ilícitas es necesario utilizar el Derecho penal, es lógico deducir que también lo considerará necesario para un tipo específico de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados que, en principio, va a encajar normalmente en los tipos 311.1º o 312.2 CP. Las formas contemporáneas de esclavitud afectan de una forma especialmente intensa a la autonomía de la voluntad y a la libertad personal de una forma que no contemplan los delitos contra los derechos de los trabajadores.

El segundo argumento tiene que ver con lo que han hecho los países de nuestro en-

²³⁹² Este problema se destaca, en relación con los estudios sobre trata y esclavitud contemporánea en: Weitzer, R., “Human trafficking and contemporary slavery”, *Annual review of sociology*, Vol. 41, 2015, pp. 223-242, y de este mismo autor: “Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation”, pp. 1337-1370.

²³⁹³ STC 60/2010. Es decir, no se exige que sea la medida más eficaz de todas, sino que no resulte indiferente o negativa en relación con el fin legislativo.

²³⁹⁴ Lascurain Sánchez, J. A., “Cuándo penar, cuánto penar”, p. 301, donde señala: “puede pensarse que, en cuanto mal amenazante a través de un aparato estatal creíble en su disposición a cumplir la amenaza, la pena lleva en su seno capacidad preventiva: intimidará a potenciales delincuentes, castigará y hará así innecesario otro castigo informal, transmitirá fácticamente ciertas valoraciones, reforzará el presupuesto y la racionalidad del seguimiento de la prohibición. De hecho, si la resocialización del penado es la única de las funciones básicas de la pena que menciona la Constitución como de obligada persecución es precisamente porque es la única que no es consustancial a la pena”.

²³⁹⁵ Silva Sánchez, J. M., *En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, B de F, Buenos Aires, 2015, p. 65

²³⁹⁶ Del principio jurídico “*qui potest plus, potest minus*”: Jañez Barrio, T., *Lógica Jurídica*, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999, p. 468

torno jurídico. Muchos de ellos han ido incorporando en los últimos años delitos específicos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados,²³⁹⁷ o los han reformado recientemente.²³⁹⁸ Esto apunta –y sin que se tenga que tratar de una situación de alarma social– a la existencia de un consenso cada vez más generalizado de que las formas contemporáneas de esclavitud representan una amenaza actual que es necesario combatir. Este consenso también se observa a nivel internacional y europeo, que apuntan a la necesidad de adoptar acciones colectivas para combatir eficazmente estos fenómenos. Las definiciones adecuadas son fundamentales para una eficiente cooperación interestatal, por la intervención de principios como el de “doble incriminación”.²³⁹⁹

En tercer lugar, porque lo *más* congruente con la finalidad de prevenir estos delitos es crear un tipo específico que, entre otras finalidades, delimite las fronteras de lo que es –y lo que no es– la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados. La prevención general se refuerza con un tipo específico que lance un mensaje claro y directo sobre la gravedad e ilicitud de las formas contemporáneas de esclavitud, cumpliendo así una función pedagógica. Es cierto que se trata fundamentalmente de un juicio pragmático, y que la creación de tipos específicos no ha impedido que el fenómeno perviva o que permanezca infra-perseguido.²⁴⁰⁰ No obstante, esto no hace más que confirmar lo que los estudios criminológicos han demostrado ampliamente: que la tipificación por sí sola no es suficiente y que hay otras magnitudes, como la probabilidad de sanción, que en ocasiones explican mejor el cumplimiento de la norma.²⁴⁰¹ Esto no resta validez a la afirmación de que tipificar un delito es necesario para desencadenar otros elementos que influyen en la prevención y que se encuentran excluidos del ámbito de la norma administrativo-sancionadora, como por ejemplo, la función comunicativa sobre la gravedad de las conductas a través de la sanción, o la inclusión de las víctimas en ciertas categorías –como ocurre con las víctimas de trata de seres humanos– que les permitan acceder a mecanismos de protección para evitar la revictimización.²⁴⁰²

En este sentido, un conjunto creciente de investigaciones empíricas muestra que los fenómenos de trata de seres humanos –que han sido objeto de estudio preponderante– y de esclavitud moderna son mucho más complejos y variados que la imagen propuesta en el discurso dominante e hiperbólico sobre la trata. Esta investigación a nivel micro tiene

²³⁹⁷ Por ejemplo, Reino Unido y Francia.

²³⁹⁸ Entre otros, Alemania e Italia en 2016.

²³⁹⁹ Valverde Cano, A. B., “Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, pp. 21 y ss.

²⁴⁰⁰ Cockayne, J./Grono, N./Panaccione, K., “Introduction”, pp. 253-267; ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences. Thematic Report on Challenges and Lessons in Combating Contemporary Forms of Slavery*, UN Doc. A/HRC/24/43, 1 de julio 2013, pp. 33 y ss.

²⁴⁰¹ Esto se debe a que influyen otros factores de carácter económico, social y político. Bhoola, U./Panaccione, K., “Slavery Crimes and the Mandate of the United Nations Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, 2016, pp. 363 y ss. En general, ver análisis de la caracterización general

²⁴⁰² Estas ideas se encuentran en el trasfondo de la argumentación del TEDH en las sentencias de Siliadin y CN y V, y en CN c. Reino Unido.

importantes implicaciones de política criminal, porque cuando los hallazgos señalan puntos críticos específicos de victimización y revictimización, se pueden utilizar para localizar a los perpetradores y ayudar a las víctimas.²⁴⁰³ A esto se puede responder que no es imprescindible la creación de un tipo específico para diseñar herramientas de prevención destinadas a combatir un cierto tipo de criminalidad.

No obstante, vamos a poner el ejemplo de un país que ha diseñado una estrategia específica para combatir las formas contemporáneas de esclavitud –empezando por una ley que las define–, donde se han efectuado progresos tangibles: Reino Unido. En el Informe Anual de 2019 sobre esclavitud²⁴⁰⁴ se relatan las medidas adoptadas para combatir lo que denominan “esclavitud moderna” y, en general, se ha producido una mejora generalizada en los distintos ámbitos, como en prevención, protección y persecución.

Aunque debe reconocerse la utilidad limitada de mencionar datos aislados, algunos de ellos son reveladores y apuntan en la dirección de “buenas prácticas”: por ejemplo, el incremento del 36% en el número de víctimas potenciales identificadas en 2018 (6.985) respecto a 2017 (5.138),²⁴⁰⁵ o respecto al número de condenas por delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, que antes de la entrada en vigor de la *Modern Slavery Act* 2015 eran de 24 (2016), 11 (2017) y 16 (2018); y después de 1 (2016), 73 (2017); y 55 (2018).²⁴⁰⁶ En definitiva, la delimitación de las fronteras de cada uno de los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados respecto de la imposición de condiciones laborales ilícitas puede tener efectos en el incremento de la persecución de los delincuentes de esta modalidad delictiva, dificultando su impunidad.

3.3.3 Necesidad: la protección frente al sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados no puede obtenerse de manera menos gravosa.

En este peldaño del análisis de proporcionalidad se compara la medida propuesta y las alternativas en base a la eficacia y carga impuesta en relación con el fin perseguido. De esta forma se comprueba que ganamos más con la norma que con lo que ganaríamos

²⁴⁰³ Además, como se ha descrito en la primera parte sobre conceptos, las experiencias de migración, trata de seres humanos y explotación laboral extrema varían mucho en función del tiempo, el lugar, y las redes sociales de las que participe una persona. Las relaciones entre los migrantes, los intermediarios y los empleadores van desde el abuso físico y psicológico extremo y la explotación económica severa –que puede tratarse de esclavitud o condiciones análogas a la esclavitud– a acuerdos plenamente consensuados y de colaboración entre las partes. Ver Weitzer, R., “Human Trafficking and Contemporary Slavery”, pp. 223 y ss.

²⁴⁰⁴ Modern Slavery Unit, 2019 *UK Annual Report on Modern Slavery*, octubre 2019: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840059/Modern_Slavery_Report_2019.pdf [último acceso: 29/01/2020].

²⁴⁰⁵ Estas víctimas fueron remitidas al Mecanismo de Referencia Nacional (MRN). Estas 6.985 remisiones comprendían 2.724 mujeres (39%) y 4.257 hombres (61%), y 4 (<1%) se registraron como transgénero. El número de remisiones ha aumentado cada año desde que se introdujo el MRN en 2009. Como señala el informe, el aumento de las remisiones es probable que sea indicativo de un mayor conocimiento del MRN y de la mejora de la actividad policial. *Ibid.*, p. 8.

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 52. Es preciso tener en cuenta el principio de legalidad, por lo que la ley aplicable es la que estaba en vigor en el momento de la comisión de los hechos.

con cualquier otra con la misma finalidad.²⁴⁰⁷

Como indicábamos anteriormente, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad proyectan su sombra con claridad en esta fase del análisis. Desde esta óptica se afirma que, ante ataques poco importantes o menos peligrosos a un bien jurídico, bastan medidas menos graves para el ciudadano. En sentido contrario, la mayor afectación de derechos de la medida legislativa en relación con el medio alternativo presupone un mayor saldo de derechos fundamentales cuyo pago se pretende evitar. Como analizamos anteriormente, esta comparación debe realizarse mediante una evaluación *global* de sus costes y de sus beneficios.

Las medidas que vamos a comparar son, por un lado, la creación de un tipo de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados y, por otro, los delitos ya existentes de imposición de condiciones laborales ilícitas (artículos 311.1º y 312.2 CP) y de trato degradante (artículo 173.1 CP). Vamos a suponer que, dada la naturaleza penal de todas las medidas analizadas, todas son aptas en abstracto para producir un efecto preventivo. No obstante, de nada valdría esta comparación si no se pone en relación con el fin que se pretende obtener. Para esto, es imprescindible determinar el ámbito de actuación de la medida alternativa. En caso de que abarque todos los elementos de la medida propuesta (delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados), se podrán comparar las sanciones.²⁴⁰⁸ A continuación, vamos a definir el ámbito de aplicación de cada uno de los artículos:

A) Artículo 311.1º CP: imposición de condiciones laborales o de seguridad social ilegales a trabajadores en situación administrativa regular.

Artículo 311.1º CP: Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1º. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. [...] 4º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

Se trata de una conducta dolosa que puede realizar cualquier persona que tenga trabajadores “a su servicio”,²⁴⁰⁹ que debe interpretarse como aquella que ostente un poder efec-

²⁴⁰⁷ El Tribunal Constitucional se ha limitado a comprobar que no se produzca “un derroche inútil de coacción” o un “sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza. SSTC 55/1996, FJ 9; 136/1999, FJ 23.

²⁴⁰⁸ Al respecto, Von Hirsch, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 45 y ss, 71 y ss.

²⁴⁰⁹ Esta redacción ha hecho que algunos autores consideren que nos encontramos ante un delito especial propio que únicamente puede realizarse por el empresario, entendiéndose por tal las personas físicas y jurídicas o comunidades de bienes que revivan la prestación de servicios por parte de trabajadores por cuenta ajena: Zárata Conde, A. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 548 y ss.; Manzanares Samaniego, J. L., *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016, p. 1084

tivo e idóneo de resolución a efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas “a posteriori”.²⁴¹⁰ En cuanto al sujeto pasivo, a pesar de que el tipo se refiera a “trabajadores”, tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado que se refiere a aquellas personas que prestan servicios a otras, en sentido amplio,²⁴¹¹ y siempre que sean trabajadores españoles, nacionales de Estados miembro de la UE, aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, o extranjeros con autorización administrativa para trabajar (en caso contrario, será de aplicación el artículo 312.2 *in fine* CP).

La conducta típica consiste en “imponer” unas condiciones laborales o de Seguridad Social que “perjudican, suprimen o restringen los derechos” reconocidos en las leyes, convenios colectivos o contrato individual. Respecto al significado de “imponer”, ha de entenderse como la existencia de una situación que “suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados”.²⁴¹² Esta supresión deriva de la utilización de los medios específicamente previstos en el tipo para ser relevante jurídico-penalmente, es decir, ha de realizarse mediante engaño o mediante abuso de situación de necesidad.²⁴¹³ En caso de que las condiciones laborales ilícitas se impongan empleando violencia o intimidación, sería de aplicación el subtipo artículo 311.4º CP.²⁴¹⁴

En relación con el engaño, la interpretación que ha prevalecido es la que la ha identificado con una “maquinación fraudulenta”,²⁴¹⁵ o como cualquier “procedimiento, manobra o estrategia idóneos para originar un error en el trabajador sobre las condiciones que se adoptan, de tal manera que no alcance a comprender su significado o trascendencia perjudicial para los derechos que tenga reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.²⁴¹⁶ En cuanto al abuso de situación de necesidad, la

²⁴¹⁰ En este sentido: Pomares, Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 63; Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 1144; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 33-34; Lascuráin Sánchez, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Ediciones de la Universidad Autónoma, Madrid, 1994, pp. 440 y ss.; Arroyo Zapatero, L. A., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, No. 15, 1983, pp. 359 y ss.; Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 36; Morillas Cueva, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 833-834

²⁴¹¹ Pomares, Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 62 (y las sentencias citadas); Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 31. Si no fuera así, las personas más desprotegidas cargarían también con las consecuencias de la desprotección.

²⁴¹² STS 247/2017, FJ 5

²⁴¹³ Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 1145.

²⁴¹⁴ Algún sector de la doctrina se refiere a que nos encontramos ante algo más que un subtipo agravado, sino a un auténtico tipo autónomo consistente en la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales utilizando violencia o intimidación, y que el hecho de que la conminación legal se opere sobre la base de la contenida en el delito número 1 del mismo precepto, no convierte la figura en un mero subtipo agravado. *Ibid.*, p. 1153.

²⁴¹⁵ SAP de cuenca 123/2015, de 14 de julio; y SAP Málaga, 116/2015, de 19 de marzo.

²⁴¹⁶ Pomares, Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 70, donde señala que es más amplio que el engaño de la estafa; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 51; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, p. 342; Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los*

jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido que “debe tener más consistencia que la derivada de la insita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, [...] pero en modo alguno la situación de necesidad puede equipararse –como se dice por el recurrente– con la eximente de igual nombre del art. 20.4º CP que actúa como causa de justificación que hace desaparecer la ilicitud penal. Se trata de dos expedientes de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas”.²⁴¹⁷ No obstante, tras hacer esa aclaración, poco dice sobre las condiciones concretas que deben producirse, más allá de que “habrá de analizarse caso por caso, ya que esta situación de abuso de necesidad puede revestir múltiples variantes”.²⁴¹⁸

El Tribunal Supremo también ha realizado dos precisiones relevantes en torno al concepto de situación de necesidad: en primer lugar, se refirió a “la magnitud del segmento social en el que cabe ubicar a los que se encuentren en similares condiciones, de suerte que a más generalización de tal situación menos justificación de la relevancia penal por incidencia de esta en el comportamiento analizado”. Y, en segundo lugar, a que cabe “excluir su concurrencia si el sujeto que la padece no está alejado de recursos que le permitan sustraerse a la actuación del sujeto activo al imponer las condiciones de trabajo, y, entre ellos, el acceso a la tutela judicial”.²⁴¹⁹ En definitiva, debe tratarse de una situación específica y concreta del sujeto pasivo, que puede derivar de su situación personal – como por ejemplo, por su edad o por una discapacidad física²⁴²⁰ o de la del concreto segmento laboral en que se encuadre,²⁴²¹ y no únicamente de la desigualdad inherente a la relación laboral.²⁴²² Cuando las condiciones irregulares se impongan mediante violencia o intimidación, se aplicará la pena superior en grado (seis años y un día a nueve años). La violencia o intimidación debe ser idónea para doblegar la voluntad del trabajador y obligarlo a aceptar dicha situación ilícita.²⁴²³ La pena permite graduar la gravedad del medio utilizado y la afectación de la capacidad de autodeterminación del trabajador.

Sobre las condiciones laborales que cabe imponer, son todas aquellas que tienen que ver con la relación laboral, que lesionan de alguna manera los derechos *reconocidos* al

derechos de los trabajadores y la Seguridad Social, p. 41; En la sentencia 494/2016, se señala que “El engaño, aunque se acote con exigencias menores que la establecidas para el característico de las defraudaciones patrimoniales, supone la utilización de algún ardid que lleve al empleado a asumir la prestación de su trabajo en condiciones que, de no mediar aquél, no habría aceptado”-

²⁴¹⁷ STS 247/2017

²⁴¹⁸ *Ibid.*, en el FJ 5.

²⁴¹⁹ STS 494/2016. También se había referido a la equiparación del estado de necesidad eximente con el abuso de situación de necesidad. No obstante, la STS 247/2017 es clara en su afirmación de que se trata de instituciones distintas

²⁴²⁰ SAP Asturias, Sección 8ª, 234/2005, de 9 de noviembre.

²⁴²¹ Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, 1146; Pérez Manzano, Navarro, Martínez-Buján, Bajo y Bacigalupo

²⁴²² Pomares, Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 74; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 330; Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, p. 42; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, pp. 358 y ss. Este criterio se aplica en las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Sección 3ª, 85/2002, de 14 de marzo, y Cantabria, Sección 1ª, 14/2002, de 14 de junio.

²⁴²³ Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 893.

trabajador en disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual –remisión a una norma extrapenal–.²⁴²⁴ Deben tratarse de conductas de cierta entidad o relevancia, dotadas de una antijuridicidad material que actúe como criterio diferenciador respecto de los meros ilícitos administrativos.²⁴²⁵ La exigencia de esta antijuridicidad material queda desvirtuada con la referencia a los derechos reconocidos en un contrato individual, lo que ha llevado a que la doctrina tenga una posición muy crítica al respecto.²⁴²⁶

En relación con su consumación, se trata de un delito de resultado cortado que se consuma con la privación o limitación de los derechos reconocidos,²⁴²⁷ no exigiéndose perjuicio alguno que de existir constituiría el agotamiento del delito.²⁴²⁸ Es decir, se consuma “desde el momento en que las condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador comienzan a vincular a éste”.²⁴²⁹

B) Artículo 312.2 CP: imposición de condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores en situación administrativa irregular.

Artículo 312.2: Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que [...] recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

El artículo 312.2 CP establece dos conductas muy diferentes entre sí. La que a nosotros nos interesa es la que se detalla en la última parte, redactada de manera muy similar al artículo 311.1º CP: el empleo de migrantes irregulares en condiciones laborales ilícitas. Cambian el sujeto pasivo, la forma de comisión y la pena prevista: se trata de la contratación de migrantes sin permiso de trabajo y que no se encuadran en las categorías definidas en el artículo 311.1º;²⁴³⁰ no requiere el empleo de medios comisivos como el engaño o el abuso de una situación de necesidad;²⁴³¹ y se castiga con una pena de prisión de 2 a 5 años. Por otro lado, la redacción del artículo 312.2 respecto al sujeto activo cambia ligeramente respecto a las del artículo 311.1º: se refiere a “quienes empleen”, en lugar de

²⁴²⁴ Constituyen las fuentes de derechos laborales (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores).

²⁴²⁵ STS 247/2017. En concreto, se ha referido a que “debe de tratarse de violaciones del orden público social que se proyecta sobre la protección de las conclusiones de trabajo o de Seguridad Social”.

²⁴²⁶ Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 1146; Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 890 y ss.

²⁴²⁷ Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, p. 487

²⁴²⁸ STS 247/2017

²⁴²⁹ Pomares, Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 81; Arroyo Zapatero, L. A., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)”, p. 366; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 332; del mismo autor, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 62.

²⁴³⁰ Respecto a la problemática específica surgida en relación con la exigencia típica de la contratación de trabajadores extranjeros “sin permiso de trabajo” ver Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 926 y ss.

²⁴³¹ Aunque cierta jurisprudencia ha interpretado que en esos casos concurre un abuso de situación de necesidad genérica. En esos términos, ver: SAP Tenerife, 2ª, 164/2002, de 15 de febrero, FJ 3; SAP Granada 1ª 163/1999, de 8 de marzo FJ 3.

los que tengan “trabajadores a su servicio”.

Este tipo ha sido muy criticado por la injustificable diferencia entre ambos tipos –por ejemplo, en cuanto a medios comisivos–,²⁴³² lo que ha llevado a una parte de la doctrina a exigir algo más que el mero aprovechamiento de una situación de necesidad genérica.²⁴³³ No obstante, la jurisprudencia, lejos de adoptar una interpretación restrictiva del tipo, lo utiliza siempre que se certifica que el trabajador es un inmigrante irregular.²⁴³⁴

Respecto a la conducta típica, debe desarrollarse no sólo “sin permiso de trabajo”, sino también en condiciones ilícitas perjudiciales para sus derechos. Deben ser unas condiciones “notoriamente perjudiciales” para el trabajador,²⁴³⁵ de modo que la intervención penal se justifica por la mayor lesividad que la infracción de normas laborales conlleva para el bien jurídico protegido.²⁴³⁶ Cuando la imposición de esas condiciones fuera por medio de violencia o intimidación se podría acudir a un concurso con un delito de amenazas o coacciones.²⁴³⁷

Es preciso aclarar dos aspectos en relación con los artículos 311.1º y 312.2 CP. Por un lado, en cuanto a la relevancia del consentimiento prestado por el trabajador, en ambos casos se considera irrelevante. En el primer caso, por encontrarse viciado,²⁴³⁸ y en el segundo caso, por tratarse de la violación de disposiciones de carácter necesario.²⁴³⁹ Por otro lado, sobre la aplicación de concursos cuando son varios los trabajadores obligados a soportar condiciones ilícitas perjudiciales, se ha defendido que se aplique un solo delito

²⁴³² Pomares Cintas lo relaciona con el desvalor que representa la contratación ilícita del trabajador extranjero, porque si no, no tendría sentido que castigara con más pena por una supuesta situación de necesidad implícita que el propio Estado crea. Ver: Pomares Cintas, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 925-926

²⁴³³ En este sentido, Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 1159, Morillas Cueva, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 838; Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, p. 490.

²⁴³⁴ Sobre la aplicación de este delito, ver SSTS 1106/2009 y 348/2017. Además, como señalan Pomares Cintas, Morillas Cueva, García Arán y Muñoz Conde, esto sería contrario al principio de legalidad.

²⁴³⁵ STS 525/2012, FJ 7.

²⁴³⁶ STS 348/2017, FJ 3.

²⁴³⁷ Villacampa Estiarte, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 1159. En sentido contrario Hortal Ibarra, que sugiere la concurrencia de un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad en favor de la conducta prevista en el artículo 312 in fine cuando medie violencia o intimidación en la imposición de las condiciones laborales perjudiciales: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios al Código Penal*, Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1111-1112

²⁴³⁸ Morillas Cueva, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, pp. 838 y 839. En este sentido, señala que algunos autores mantienen que el libre consentimiento del trabajador aceptando unas condiciones desfavorables convierte la conducta en atípica.

²⁴³⁹ Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, p. 494. De hecho, el TS reconoce la irrelevancia del consentimiento cuando afirma que se trata de una relación laboral –que está basada en un contrato y, por tanto, en el consentimiento–: “ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal. Un contrato de trabajo que tendría cabida en el art. 1. 1º del Estatuto de los Trabajadores; es indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas”. No obstante, el TS también ha estimado que es indiferente que dicha relación sea lícita o viciada de nulidad como ocurre con las relaciones consentidas de prostitución o las actividades de alterne (SSTS 378/2011; 308/2010; 1360/2009; 221/2005, 438/2004, 995/2000)

con independencia del número de trabajadores implicados, justificándolo por la naturaleza colectiva del bien jurídico.²⁴⁴⁰ Esto no puede sostenerse, entre otras razones, por motivos político criminales,²⁴⁴¹ que aconsejan la aplicación de un concurso real.

C) Artículo 173.1 CP: tratos degradantes

Artículo 173: El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años

Se trata de un delito que requiere la concurrencia de un elemento medial –infligir a una persona un trato degradante– que tenga el resultado de menoscabar gravemente su integridad moral. Esto quiere decir que, en principio, tienen cabida todas las conductas aptas para lesionar de forma grave el bien jurídico –ya sea un único acto grave o actos reiterados en el tiempo²⁴⁴²–, lo que ha dado lugar a una casuística muy diversa en los Tribunales.²⁴⁴³ Con este delito se deslinda la protección de la integridad moral de otras realidades independientes que pueden afectar a la integridad física o psíquica, e instituye un espacio de protección propio.²⁴⁴⁴

El Tribunal Supremo, en un sentido similar al Tribunal Constitucional,²⁴⁴⁵ ha interpretado que se causa un trato degradante a otra persona cuando se le producen, por acción u omisión, con cualquier fin,²⁴⁴⁶ padecimientos físicos o psíquicos *que de forma grave la vejan, la envilecen o la cosifican*, ante sí mismo o ante los demás, *produciendo un sentimiento de humillación*.²⁴⁴⁷ Así configurado, el trato debe consistir en una intervención

²⁴⁴⁰ Hortal Ibarra, J. C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, p.1112.

²⁴⁴¹ En este sentido, Baylos Grau, Terradillos Basoco, Ortubay Fuentes, Pomares Cintas, p. 895

²⁴⁴² STS 10 octubre 2008, Cuerda Arnau, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, p. 179; Gómez Navajas, J., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, p. 86

²⁴⁴³ Al respecto, ver Felip i Savorit, D./Ragués i Vallés, R., en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., Silva Sánchez, J. M., Atelier, Barcelona, 2019, pp. 116 y ss. Morillas Cueva pone de manifiesto que esto puede vulnerar el principio de taxatividad, Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal, Parte General*, p. 184. Esto ha provocado que una parte de la doctrina llame la atención de los riesgos que se plantean desde el punto de vista del principio de legalidad. Especialmente, ver: Lascuraín, J. A., en *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo, G., (dir.), Madrid, 1997, p. 504

²⁴⁴⁴ Ver, entre otras, las: SSTS de 10 de octubre de 2008; 31 de enero de 2007; 22 de febrero de 2005. García Arán, M., “La protección penal de la integridad moral”, pp. 1241 y ss.

²⁴⁴⁵ Ver análisis del bien jurídico.

²⁴⁴⁶ Esto a diferencia del TC, que en ocasiones ha parecido indicar que el fin debe ser el doblegamiento de la voluntad, como en la STC 137/1990. Al respecto, especialmente: De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”,

²⁴⁴⁷ La STS 196/2017 FJ 7 ha indicado que el adjetivo “degradante” del artículo 173.1 “equivale a humillar, rebajar o envilecer, en este caso a la persona sujeto pasivo del delito, consistiendo por tanto en desconocer el valor que el ser humano tiene como tal por el hecho de serlo, donde caben las más variadas manifestaciones de desprecio, humillación, envilecimiento o cualquier otra análoga que desconozca lo primero. Sin embargo, para que la conducta sea típica dicho trato tiene que menoscabar, disminuir o afectar la integridad moral de la víctima. El sintagma integridad moral, que debe distinguirse de la física e incluso de la psíquica, tiene que ver con las cualidades inherentes a la persona como tal y por ello inviolables sin que sea posible reducirla en su conjunto (integridad). [...] La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa “cosificarlo”, circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad

sobre el sujeto pasivo que tenga un efecto inmediato sobre su esfera corporal, que puede provenir de una agresión física, de la sumisión de la víctima a ciertas condiciones o de obligarla a hacer determinadas conductas.²⁴⁴⁸ En definitiva, se trata de un tipo residual o de acogida, que abarca tanto los tratos degradantes como los tratos inhumanos –en el sentido de mayor gravedad en el que ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos–,²⁴⁴⁹ porque si el tipo es capaz de abarcar lo menos, también debe abarcar lo más.

Una vez delimitado el ámbito de los delitos que serían aplicables con la actual redacción del Código Penal, debemos analizar si abarcan la totalidad del injusto de todas las formas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados que se han definido en este trabajo. Junto con este análisis de idoneidad debe realizarse el balance global de los beneficios y perjuicios en términos de derechos que genera dicha opción en relación con el fin perseguido. Si resulta que las medidas ya previstas tienen el mismo grado de eficacia y son menos lesivas en términos de derechos en relación con la finalidad de evitar actos que suponen, en mayor o menor medida, la cosificación o instrumentalización de la persona mediante el ejercicio de un control que puede llegar a ser equiparable al que uno ejerce sobre sus cosas, no podrá afirmarse que la creación de un tipo específico sea *necesaria* desde el punto de vista de la proporcionalidad. Es preciso tener en cuenta que la creación de un tipo de estas características únicamente podrá ser declarada inconstitucional por incurrir en desproporción cuando suponga un “derroche inútil de coacción” o cuando la medida alternativa sea “palmariamente de menor intensidad coactiva para los ciudadanos y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada”, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Con la regulación actual tendríamos dos opciones: o bien aplicar exclusivamente el artículo 173.1 CP si no se ha producido la exacción de trabajo en condiciones ilegales o si no se ha podido demostrar otro delito (por ejemplo, de amenazas o contra la integridad física); o bien aplicar el artículo 173.1 CP en concurso con otros delitos, normalmente los artículos 311.1º o 312.2 si se produce explotación laboral. A continuación, vamos a explicar la inidoneidad de estas opciones desde las siguientes perspectivas: en primer lugar, desde el punto de vista de la tipificación, porque no engloban todo el contenido del injusto; en segundo lugar, por su régimen punitivo; y, en tercer lugar, porque no se realiza adecuadamente la labor comunicativa del Derecho penal.

humana”. Además, STS 294/2003, de 16 de abril, ha explicitado los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral: a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico. c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso. Ver también la SAP A Coruña, 473/2016 de 29 julio

²⁴⁴⁸ Tamarit Sumalla, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, p. 237

²⁴⁴⁹ El TEDH ha interpretado el artículo del CEDH que recoge la prohibición de las torturas y los tratos inhumanos y degradantes en el sentido de distinta intensidad en el sufrimiento: mientras que los tratos degradantes serían las conductas que implican una menor intensidad en el sufrimiento, esta intensidad iría aumentando hasta llegar a la tortura. Ver especialmente *Irlanda c. Reino Unido* y *Soering c. Reino Unido*.

i. Esclavitud

La conducta de sometimiento a esclavitud, definida como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”, traslada nociones de la teoría general de la propiedad y la posesión, especialmente en lo que respecta al control y a los atributos del derecho de propiedad. En el análisis de la primera parte vimos que esta definición no tenía por qué ser un concepto técnico y limitado a situaciones de esclavitud legal, sino que también era aplicable en las relaciones fácticas entre personas, siempre que se dieran otras circunstancias.

Estas circunstancias son los “atributos del derecho de la propiedad”, que se identifican, por regla general, con las facultades que asisten a un propietario respecto de su cosa: la posesión, administración, transmisión, disposición, etc. Evidentemente, puesto que estos atributos no pueden practicarse legalmente respecto a las personas, deberemos buscar elementos lo suficientemente análogos que nos permitan afirmar que se están ejerciendo en la práctica. Su ejercicio aislado, no obstante, no es lo único determinante. Esto se debe a que el injusto reside, de una manera más comprehensiva, en la naturaleza de la esclavitud como una relación de control que equivale a la posesión. Y es este sustrato de control el que permite que se ejerzan, en mayor o menor medida, los comportamientos relacionados con los atributos del derecho de propiedad. La sentencia *Kunarac* del TPIY introdujo una serie de “indicadores” para afirmar la existencia de esta relación de control, que luego se extenderían en la jurisprudencia de otros Tribunales Internacionales:

- Restricción o control de la autonomía de un individuo, de su libertad de elección o de movimiento, incluida la detención o cautiverio, incluida la adopción de medidas para impedir o disuadir la fuga;
- Ausencia de consentimiento o libre voluntad de la víctima, o su irrelevancia por existir, por ejemplo, amenaza, uso de fuerza u otras formas de coerción, miedo a la violencia, engaño o falsas promesas, abuso de poder, posición de vulnerabilidad de la víctima, detención o cautividad, opresión psicológica o determinadas condiciones socioeconómicas;
- Existencia de explotación, exacción de trabajos o servicios forzosos u obligatorios, a menudo sin remuneración y que suelen implicar -aunque no necesariamente- privaciones físicas, tratos crueles, abusos, control de la sexualidad y trata de personas. Es decir, la obtención de un provecho por parte del perpetrador;
- La “adquisición” o “disposición” de alguien a cambio de una compensación monetaria o de otro tipo;
- La duración del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, aunque su importancia en un caso determinado dependerá de la existencia de otras indicaciones de esclavitud. El Tribunal aclara que detener a alguien o mantenerlo en cautiverio, sin más, por lo general no constituye esclavitud

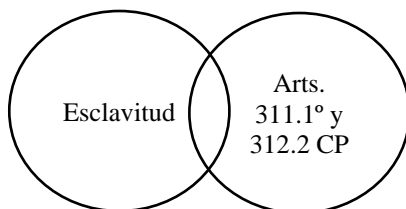
— Afirmación de exclusividad.²⁴⁵⁰

a' Tipificación

a'' Delitos contra los derechos de los trabajadores

Tal y como se ha caracterizado la conducta de sometimiento a esclavitud, resulta evidente que los artículos 311.1º y 312.2 CP no pueden abarcar todas las modalidades a través de las cuales se manifiesta esta forma de control extremo. La razón es sencilla: los artículos contra los derechos de los trabajadores se aplican cuando se imponen *condiciones laborales* ilícitas, mientras que la conducta de someter a una persona a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso supone la imposición de una *condición personal* (de esclavo, siervo o trabajador) en la que el control es más o menos intenso y que afecta a distintas esferas vitales de la persona.

Es decir, en el primer caso se emplean unos medios (violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad –únicamente para los trabajadores que no estén en situación administrativa irregular, porque cuando así sea no se requerirá ningún medio específico–) con el objetivo de obtener el resultado de explotar al trabajador en el ámbito laboral. En el segundo caso se engloban situaciones que, aunque también pueden garantizarse a través de dichos medios (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de vulnerabilidad, etc.), producen un resultado distinto: el de completa sumisión. Esta condición permite explotar a la persona en distintos ámbitos de su vida y no sólo en el laboral: puede afectar la libertad sexual, la libertad deambulatoria, a su integridad física, psíquica, moral, etc. Se trata de fenómenos que distan de ser homogéneos y que dependen de las dinámicas del lugar y de las circunstancias personales –básicamente, mayor o menor vulnerabilidad– de la persona sometida.²⁴⁵¹ Por ejemplo, una situación de esclavitud puede manifestarse a través de la venta de una persona, de la transmisión mediante herencia, o de forzarla a ser una esclava doméstica a través de un “matrimonio” (*bush wives*).²⁴⁵² Por tanto, hay una relación de círculos secantes que coinciden en lo relativo a la explotación laboral que quedará cubierta con los artículos 311.1º y 312.2 CP, pero que no alcanza al extremo de explotación *personal*.



b'' Delito de tratos degradantes

²⁴⁵⁰ Esta enumeración es adoptada por el TPIY en *Kunarac* (SPI), párr. 542 y confirmada en apelación, párr. 119, y es frecuentemente utilizada tanto por los tribunales penales internacionales como por los tribunales internacionales de derechos humanos.

²⁴⁵¹ Weitzer, R., “Human trafficking and contemporary slavery”, pp. 223 y ss.

²⁴⁵² Ver primera parte. Las “esposas rebeldes” es un fenómeno que se dio en la guerra civil de Sierra Leona que en realidad suponía una práctica de esclavitud encubierta.

En ciertos casos puede argumentarse la posibilidad de aplicar un concurso ideal con el delito de tratos degradantes del artículo 173.1 CP, puesto que se trata de conductas de forma grave vejan, envilecen o *cosifican* a la persona, ante sí misma o ante los demás, produciendo un sentimiento de humillación. Lo que se protege es su integridad moral y lo que se pretende impedir es que se trate a una persona como un medio y no como un fin en sí mismo, afectando de esta forma a su dignidad e inviolabilidad como persona.²⁴⁵³ Así, el artículo 173.1 CP fue el que se aplicó por la jurisprudencia española en un caso en el que dos sujetos se dedicaban a reclutar a personas con discapacidad o con alguna enfermedad mental para que realizasen trabajos para ellos. Según los hechos probados, cuando una de las víctimas aceptó el trabajo:

[...] se vio obligado a trabajar para Fernando en su casa, en las ferias o en la recogida de cartones, sin recibir a cambio ninguna remuneración, llegando a ser golpeado por Fernando para mantener su situación de dominio sobre él y evitar que se pudiese marchar. Así en fecha no determinada [...] Fernando golpeó en la cabeza a Constantino, causándole una herida en el cuero cabelludo con un anillo que portaba en una de sus manos [...]. Y unos días después Constantino fue golpeado con un palo por Fernando en la zona lumbar, sin que conste que le causase heridas por ello, pero sí un fuerte dolor. [...] Cuando Constantino estaba auxiliando a Fernando en la recogida de cartón, se le aproximó una patrulla de la Policía Local, cuyos integrantes se entrevistaron de manera reservada con Constantino, quien les relató su situación, por lo que los agentes, [...], le consiguieron un alojamiento provisional en una pensión de esta ciudad, decidiendo posteriormente Constantino regresar a su domicilio en la localidad de Malpica. Y en esta situación [...], Fernando, acompañado por Herminio, se personó nuevamente en la localidad de Malpica, diciéndole ambos a Constantino que tenía que irse con ellos, a lo que Constantino accedió ante el temor a ser agredido si no lo hacía, pasando [...] a trabajar ahora bajo las órdenes de Herminio, en una situación similar a la anterior. En este periodo de tiempo Constantino llegó a ejercer la mendicidad, viéndose obligado a entregar a Fernando casi la totalidad de lo que conseguía recaudar.²⁴⁵⁴

También se relatan duchas de agua fría con mangueras, despojo de ropas, sometimiento a dormir en la caja de un camión, o insultos. Partiendo de estos hechos, para el Tribunal Supremo quedaba evidenciado que los acusados habían creado en sus víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y, en definitiva, de quebrantar gravemente su integridad moral.

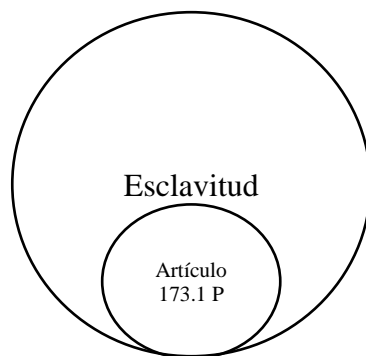
No obstante, este delito contra la integridad moral no refleja todo el contenido del injusto de una situación de total sumisión como en la que se encontraba la víctima de los hechos descritos. Esto se debe que la protección de la integridad moral que se pretende garantizar se proyecta sobre conductas idóneas para producir sentimientos de humillación

²⁴⁵³ STS 196/2017 FJ 7.

²⁴⁵⁴ Ibid.

y envejecimiento,²⁴⁵⁵ pero no requiere, como en la esclavitud, la afección de la esfera de autonomía que supone la completa instrumentalización y dominación. Algunas acciones que forman parte de una conducta de sometimiento a esclavitud, si las examináramos individualmente, serían constitutivas de un delito contra la integridad moral (por ejemplo, las duchas de agua fría con mangueras, el despojo de ropas, o la obligación de dormir en la caja de un camión). Pero lo relevante es que se producen en un contexto en el que la persona no puede escapar porque, como relatan los hechos, se encuentra amenazada y sufre maltrato físico recurrente para mantenerla sometida y que no escape de esa situación, y además se que impide que la persona se determine en casi todos los ámbitos de su vida.

En definitiva, se trata de un delito complejo que afecta a varias esferas de la persona y no sólo a su integridad moral, lo que implica que una situación de sometimiento a esclavitud siempre va a conllevar la “cosificación” de la persona y la afección de su integridad moral, pero no ocurre lo mismo en sentido contrario. Esto se confirma, además, con la escasa pena –para un delito de esclavitud– prevista para el delito de tratos degradantes: de 6 meses a 2 años, que contrasta con la pena de 5 a 8 años prevista para el delito de trata de seres humanos con fines de esclavitud. Por tanto, en este caso la relación es de círculos concéntricos de tal modo que el trato degradante forma parte de la esclavitud, pero no es suficiente con él para aprehender el total contenido de injusto de las formas contemporáneas de esclavitud, que es mucho más amplio.



c'' Delitos de prostitución coactiva

A continuación, es preciso realizar algunas consideraciones sobre otro delito que puede solaparse con la esclavitud: la prostitución coactiva de personas adultas del artículo

²⁴⁵⁵ Ejemplos en Felip i Savorit, D./Ragués i Vallés, R., en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, pp. 116 y ss.: por ejemplo, unos sujetos que desnudaron a un individuo y lo pintaron con *spray* rosa, le cortaron el pelo y le abandonaron en el monte (STS 819/2002); el acusado golpeó a la víctima, la obligó a desnudarse y le hizo comer excrementos y beber orines de perro, provocándole el vómito (STS 612/2005). También se apreció en el caso “Marta del Castillo” por el hecho de mentir repetidamente y negarse a revelar el lugar en que había ocultado el cadáver (STS 62/2013); o en el caso de “Gabriel” porque, de forma intencionada, la acusada vilipendió, humilló y vejó “-en definitiva- cosificar a los padres del pequeño (Menor)”. Entre otras, ver la Sentencia del Tribunal del Jurado 379/2019, de 30 de septiembre de 2019, FJ 4.

187 CP, o de menores en el artículo 188 CP.²⁴⁵⁶ Estos delitos son aplicables cuando se impone el ejercicio o el mantenimiento en la prostitución empleando unos determinados medios: violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (artículo 187 CP); o bien cuando se induce, promueve, favorece o facilita la prostitución de un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección (artículo 188 y 188.1 CP cuando se emplean los medios descritos).²⁴⁵⁷

La prostitución coactiva está muy vinculada a una de las finalidades de la trata, concretamente el apartado b) del artículo 177 bis CP, que se refiere a la “explotación sexual, incluyendo la pornografía”. Cuando se trate de una situación de esclavitud sexual, no obstante, deberá aplicarse el apartado a) del artículo 177 bis (imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad), porque el adjetivo “sexual” no modifica la verdadera naturaleza de la relación, que es una de dominio.²⁴⁵⁸ En este contexto de “esclavitud sexual”, el delito de prostitución coactiva tampoco abarca todo el contenido del injusto, porque aunque en este caso sí se castiga la imposición de una determinada condición, sigue ciñéndose a una esfera de la persona, y no tiene por qué reflejar la intensidad de la afección al bien jurídico que produce una conducta de sometimiento a esclavitud.²⁴⁵⁹

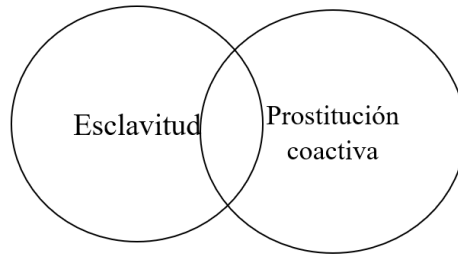
Por tanto, aquí habría nuevamente una relación de círculos secantes, coincidiendo cuando exista dominación sexual, donde imperaría el tipo de la prostitución coactiva, no así cuando no haya dominación personal, donde cobraría pleno ámbito de juego el tipo relativo a la esclavitud o servidumbre.

²⁴⁵⁶ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido que la explotación de la prostitución constituye una situación asimilada a la relación laboral, y que en el marco de este tipo de relaciones pueden ser aplicables los delitos contra los derechos de los trabajadores, porque en este tipo de delitos el Derecho Penal “no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra. De lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección”: SSTS 5/2019, FJ 2; 92/2018, FJ 3; que citan la STS de 12 de abril de 1991, FJ 6. En el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de mayo de 2006 se aclaró que la explotación de prostitución ajena, cuando se asimila materialmente a una relación laboral, se resuelve a través de un concurso real de delitos: el de la prostitución impuesta y el delito laboral del que se trate. Por ejemplo, ver: SSTS 208/2010 y 1106/2009. Ver también: Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, pp. 137 y s

²⁴⁵⁷ Si estos hechos se cometen con violencia o intimidación, se incrementan las penas (art. 188.2 CP).

²⁴⁵⁸ Esto fue lo que se decidió en Charles Taylor por el Tribunal Penal para Sierra Leona. Ver análisis de la primera parte.

²⁴⁵⁹ Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1259, critica resoluciones judiciales como el Auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014 que describe la imposición de servicios sexuales en condiciones inhumanas y prolongadas en el tiempo a una mujer de otro país, o el Auto del mismo Tribunal de 9 de junio de 2016 donde se describe una situación similar en que la víctima “fue presionada por el acusado [...] amenazándola con descubrir a la familia su actividad, con el riesgo de perder a su hija, agredirla o matarla a ella a su hija o con quemar su casa (...). La totalidad del dinero que obtenía ofreciendo sus servicios sexuales la tenía que entregar al acusado quien, además, por sí o por otras personas, vigilaba de cerca su actividad y controlaba sus movimientos”, agrediendo con patadas y puñetazos si se negaba a seguir ejerciendo la prostitución”.



b' Tratamiento punitivo

Otro de los criterios a tener en cuenta para evaluar la idoneidad de la norma es su contenido aflictivo, identificado principalmente con la sanción impuesta. Lopera Mesa indica que “este umbral [de lo idóneo] sólo puede garantizarse allí donde *el contenido aflictivo de la pena no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito*”.²⁴⁶⁰ En nuestro caso, tenemos los siguientes marcos abstractos: 6 meses a 2 años (art. 173.1 CP), 6 meses a 6 años (art. 311.1º CP), 2 años a 5 años (art. 312.2 CP), 2 a 5 años (art. 187 CP) y 2 a 5 años o de 4 a 8 en función de si la víctima es mayor o menor de 16 años (188 CP). Si aplicamos un concurso ideal entre el artículo 173.1 y los artículos 311.1º o 312.2 –según el caso–, el marco sería de 3 años y 3 meses a 6 años o de 3 años y 6 meses a 5 años, respectivamente.

Aunque este marco puede corregirse con la aplicación de agravantes genéricas, si se compara con el marco de pena previsto para el delito de trata de seres humanos queda patente su inadecuación:²⁴⁶¹ 5 a 8 años, previendo además el artículo 177 bis una serie de agravantes específicas cuando, por ejemplo, “se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito”; o “la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad” (apartado 4 del art. 177 bis CP), por lo que es sencillo que, en la práctica, se imponga la pena superior en grado.²⁴⁶² Además, el delito de trata de seres humanos es uno de los delitos que pueden cometer las personas jurídicas –mientras que los delitos contra los derechos de los trabajadores han quedado inexplicablemente excluidos y sometidos al régimen del artículo 318 CP²⁴⁶³–, y no tienen un régimen específico cuando la víctima es menor. Desde esta perspectiva, pueden darse situaciones en

²⁴⁶⁰ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 486. Énfasis en el original

²⁴⁶¹ Así también: Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 135; López Rodríguez, J./Arrieta Idiákez, F.J., “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, Villacampa Estiarte, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico penal”, p. 332. Maqueda Abreu también señala la incongruencia en “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1255

²⁴⁶² Una discusión sobre la aplicación de las agravantes de la trata en: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, pp. 449 y ss; López Rodríguez, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*,

²⁴⁶³ Sobre esto hay una abundante doctrina crítica que ha señalado la incongruencia que supone que no se hayan incluido estos delitos en la lista de delitos que pueden cometer las personas jurídicas. Ver, especialmente: Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, pp. 51 y 56.

las que sea más gravoso captar o trasladar a una persona con el fin de someterla a esclavitud que esclavizarla en sí.

La inadecuación del régimen punitivo también se pone de manifiesto por la diferencia de pena en función de la situación administrativa de la víctima en los delitos contra los derechos de los trabajadores. La justificación que podría asistir a esta diferencia—si entendemos que las personas en situación irregular parten de una situación de mayor vulnerabilidad a los abusos—,²⁴⁶⁴ decae cuando se trata de una conducta de sometimiento a esclavitud, donde los factores de vulnerabilidad son variados y no se deben únicamente a la situación administrativa.

c' Función comunicativa del Derecho Penal

En tercer lugar, para valorar la inadecuación instrumental de los delitos actualmente aplicables, también es preciso tener en cuenta la función comunicativa del Derecho penal. Existe un efecto comunicativo-simbólico que es inherente a la conminación legal y que, en principio, no resulta problemático.²⁴⁶⁵ De hecho, en ocasiones es donde radica la dimensión preventiva del Derecho penal.²⁴⁶⁶ En términos de una correcta técnica legislativa, la capacidad comunicativa de las normas se refiere a la posibilidad de que sean conocidas por sus destinatarios,²⁴⁶⁷ y no se limitan al sujeto activo o pasivo del delito, sino a la sociedad en general.²⁴⁶⁸

En esta función comunicativa se inserta el principio de etiquetamiento justo (*fair labelling*),²⁴⁶⁹ que es como se conoce a la correspondencia de la calificación del hecho ilícito y el estigma de la pena que refleje los juicios morales de la población en relación a la conducta.²⁴⁷⁰ Este principio exige también que el injusto del hecho sea etiquetado por la norma con el suficiente grado de especificidad que permita distinguir entre infracciones de distinta gravedad.²⁴⁷¹ De este modo, el principio de *fair labelling* se funda en la necesidad de que el sistema de justicia comunique correctamente al ofendido, a la víctima y

²⁴⁶⁴ Pomares Cintas es muy crítica al respecto, en: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, pp. 922 y ss.

²⁴⁶⁵ Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, p. 59.

²⁴⁶⁶ Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires, 2011, p. 77. Este autor defiende que la principal diferencia cualitativa entre la infracción penal y la administrativa es la influencia comunicativo-simbólica, en “¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, *Revista brasileira de ciências criminais*, No. 23, 1998, pp. 9-23.

²⁴⁶⁷ Atienza Rodríguez, M., *Contribución para una teoría de la legislación*, pp. 28 y ss., y *passim*, situándola en el nivel de racionalidad comunicativa o lingüística de la actividad legislativa.

²⁴⁶⁸ Desde esta perspectiva, Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 37-38, destacan el papel de la víctima en la asignación de un sentido a la conducta realizada.

²⁴⁶⁹ Couso, J., “Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 1, 2018, pp. 437 - 496

²⁴⁷⁰ Chalmers, J./Leverik, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, p. 217; Ashworth, A./Horder, J., *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 77-79.

²⁴⁷¹ *Ibid.* Esto puede ser beneficioso para persona que ha cometido un delito que no se ajusta exactamente a la gravedad con la que ha sido etiquetado. Así, dada la bien documentada investigación que ha demostrado el efecto perjudicial que tienen los antecedentes penales en la empleabilidad de una persona, sería injusto

al resto de la sociedad, la naturaleza y grado de injusto, que pueda determinar cuál sanción proporcionada, evaluar la gravedad de los antecedentes penales previos de un acusado, clasificar apropiadamente a los internos en la prisión, y también reflejar correctamente los patrones valorativos de la comunidad.²⁴⁷²

El etiquetamiento correcto puede tener efectos prácticos, como una mejora en la persecución de este delito si conlleva una mejora en su caracterización criminológica. Este fue uno de los argumentos en los que se basó el TEDH para condenar a Reino Unido en *C.N. c. Reino Unido* puesto que, según el Tribunal, uno de los motivos que llevó a que no se persiguiera adecuadamente la situación contraria al artículo 4 CEDH fue precisamente por una falta de caracterización y de comprensión del fenómeno, que llevó a que las autoridades no dieran credibilidad a la víctima:

Si bien el Tribunal toma nota de las preocupaciones en materia de credibilidad expresadas por las autoridades nacionales, no puede sino preocuparse por la gran atención prestada por los funcionarios de investigación al delito de trata con fines de explotación establecido en el artículo 4 de la Ley de Asilo e Inmigración de 2004. En particular, observa que la investigación de las denuncias del solicitante fue llevada a cabo por una dependencia especializada en la trata y, si bien los investigadores se refirieron ocasionalmente a la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre doméstica, es evidente que en todo momento se centraron en el delito tipificado en el artículo 4 de la Ley de 2004. [...] la servidumbre doméstica es un delito específico, distinto de la trata y la explotación, que implica un complejo conjunto de dinámicas, que implican formas de coacción abiertas y más sutiles, para forzar el cumplimiento. Por lo tanto, una investigación a fondo de las quejas de tal conducta requiere una comprensión de las muchas maneras sutiles en que un individuo puede caer bajo el control de otro. En el presente caso, el Tribunal considera que, debido a la ausencia de un delito específico de servidumbre doméstica, las autoridades nacionales no pudieron tener debidamente en cuenta estos factores. [...] Para el Tribunal, la laguna en el derecho interno puede explicar [...] el hecho de que no se atribuyera ningún peso aparente a las alegaciones de la demandante de que se le había retirado el pasaporte, de que S. no había conservado sus salarios tal como se había acordado, y de que se le amenazara explícita e implícitamente con denunciar ante las autoridades de inmigración, aunque estos factores se encuentran entre los identificados por la OIT como indicadores de trabajo forzoso.²⁴⁷³

En otras palabras, el “etiquetamiento correcto” –tanto la descripción como la diferenciación– es importante para que se ejerza adecuadamente la función comunicativa del Derecho Penal, tanto para la prevención de delitos como para su persecución y reparación

para el perpetrador que sus antecedentes penales la tergiversación del injusto. Ver: Chalmers, J./Leverik, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, p. 223.

²⁴⁷² Couso, J., “Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema”, p. 466.

²⁴⁷³ *CN c. Reino Unido*, párr. 80. Este argumento se también en relación con la pregunta de si los Estados debían tipificar un delito específico de tortura, teniendo en cuenta las obligaciones derivadas de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos y Degradantes. El Comité contra la Tortura sugirió que la ausencia de un delito específico en el ordenamiento penal nacional probablemente podía desembocar en el establecimiento de penas que no fuesen acordes con la gravedad de los hechos: Marchesi, A., “Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal law”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 6, 2008, p. 214.

de las víctimas.

ii. Servidumbre

La servidumbre se ha caracterizado como una “forma de negación de la libertad particularmente grave” vinculada a la esclavitud que engloba, “además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios [...], la obligación para el ‘siervo’ de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición”.²⁴⁷⁴ De esta caracterización general se pueden extraer los siguientes elementos: en primer lugar, que la servidumbre incluye la obligación, impuesta coactivamente, de realizar ciertos servicios para otros; en segundo lugar, que concurren circunstancias de aislamiento, exclusión y limitación de movimientos que agravan la situación de trabajo forzoso y que colocan a la persona en un estado de dependencia personal; y, por último, que la víctima tiene el sentimiento de que su situación es permanente y no puede salir de ella. Este último elemento, que para el TEDH constituye la diferencia fundamental con el trabajo forzoso, dependerá de las circunstancias de la situación y, en concreto, del grado de aislamiento y control sobre los distintos aspectos de su vida. Los medios con los que se limita la libertad de autodeterminación podrán ser fraudulentos, como por ejemplo una deuda que no hace más que aumentar ilícitamente; coactivos, creados por la persona que somete a otra; o bien por las condiciones sociales y estructurales de una determinada sociedad.²⁴⁷⁵

A continuación, vamos a reproducir el análisis que hemos realizado con la conducta de esclavitud, aunque adaptándolo a los caracteres de la servidumbre. Para evitar reiteraciones innecesarias, se dan por reproducidas las consideraciones del apartado anterior relacionadas con el tratamiento punitivo y la función comunicativa del Derecho Penal, que son extensibles tanto a la servidumbre como al trabajo forzoso.

a’ Delitos contra los derechos de los trabajadores

Al igual que ocurría con la esclavitud, los artículos 311.1º y 312.2 CP se revelan insuficientes para abarcar todas las situaciones de sometimiento a servidumbre, que tiene como una de sus notas distintivas la situación de aislamiento que provoca que la víctima sienta que su situación es permanente. A diferencia de la esclavitud, donde podían ponerse ejemplos no relacionados con la prestación de servicios,²⁴⁷⁶ en el caso de la servidumbre necesariamente va a implicar la imposición coactiva de trabajo y de otras condiciones de vida. A pesar de esto, los artículos del Código Penal que castigan la imposición de unas determinadas condiciones laborales por debajo de los estándares establecidos en la ley, en el convenio colectivo o en el contrato individual, aunque se estén aprovechando de unas circunstancias determinadas —engaño y abuso de situación de vulnerabilidad, por un lado, y una presunta situación de necesidad, por otro—, no implican un grado de control que llegue hasta el punto de colocar a una persona en situación de dependencia personal.

²⁴⁷⁴ *Siliadin c. Francia*, párr. 123

²⁴⁷⁵ Siguiendo la clasificación de los medios de Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, p. 178.

²⁴⁷⁶ Por ejemplo, la compraventa de una persona. Lo relevante era que se ejercitaran estos atributos del derecho de la propiedad en el contexto de una relación de control equivalente a posesión.

Es decir, que tampoco valoran la totalidad del contenido del injusto.

Vamos a verlo con un ejemplo concreto. La determinación coactiva para realizar un servicio mediante el establecimiento de una deuda fraudulenta es un mecanismo frecuentemente utilizado en España para someter a una persona que ha sido víctima de trata a una situación de dominación.²⁴⁷⁷ La Convención Suplementaria de 1956 define las deudas fraudulentas en el contexto de la servidumbre como la situación en la que el deudor se compromete a prestar sus servicios personales como garantía de una deuda, siempre que los servicios prestados equitativamente valorados no se apliquen dicho pago, o cuando no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.²⁴⁷⁸

La imposición de una deuda fraudulenta de este tipo no es más que un medio para producir un resultado –situación de dominación– que, a su vez, permite que los explotadores se aprovechen ilícitamente del trabajo de la víctima. Este mecanismo no es exclusivo de la servidumbre, puesto que también puede existir en una situación de esclavitud u otra menos grave de trabajo forzoso.²⁴⁷⁹

Lo relevante es, por tanto, la situación de dominación,²⁴⁸⁰ que no queda adecuadamente reflejada con el ámbito de injusto marcado en el artículo 311.1º o 312.2 CP. De hecho, esta insuficiencia se intuye en las propias consideraciones de la Fiscalía cuando afirma que la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores “probablemente no suponga la respuesta que exige la violación de derechos fundamentales de la persona tan relevantes”,²⁴⁸¹ refiriéndose a la esclavitud o a la servidumbre.

b” Delito de trato degradante

En cuanto a la aplicación del delito de tratos degradantes del artículo 173.1 CP, se reiteran aquí las consideraciones realizadas en relación con la esclavitud: la servidumbre

²⁴⁷⁷ Circular Fiscalía 5/2011, p. 13: “No son pocos los casos enjuiciados por nuestros tribunales en que unos inmigrantes —cualquiera que fuera su procedencia- han sido desplazados de su residencia habitual mediante falsas promesas de un buen puesto de trabajo en España, se les ha facilitado toda la cobertura económica necesaria para el transporte, y han sido recibidos y alojados en pisos o lugares previamente dispuestos. Es entonces, cuando se les comunica que han contraído una descomunal deuda que solo pueden solventar realizando trabajos en condiciones extraordinariamente abusivas e indignas (jornadas agotadoras, obligación de reembolso de los gastos exagerados de manutención, remuneraciones prácticamente inexistentes, alojamiento en condiciones inhumanas, imposición de multas etc.). En caso de negativa a trabajar han sido obligados coactivamente, con amenazas, llegándose, incluso, a privarles de libertad”. Esto coincide con el perfil de las víctimas de trata en España elaborado por el *TIP Report 2017*, donde se especifica que se trata de “un país de destino, origen y tránsito para hombres, mujeres y niños sometidos a trabajo forzoso y tráfico sexual. [...] Las víctimas son reclutadas mediante falsas promesas de empleo en la industria de servicios o en la agricultura y son obligadas a ejercer la prostitución y la servidumbre por deudas a su llegada a España”: <https://es.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/260/2017/06/tip0617.pdf> [último acceso: 27/01/2020].

²⁴⁷⁸ Artículo 1

²⁴⁷⁹ Los indicadores de una situación de trabajo forzoso la OIT son: abuso de una situación de vulnerabilidad, engaño, restricción de movimientos, aislamiento, violencia física y sexual, intimidación y amenazas, retención de los documentos de identidad, retención de salarios, *servidumbre por deudas*, condiciones de trabajo y vivienda abusivas, excesivas horas extra. Ver: OIT, *ILO indicators of Forced Labour*, 2012, p. 3.

²⁴⁸⁰ En este mismo sentido, especialmente: Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, p. 132.

²⁴⁸¹ Circular Fiscalía 5/2011, p. 13.

también es un delito complejo que afecta a diversas esferas de la persona y no sólo a su integridad moral, y que tiene especial incidencia en su autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

c'' Delito de prostitución coactiva

Por otro lado, tampoco resulta del todo adecuada la aplicación del delito de prostitución coactiva del artículo 187 o 188 CP porque lo único relevante no es la imposición coactiva de un servicio (en este caso, de naturaleza sexual), sino también el grado de aislamiento y control que determina la existencia de una relación de dependencia personal. Para ilustrar esto último, es útil poner como ejemplo los hechos probados descritos en la STS 659/2016, de 19 julio, donde se condena a 6 personas por un delito relativo a la prostitución y por un delito contra los derechos de los trabajadores:

En ejecución de un plan [...] introdujeron en España a un número indeterminado de mujeres paraguayas jóvenes en precaria situación económica. [...] eran trasladadas a los referidos locales donde Rodrigo o Olegario les retiraban el dinero que previamente les habían entregado [...] al tiempo que a todas ellas se les indicaba que tenían que pagar la deuda que habían contraído con los acusados por los gastos de viaje; “deuda” que era muy superior al importe de éste. [...] *Las mujeres que se negaban a ejercer la prostitución o que cuestionaban el importe de la deuda eran intimidadas por los acusados Rodrigo o Olegario, encargados de los locales, con pegarles un tiro en la cabeza a ellas o a sus familiares, o con pegarles una paliza [...]. El dinero que las mujeres obtenían por mantener relaciones sexuales [...] se lo entregaban a los responsables del club y bajo la apariencia de destinarlo a saldar la deuda supuestamente contraída por las mujeres, se lo quedaban para repartírselo entre ellos en la forma que previamente habían convenido según su aportación al negocio. Los acusados Rodrigo y Olegario [...] fijaban las normas de funcionamiento de los locales, los precios que tenían que cobrar las mujeres, al tiempo que *les controlaban las salidas al exterior e incluso su estado de salud íntima*, y en ausencia de Rodrigo y Olegario, los acusados Pascual, hijo de Rodrigo, y Berta, por delegación de los anteriores y desde sus puestos de camareros o porteros, con pleno conocimiento de la situación de explotación en que se encontraban las mujeres, realizaban las *funciones de control sobre las éstas*, dando cuenta de ello a los anteriores y liquidándoles los ingresos obtenidos.*²⁴⁸²

Como puede observarse, en este caso se va más allá de la determinación del ejercicio de la prostitución o de la imposición de unas condiciones laborales ilícitas. Se trata del sometimiento de las víctimas a un control sobre todas las facetas de su vida, que se garantiza por la situación de vulnerabilidad y aislamiento en la que se encuentran.

iii. Trabajos forzosos

La expresión trabajo forzoso u obligatorio designa “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Dentro de esta definición identificamos los siguientes elementos: un trabajo o servicio –que puede estar o no reconocido como actividad económica–

²⁴⁸² STS 659/2016 de 19 julio, en la descripción de los hechos.

que se presta de forma involuntaria, y la amenaza de una pena.

Lo esencial para la calificación de una conducta de “trabajos forzosos” es la idea de coacción física o mental, que puede deberse a formas de coerción más abiertas, como las amenazas directas de violencia física o sexual contra la víctima; u otras formas más sutiles, como las amenazas de denuncia a la policía o a las autoridades de inmigración, donde adquieren relevancia las características de la víctima y su percepción subjetiva de la amenaza. En definitiva, la amenaza debe ser lo suficientemente intimidante o idónea para colocar a la víctima en un estado que le lleve a aceptar la realización de un trabajo que, sin dicha amenaza, no hubiera efectuado, imponiéndosele la condición de trabajador.

Por otro lado, para evaluar la validez del consentimiento debe tenerse en cuenta el contexto, las condiciones subjetivas de la víctima (si es migrante, menor, etc.), y “el tipo y volumen” de trabajo impuesto. Esto no quiere decir que para que exista trabajo forzoso sea necesaria la imposición de ciertas condiciones de trabajo especialmente gravosas, sino que forman parte de un test de proporcionalidad que supone un límite al consentimiento previo y su carácter modificador de una situación de trabajo forzoso: si las condiciones impuestas cruzan un determinado umbral de gravedad, no se puede considerar que haya consentido válidamente.²⁴⁸³

a” Delitos contra los derechos de los trabajadores

La situación de control es lo que permite distinguir el trabajo forzoso de la explotación laboral, puesto que lo relevante no es la imposición de unas determinadas condiciones de trabajo que son abusivas, sino la imposición de la condición de trabajador en sí. Aunque ninguna de las dos situaciones es deseable para el sujeto pasivo (B), hay una diferencia cualitativa entre ambas: en los trabajos forzosos, el sujeto activo (A) crea o se aprovecha de la situación de B, donde los elementos de control hacen que la única decisión racional de B sea la de someterse y realizar el trabajo para A.²⁴⁸⁴ Este razonamiento es el que nos lleva a afirmar que, nuevamente, ni los artículos 311.1º o 312.1 CP ni el artículo 173.1 CP son adecuados para abarcar el mal que representan los trabajos forzosos.

b” Delito de trato degradante

²⁴⁸³ Sobre esto, ver análisis de la parte de trabajo forzoso. Este test de proporcionalidad es una concreción del criterio de la “carga desproporcionada” elaborado por el TEDH para limitar el alcance de las excepciones al trabajo forzoso impuesto por el Estado del artículo 4.3 CEDH, que deben interpretarse conforme a las ideas de interés general, solidaridad social y lo que es normal en el curso ordinario de las cosas.

²⁴⁸⁴ Es preciso tener en cuenta que, aunque sea posible ofrecer un marco teórico para identificar una situación de trabajo forzoso, en la práctica se trata de situaciones muy complejas y hay intersecciones de clase, de género, etc., que es preciso ponderar caso por caso. Habrá situaciones en las que quede patente la concurrencia de los elementos del trabajo forzoso porque hay una amenaza lo suficientemente intimidante y ha quedado acreditada la ausencia de voluntad por parte del trabajador. No obstante, es mucho más complicado afirmar que el consentimiento de B puede no ser necesario o suficiente. Sobre esto, ver especialmente: Skrivankova, K., *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, p. 17; Davidson, J.O., “Troubling freedom: Migration, debt, and modern slavery”, pp. 176 y ss.; Ollus, N., “Forced flexibility and exploitation: experiences of migrant workers in the cleaning industry”, *Nordic Journal of Working Life Studies*, Vol. 6, No. 1, 2016, pp. 25 y ss.

En este caso se dan por reproducidas las consideraciones realizadas en los apartados anteriores.

c'' Delito de prostitución coactiva

La cuestión de la aplicación del delito de determinación coactiva a la prostitución requiere una respuesta más detenida. En el análisis concreto de las conductas de sometimiento a esclavitud y servidumbre, rechazábamos que fuera adecuado porque no reflejaba el grado de control sobre otros aspectos de la vida y de dependencia personal que estas suponen. No obstante, en los trabajos forzosos, aunque se trate igualmente de una relación de control, se proyecta sobre la relación de trabajo o servicio, que también puede ser de naturaleza sexual.²⁴⁸⁵ Esto se refleja en el tipo básico de la prostitución coactiva, que implica la determinación a ejercer o mantenerse en prostitución mediante el empleo de “violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.²⁴⁸⁶ No obstante, es preciso tener en cuenta que este delito está regulado desde la perspectiva de la libertad sexual y no la dominación.

Tras el análisis de estos tres ámbitos que reflejan con claridad la inidoneidad de la regulación penal actual, deja de tener sentido la comparación del coste global –en términos de afectación de derechos– en relación con la finalidad perseguida, porque es evidente que la afectación de derechos será menor, como también será menor el beneficio que se pretende obtener. Esto último no se debe a que la protección penal de los derechos de los trabajadores o de la integridad moral sea inadecuada en general, sino a que, en relación con el fin perseguido (protección frente al sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos), no es adecuada instrumentalmente, al igual que no sería idóneo castigar los delitos contra los derechos de los trabajadores a través de un delito de esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos.

En definitiva, desde el punto de vista del principio de necesidad y la comparación de alternativas, la regulación actual resulta menos eficaz que la propuesta de tipificar delitos específicos que castiguen las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos. No se trata únicamente de elegir la medida que sea más liviana, sino la más adecuada –instrumentalmente– teniendo en cuenta que no deben sacrificarse innecesariamente derechos fundamentales.

3.3.4 Proporcionalidad en sentido estricto: protección ventajosa

En esta fase del análisis, que se suele identificar con el principio de proporcionalidad

²⁴⁸⁵ En la STS de 12 de abril de 1991 se aclara que la explotación de la prostitución constituye una situación asimilada a la relación laboral.

²⁴⁸⁶ Ver SAP Madrid, núm. 321/2016, de 2 junio.

en el sentido tradicional,²⁴⁸⁷ se examina que “el coste socio-individual de la pena no supere la desventaja que pueda causar la comisión del delito”.²⁴⁸⁸ Es decir, nuevamente se realiza un balance global de costes/beneficios, pero en esta ocasión de carácter interno en lugar de compararlo con otra medida alternativa.

En nuestro caso, como se trata de una propuesta de *lege ferenda* de tipificación expresa de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, este análisis no puede servirnos más que para proveernos de ciertas directrices para que el tipo propuesto sea proporcionado en sentido estricto. Así, en el platillo de los costes, deberán incluirse aquellos relacionados con la sanción y con el reproche que supone,²⁴⁸⁹ así como los costes económicos derivados de los medios técnicos y personales, que en este caso van a ser los habituales.²⁴⁹⁰ Por otro lado, en el platillo de los beneficios incluiríamos tanto los derivados de la protección mediata del bien jurídico tutelado,²⁴⁹¹ como los procedentes del “etiquetamiento correcto” (*fair labelling*), que permite que la función comunicativa del Derecho penal se desenvuelva de manera adecuada, tanto en su relación con la sociedad,²⁴⁹² con el potencial delincente,²⁴⁹³ con la víctima,²⁴⁹⁴ o incluso con los profesionales del

²⁴⁸⁷ El principio habría nacido para limitar las medidas de seguridad, como contrapartida de la función que cumple el principio de culpabilidad en las penas, aunque también deba tenerse presente en estas últimas: Jescheck, H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Manzanares Samaniego, J. L. (trad.), Comares, Granada, p. 115. Por el contrario, Luzón Peña y Muñoz Conde lo consideran un concepto propio de las penas: Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General* p. 86; Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 92

²⁴⁸⁸ De La Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, p. 299.

²⁴⁸⁹ Lopera Mesa destaca asimismo que en “la extensión de los mecanismos de vigilancia y control preventivos” debe considerarse “la pérdida global de libertad que para una sociedad conlleva el aumento de la vigilancia sobre sus miembros”: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 466. También puede incluirse aquí la mayor gravedad, de tipo simbólico, que supone etiquetar la conducta como “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajos forzados”: Chalmers, J./Leverick, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, p. 225 y ss.

²⁴⁹⁰ Ello sin perjuicio de reconocer que, para una lucha eficaz contra las formas contemporáneas de esclavitud, sea necesaria acción en otro tipo de ámbitos.

²⁴⁹¹ Esto se debe a que, de forma indirecta, las normas penales tienen el fin de protección de bienes jurídicos. Es decir, la pena tiene el fin indirecto de la protección mediata de los bienes jurídicos a través de la protección de las normas de conducta: Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, pp. 144-147.

²⁴⁹² Esta función comunicativa cumple un rol importante para expresar la desaprobación social de un determinado injusto. Esta fue una de las razones por las que, en la revisión de los delitos contra la libertad sexual en Escocia, la Comisión Legislativa concluyó que la “violación” debería mantenerse como un delito autónomo respecto de otras formas de abuso sexual: Comisión de Derecho Escocés, *Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*, No. 131, 2006, párr. 4. Ver también: Warburton, D., “The Rape of a Label: Why it Would be Wrong to Follow Canada and Have a Single Offence of Sexual Assault”, *Journal of Criminal Law*, Vol. 68, 2004, p. 542.

²⁴⁹³ Chalmers y Leverick sugieren el efecto preventivo que puede suponer: “Fair Labelling in Criminal Law”, p. 230. Por otro lado, Mitchell argumenta que “la necesidad de reconocer las distinciones entre los distintos delitos y el grado de injusto es significativo para los potenciales delincentes, puesto que los previene de causar más daño porque eso puede significar una mayor condena”: Mitchell, B., “Multiple Wrongdoing and Offence Structure: A Plea for Consistency and Fair Labelling”, pp. 398 y ss.

²⁴⁹⁴ El enjuiciamiento por ciertos delitos puede desencadenar ciertos derechos de las víctimas –como los que se prevén para las víctimas de trata– o la remisión de la presunta víctima del delito a un organismo de apoyo. También puede dar lugar a ciertas protecciones de la presunta víctima en el juicio, como la prohibición del careo por parte del acusado en persona o la admisión de una prueba preconstituida. Chalmers, J./Leverick, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, pp. 232 y 233

ámbito de la justicia criminal.²⁴⁹⁵

El problema con los juicios valorativos en los que se compara la gravedad del delito y la de la pena, es que no existe un criterio objetivo de ponderación.²⁴⁹⁶ La racionalización del principio de proporcionalidad ha de centrarse, por tanto, en precisar algunas pautas o directivas de valoración.²⁴⁹⁷ Lopera Mesa propone criterios como la lesividad para el bien jurídico de la conducta que se busca prevenir a través de la intervención penal y la modalidad de imputación subjetiva,²⁴⁹⁸ pero también pueden señalarse el grado de la ofensa, el desvalor de la acción o la trascendencia social del hecho.²⁴⁹⁹ Teniendo en cuenta estas premisas, el alto valor asignado a los beneficios vinculados a un tipo específico que castigue el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, por la importancia del bien jurídico tutelado, hace que una sanción alta no incurra en desproporción por arriba, aunque tampoco se debería imponer una pena desorbitada o superior a la de delitos como el de homicidio.²⁵⁰⁰

En este sentido, aunque el delito de trata de seres humanos no sea exactamente un delito de incriminación anticipada o un delito de peligro,²⁵⁰¹ y tenga un ámbito de injusto propio derivado de los medios comisivos exigidos en el tipo (violencia, intimidación, etc.),²⁵⁰² la pena asignada a los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos debería ponerse en relación con la del delito de trata –5 a 8 años–, al menos con carácter indiciario: bien reduciendo la pena de este último,²⁵⁰³ o bien, como mínimo, equiparándola.²⁵⁰⁴

²⁴⁹⁵ Esta es la idea que subyace en la argumentación del TEDH en *CN c. Reino Unido*, párr. 80. Tiene que ver con el sistema de creencias y prejuicios cambiantes del sistema de justicia criminal. La creación de un nuevo delito de violencia doméstica, por ejemplo, más que simplemente hacer que se persigan los actos de violencia doméstica como agresión, puede ser una manera de comunicar a los profesionales de la justicia que tales incidentes deben tomarse en serio. Ver: Chalmers, J./Leverick, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, p. 229 y ss. Además, esto puede promover otro tipo de acciones como la inclusión en cierto tipo de registros, o para recopilar información suficiente y relevante.

²⁴⁹⁶ Ferrajoli, L., *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, p. 398.

²⁴⁹⁷ Ossandón Widow, M. M., *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, p. 466

²⁴⁹⁸ Cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección del bien jurídico. Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 511 y ss.

²⁴⁹⁹ En este sentido, Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 286-291. Hassemmer y Muñoz Conde, en *Introducción a la Criminología* también ponen de relieve que la frecuencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es uno de los criterios a ser considerados para determinar la intensidad y la jerarquía en su protección, en p. 70

²⁵⁰⁰ Luzón Peña señala que una pena desorbitada, además de inútil, puede llegar a ser criminógena: Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, p. 86

²⁵⁰¹ Esta parece ser la interpretación de los tribunales españoles: Maqueda Abreu, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1260.

²⁵⁰² Sobre esto, ver Allain, J., “Conceptualizing the Exploitation of Human Trafficking”, pp. 3-17

²⁵⁰³ Opción posible porque la Directiva 2011/UE/36 establece la pena de 5 años como límite mínimo del tipo básico de trata. Esta opción es propuesta por Maqueda Abreu en “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, p. 1261.

²⁵⁰⁴ Sin olvidar que el principio de proporcionalidad, en su función garantista, constituye un límite al ius puniendi del Estado. Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 294 y Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 236 y 280.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto nos ofrece otra directriz: para que la incriminación de conductas por parte del legislador sea proporcionada, también deberá tenerse en cuenta que, cuanto más graves sean los ataques al bien jurídico, más sanción se le deberá corresponder.²⁵⁰⁵ Dicho en sentido contrario, cuanto más remota sea la relación entre la conducta prohibida y la lesión del bien jurídico, menor será la intensidad con que su penalización satisfaga el principio que ordena proteger dicho bien jurídico.²⁵⁰⁶ Esto nos lleva a afirmar que, en principio, podría gradarse de mayor a menor la sanción prevista para las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.²⁵⁰⁷

²⁵⁰⁵ Esto no constituye un obstáculo para la imposición de penas menores a la gravedad de un delito o la no imposición de pena, en tanto en cuanto quede satisfecha la necesidad de tutela: Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *Derecho Penal, Parte General* p. 89

²⁵⁰⁶ Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 511.

²⁵⁰⁷ Pérez Alonso, E., "Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud", pp. 363-365.

CUARTA PARTE: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

I. Propuesta alternativa

Teniendo en cuenta toda la argumentación anterior, vamos a proponer la creación de un tipo incluido en un nuevo título del Código Penal: el Título V bis, “Delitos contra la personalidad jurídica”.²⁵⁰⁸ En este título se incluyen los delitos de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud en un artículo 162 bis, seguidos del delito de trata de seres humanos, actualmente regulado en el artículo 177 bis CP, que permanecería con la regulación actual y que pasaría al 162 ter.

Título V bis “Delitos contra la personalidad jurídica”.

Artículo 162 bis CP

1. El que someta o mantenga a una persona en una situación de trabajo forzoso será castigado con pena de prisión de 5 a 8 años. El trabajo forzoso designa todo trabajo o servicio impuesto mediante violencia o intimidación y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.
2. El que someta o mantenga a una persona en una situación de servidumbre será castigado con pena de prisión de 6 a 9 años. La servidumbre consiste en la imposición o mantenimiento de una persona en una situación de trabajo forzoso, de manera habitual o permanente, y mediante una restricción significativa de libertad, determinando su situación de dependencia material de la que no puede salir.
3. El que someta o mantenga a una persona en una situación de esclavitud será castigado con pena de prisión de 9 a 12 años. La esclavitud consiste en el ejercicio de iure o de facto de los atributos del derecho de la propiedad sobre otra persona en un contexto de control equivalente a posesión, dejándola sin capacidad de disponer libremente de sí misma o de sus propios bienes o de ejercer legítimamente sus derechos fundamentales.
4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio;
 - b) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima
 - c) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

²⁵⁰⁸ En sentido muy parecido, Pérez Alonso propone la creación de un Título V Bis rubricado “Delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica”, en Pérez Alonso, E., “Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, p. 363.

d) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. Será castigado con una pena de prisión de 1 a 4 años la persona que, a sabiendas de la condición de esclava, sierva o trabajadora forzosa de la víctima, utilice o saque provecho de sus servicios en tal situación.
6. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso 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 o engaño a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.
7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

II. Justificación

La relevancia social y la gravedad de las conductas determinan que se trate de un fin legítimo que abre la llave a la intervención penal. Las formas contemporáneas de esclavitud suponen una grave vulneración de derechos fundamentales que tiene una gran trascendencia social. Así, por ejemplo, las estadísticas del Índice de la Esclavitud Mundial de 2018 apuntan a que en España se encuentran 105.000 en situación de “esclavitud moderna”.²⁵⁰⁹ Se trata de una cuestión con múltiples aristas e intersecciones de pobreza, políticas migratorias restrictivas, género, etc., donde destaca sobre todo la idea de sometimiento y control de personas vulnerables, que son objeto de un proceso de deshumanización y de falta o limitación severa de su libertad personal. Las respuestas no son sencillas porque es preciso analizar sus causas y consecuencias, pero es evidente que la perspectiva penal debe estar presente también en este fenómeno criminal para hacer frente a los casos más graves y aplicarse de manera eficaz.²⁵¹⁰

El Derecho penal es la única rama que puede cumplir con eficacia la función de comunicar la gravedad de este tipo de conductas a la sociedad en general, a los potenciales delincuentes, y a los que forman parte del sistema de justicia criminal. Esta tarea que es fundamental para cumplir adecuadamente los fines preventivos –y en cierto modo, repa-

²⁵⁰⁹ Global Slavery Index, *Country Data. Spain*, 2018: <https://www.globallslaveryindex.org/2018/data/country-data/spain/> [último acceso: 15/01/2020]

²⁵¹⁰ Algunos autores han señalado que la percepción de la probable certeza y severidad del castigo es uno de los factores que determinan si se comete el delito. Ver: Díez Ripollés, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, pp. 19-21; Cardenal Monraveta, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, p. 6.

radores—, necesarios para optimizar el sistema constitucional de libertades. En este sentido, el Derecho penal es la vía más *idónea* para el logro de estos fines, aunque no pueda ser el principal instrumento de actuación.

Esto significa que no se trata de una actuación enmarcada en el “populismo punitivo”.²⁵¹¹ El análisis del principio de proporcionalidad en sentido amplio es un modelo de racionalización de la intervención legislativa penal que nos permite sostener que se trata de una inclusión *idónea y necesaria* por ser más ventajosa en términos de derechos que la regulación actual. Tal y como se encuentran regulados actualmente los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en nuestro Código Penal —a través de otros delitos que pueden o no estar presentes—, ninguna de las conductas es comprensiva de lo esencial del injusto. Esto implica que no se podrán extraer rendimientos prácticos a efectos de interpretación del tipo penal o para determinar qué ataques al bien jurídico son los más graves, y tampoco podrá surtir efectos adecuadamente la función comunicativa propia del Derecho penal.

En este sentido, la regulación actual no refleja la correspondencia entre la calificación del hecho y el estigma de la pena que, de hecho, es inferior al de la trata de seres humanos. Tampoco se regula con la suficiente especificidad como para distinguir entre infracciones de distinta gravedad, lo que dificulta la determinación de la sanción proporcionada, el reflejo de patrones valorativos o la mejora de su caracterización criminológica. Esto redundaría a su vez en una menor prevención y persecución de delitos, o en una más deficiente reparación de las víctimas. De todo ello cabe afirmar que no vulnera el principio de intervención mínima o fragmentariedad la inclusión de un delito que criminalice el sometimiento o mantenimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.

1. Rúbrica y sistemática

En primer lugar, se propone la inclusión de un nuevo artículo en el Código Penal en lugar de la inclusión en una Ley penal especial como se hace con los delitos electorales²⁵¹² o los de contrabando.²⁵¹³ Si bien tenemos ejemplos de la regulación mediante leyes especiales en otros países que abordan todos los aspectos —también penales— de las formas contemporáneas de esclavitud,²⁵¹⁴ en el sistema jurídico español se apuesta casi exclusivamente por la regulación penal en un único texto principalmente por razones de prevención general, y en las ocasiones en las que se ha mantenido la legislación especial es por

²⁵¹¹ Newburn, T./Jones, T., “Symbolic politics and penal populism: the long shadow of Willie Horton”, *Crime, Media, Culture*, Vol. 1, No. 1, 2005, pp. 72-87; Larrauri, E., “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, *Revista Jueces para la democracia*, Vol. 55, 2006, pp. 15-22; Maqueda Abreu, M. L., “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Revista Jueces para la democracia, Información y debate*, Vol. 47, 2003, pp. 6-11; García Aran, M., “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Vol. 18, 2008, pp. 39-65; Díez Ripollés, J. L., “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, No. 4, 2006; Antón-Mellón, J./Antón Carbonell, E., “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”, *Revista Internacional de Pensamiento Político I Época*, Vol. 12, 2017, pp. 133-150.

²⁵¹² Artículos 139 y ss., de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General.

²⁵¹³ Artículos 2 y ss., de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

²⁵¹⁴ México, ver *supra*

tradición histórica.²⁵¹⁵

Además, se propone la regulación unitaria en un Título aparte y no de forma fragmentada en otros títulos del Código Penal para lanzar un mensaje contundente sobre la grave vulneración de derechos fundamentales que supone y porque se trata de conductas complejas que no se corresponden completamente con ninguno de los bienes jurídicos que subyacen en otros títulos del Código Penal. Si bien cabría la opción de situarlos en el Título VII “De la trata de seres humanos”, resulta más eficiente ubicarlos sistemáticamente de una forma más acorde con su naturaleza de conductas de dominación y control personal, lo que a su vez facilita la obtención de rendimientos interpretativos a la hora de valorar la gravedad del ataque al bien jurídico. La pregunta relevante no es –al menos, no únicamente– ¿cuánto de degradantes han sido las condiciones impuestas? Sino: ¿qué grado de dominación personal se ha ejercido?

Esta es la razón por la que se propone la creación de un Título V bis con la rúbrica “Delitos contra la personalidad jurídica” de manera que facilite la identificación del bien jurídico protegido. Lo ubicamos antes de los delitos contra la libertad porque son conductas que están muy relacionadas con la misma pero que, de una manera más general, afectan particularmente a la autonomía personal permitiendo la afección de otras libertades concretas (libertad deambulatoria, libertad sexual, etc.), o el sometimiento a otro tipo de abusos. Lo que se protege, por tanto, son “las condiciones mínimas del ser humano para poder ser considerado como tal y poder actuar en consecuencia ejerciendo libremente el resto de derechos fundamentales”.²⁵¹⁶

En este sentido, las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos se relacionan entre sí por estar situadas en un *continuum* de control que desemboca en una mayor o menor sujeción. La intensidad de la afección al bien jurídico es mayor conforme nos acercamos a la esclavitud, que supone la destrucción de la personalidad jurídica. La servidumbre también es un estado de dependencia personal, pero no llega al extremo de la completa instrumentalización y mantiene un cierto nivel de autonomía. Los trabajos forzosos se enmarcan en la realización de un trabajo o servicio, pero se trata de una forma de explotación *personal* y no sólo de imposición de condiciones laborales ilícitas. Por otro lado, la trata de personas también tiene su propio contenido del injusto relacionado con el *continuum* de control, por lo que no se trata únicamente del adelantamiento de la barrera punitiva.

2. Justificación de las modalidades típicas

En el primer apartado se incluye el delito de sometimiento o mantenimiento en situación de trabajo forzoso, donde lo determinante es que no puede abandonarlo libremente

²⁵¹⁵ Pérez Alonso, E./Martín Morales, R., “Referéndums, consultas populares y delitos electorales ¿Son aplicables los tipos delictivos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General a las consultas populares?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-32, 2017, pp. 12 y ss.; Muñoz Conde, F.: “Delitos electorales”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Cobo del Rosal, M./Bajo Fernández, M., (dirs.), Tomo II, Madrid, 1983, p. 463.

²⁵¹⁶ En Pérez Alonso, E., “Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, p. 364.

por la existencia de coacción. La definición propuesta contempla los caracteres esenciales del Convenio No. 29, tal y como han sido interpretados por el TEDH: la amenaza de pena una pena “lo suficientemente intimidante” y ausencia de consentimiento. Estos medios comisivos se traducen en este artículo como “violencia o intimidación”, que implica la amenaza o anuncio de un mal que tiene un efecto psicológico en un tercero atentando contra su libertad interior a través de la afectación de su voluntad,²⁵¹⁷ que no se exige la idoneidad lesiva del medio intimidatorio.²⁵¹⁸

La servidumbre es una modalidad agravada del trabajo forzoso en la que se produce una privación significativa de libertad en otros ámbitos personales aparte del trabajo. El elemento “de la que no puede salir” incluye el criterio del TEDH de “sentimiento de la víctima de que su situación es permanente”. Así, lo relevante es que los medios empleados, que pueden ser de distinta naturaleza y que no están especificados para abarcar las sutiles formas de coacción –fraudulentos, abusivos, etc.–, determinan una situación de aislamiento y dependencia material, que supone una restricción muy intensa de la autonomía personal.

La esclavitud supone la destrucción de la personalidad jurídica, que no puede ejercer como sujeto de derecho al estar completamente bajo el control fáctico de otra persona. En el artículo se habla de “ejercicio de facto” para recalcar que no se trata de una esclavitud legal y se mencionan los “atributos del derecho de propiedad”, que actúan como indicadores de una situación de esclavitud. También se menciona el “control equivalente a posesión”, aspecto que apunta a la esencia de la esclavitud: no basta con que estén presentes algunos de los atributos del derecho de propiedad, sino únicamente adquieren relevancia cuando se ejercitan en un contexto de completa dependencia personal que permite tratar a la persona como un objeto y someterla a múltiples abusos. Esta situación le impide disponer de sí misma, de sus bienes y, más en general, le impiden el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales.

Por último, se incluye una cláusula tipificando la utilización de servicios derivados de trabajo esclavo cuando la persona no interviene en el sometimiento o el mantenimiento de la situación en la que se encuentra víctima, pero obtiene algún provecho económico o de otro tipo a sabiendas de su condición. El artículo 19 del Convenio de Varsovia contiene una cláusula similar en relación con el delito de trata, donde requiere a los Estados que estudien la posibilidad de “adoptar las medidas legales y otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal, de conformidad con su derecho interno, la utilización de los servicios que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del artículo 4 del presente Convenio, a sabiendas de que la persona en cuestión es víctima de

²⁵¹⁷ Este es el concepto de “violencia o “intimidación” seguido por la doctrina mayoritaria en relación con el robo con violencia e intimidación. Ver: Mayoral Narros, I. V., *El tipo privilegiado del delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tesis Doctoral, Madrid 2017, pp. 297-298 y la amplia bibliografía citada: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/23526/TD00304.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [último acceso: 16/01/2020].

²⁵¹⁸ STS de 16 de abril de 1986. En este sentido, el TEDH se refería a la “percepción subjetiva de la gravedad de la amenaza”.

la trata de seres humanos” (artículo 19). Se trata de una conducta de menor desvalor que las anteriormente señaladas, pero se justifica político-criminalmente porque este tipo de conductas contribuye a la perpetuación y a la impunidad de ese tipo de situaciones.

3. Tratamiento punitivo

3.1 Tipos básicos

El análisis de proporcionalidad en sentido estricto nos proporciona algunas directrices de valoración punitiva de la conducta en atención a la lesividad, el desvalor de la acción y la trascendencia social del hecho. El alto valor asignado a los beneficios en términos de derechos significa que una sanción alta no incurre en proporción por arriba. Además, teniendo en cuenta la relación de las conductas descritas con el delito de trata, un buen criterio de comparación es la pena asignada al delito de trata de personas. El hecho de que aún no se haya producido la explotación, que es un elemento subjetivo del injusto del delito de trata, debe valorarse a efectos de merecimiento de pena. Como mínimo, el tratamiento punitivo no debe ser superior a lo que le corresponde a cualquier de sus finalidades de explotación.

Por otro lado, la gradación de la afección al bien jurídico apunta a que las penas correspondientes a los delitos de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud también deben graduarse de menor a mayor. Partiendo de estas consideraciones y del marco punitivo del tipo básico de trata que es bastante alto –5 a 8 años–, se proponen los siguientes rangos de pena: de 5 a 8 años para los trabajos forzosos, 6 a 9 en el caso de la servidumbre y 9 a 12 para la esclavitud. La alta pena asignada a la esclavitud se justifica por el alto coste global que supone esta conducta atentatoria de la dignidad, coincidente con el marco asignado al delito de violación.

3.2 Agravantes

También se proponen cuatro agravantes basadas en razones subjetivas –víctima menor de edad o especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal–; u objetivas –violencia o intimidación ejercida de forma particularmente degradante o vejatoria; poner en peligro la vida o la salud de la víctima, comisión en el seno de una organización o de un grupo criminal–.

En general, la vulnerabilidad motivada por las circunstancias personales o de carácter circunstancial se tiene en cuenta para aplicar los tipos de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, por ejemplo, cuando se valora la percepción subjetiva de la gravedad de la amenaza. No obstante, cuando se trate de circunstancias que no se hayan valorado previamente, la aplicación de la agravante se justifica por el especial desvalor de la acción. Este mismo razonamiento es extensible a las agravantes de carácter objetivo. La vulneración de la integridad moral es un aspecto intrínseco de las formas contemporáneas de esclavitud, pero el hecho de sean *particularmente* degradantes o pongan en peligro la vida o la salud de la víctima suponen un incremento del sufrimiento de la víctima que justifica

el incremento punitivo. En este mismo sentido, el hecho de que se cometa en el contexto de la delincuencia organizada dificulta la persecución del delito, facilitando la impunidad. En este caso, factores político-criminales justifican el incremento de pena.

3.3 Exenciones

La cláusula de exención de la responsabilidad penal de las víctimas de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se incluye para evitar la doble victimización²⁵¹⁹ y está en consonancia con la incluida para el delito de trata de personas, entre cuyas finalidades se encuentra “la explotación para realizar actividades delictivas”.²⁵²⁰ Las formas contemporáneas de esclavitud florecen especialmente en ámbitos con “baja legitimidad”, como el trabajo sexual, doméstico o la realización de actividades delictivas porque en estos ámbitos suele estar ya operándose lejos de la supervisión de las autoridades.²⁵²¹ En este sentido, se ha registrado un incremento de la trata de personas para su explotación en la comisión de actividades delictivas a nivel europeo,²⁵²² especialmente entre víctimas menores de edad.²⁵²³ En esta área, la identificación de las personas que cometen delitos motivadas por la coacción, etc., es muy reducida o no se tiene en cuenta,²⁵²⁴ lo que justifica la inclusión de una cláusula específica.

El fundamento de esta medida es una menor culpabilidad por carecer de alternativas *realistas* que no sean la comisión de la actividad delictiva. Esto implica que la valoración de la “proporcionalidad” de esta cláusula debe realizarse ponderando las circunstancias personales y circunstanciales de la víctima,²⁵²⁵ y cómo pueden influir en la percepción

²⁵¹⁹ Villacampa Estiarte, C./Torres Rosell, N., “Mujeres víctimas de Trata en Prisión en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 8, 2012, pp. 486 y ss.

²⁵²⁰ Tal y como indica Sánchez-Covisa Villa cuando analiza el tipo de trata, a la espera de una doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que delimite adecuadamente la cuestión, 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 española respecto del delito de trata son: a) víctimas que han sido objeto de explotación sexual obligadas a cometer una pluralidad de actividades criminales en beneficio de los tratantes, especialmente delitos contra el patrimonio o de tráfico de drogas; b) obligación de realizar funciones de colaboración en el control y vigilancia de otras víctimas; c) colaboración en la falsificación de documentos con objeto de facilitar la entrada subrepticia en España. Ver: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00005.pdf, pp. 18 y ss.; Sánchez-Covisa Villa, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, No. 52, 2016, pp. 49 y ss. La cláusula de exención de la responsabilidad estaba prevista en el artículo 26 del Convenio de Varsovia y después en el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE.

²⁵²¹ Crane, A., “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, p. 54

²⁵²² UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, p. 31.

²⁵²³ RACE in Europe Project Partners, *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe Exploratory Study and Good Practice Examples*, Anti-Slavery International, 2014 pp. 5, 63 y *passim*. http://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/trafficking_for_forced_criminal_activities_and_begging_in_europe.pdf [último acceso: 16/01/2020].

²⁵²⁴ Villacampa Estiarte, C./Torres Rosell, N., “Mujeres víctimas de Trata en Prisión en España”, pp. 484 y ss. En este mismo sentido, Rodríguez López, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 42, 2016, pp. 151-169.

²⁵²⁵ En este sentido, Villacampa Estiarte considera que esta exigencia debe interpretarse “en sentido generoso” y sin “sin limitarla a los estrechos límites de ponderación aplicados, por ejemplo, en el estado de

subjetiva de la gravedad de la amenaza porque, como hemos indicado con anterioridad, en este contexto es frecuente el recurso a sutiles formas de coacción. En caso de que no existiese la proporcionalidad, podría acudir a las eximentes incompletas del artículo 68 CP o a alguna circunstancia atenuante.

3.4 Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Por último, la inclusión de este tipo de delitos entre los que conforman el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se justifica por la relación entre este tipo de delitos y las empresas en general y las cadenas globales de suministro en particular.²⁵²⁶ La exclusión de la responsabilidad penal de las empresas en los delitos contra los derechos de los trabajadores ha sido muy criticada por la doctrina²⁵²⁷ y, con más razón, debería incluirse en el marco de las formas contemporáneas de esclavitud.²⁵²⁸

En este sentido, el artículo 2 (e) del Protocolo de la OIT sobre el Trabajo Forzoso, requiere la adopción de medidas por parte de los Estados que apoyen la diligencia debida en los sectores público y privado para prevenir y responder a los riesgos del trabajo forzoso u obligatorio; y la Recomendación que complementa a este Protocolo alienta a los Estados a que adopten medidas como “orientar y apoyar a los empleadores y a las empresas a fin de que adopten medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de trabajo forzoso u obligatorio.”²⁵²⁹

necesidad”. Ver: Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, p. 476.

²⁵²⁶ Avetta, *Eradicating Modern Day Slavery in Global Supply Chains*, 2019: <http://www.supply-chain247.com/paper/eradicating-modern-day-slavery-in-global-supply-chains#register> [ultimo acceso: 27/12/2019].

²⁵²⁷ Por todos: Pomares Cintas, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, pp. 51 y ss.

²⁵²⁸ En este sentido, los principios de Responsabilidad Social Corporativa son cada vez más relevantes a nivel internacional, lo que ha empujado a las empresas a adoptar códigos de conducta, certificaciones y programas de seguimiento. Sobre esto, ver Aaronson, A./Reeves, J. T., *Corporate responsibility in the global village: the role of public policy*, National Policy Association, Washington, 2002; Cavanna, P., *Forced Labour and Other Forms of Labour Exploitation in the Italian Agri-Food Sector: Strong Laws, Weak Protection for Migrant Workers*, Springer, 2018.

²⁵²⁹ Recomendación No. 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014. Adoptado en Ginebra, 103ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014.

*if you have never
stood with the oppressed
there is still time*
[si nunca has
defendido a los oprimidos
aún estás a tiempo]
rupi kaur (sic)²⁵³⁰

CONCLUSIONES

1. Comenzamos la investigación haciéndonos esta pregunta: “¿*La esclavitud existe?*” y señalando a continuación los datos de la OIT, la *Walk Free Foundation* y la OIM, que indican que a fecha actual (año 2020) hay aproximadamente 40,3 millones de esclavos en el mundo, que se distribuyen de manera variable en función del ámbito geográfico, el género, la edad o el tipo de explotación. Estos datos, no obstante, deben tomarse con cautela por varias razones: en primer lugar, porque su naturaleza ilícita y oculta los convierte en magnitudes difícilmente cuantificables; en segundo lugar, por las distintas metodologías empleadas y, en tercer lugar, por las múltiples concepciones de lo que abarca –y lo que no– el término paraguas “formas contemporáneas de esclavitud” o “esclavitud moderna”, fuertemente influidas por factores culturales como el grado de explotación socialmente aceptable. Esto dificulta la formulación de conclusiones y la comparación de datos para establecer tendencias, lo que a su vez obstaculiza la tarea de enunciar políticas públicas basadas en datos empíricos.

2. A pesar de esto, los informes apuntan a una relativa prevalencia del fenómeno que, como mínimo, está presente en todos los países del mundo. Para efectuar las estimaciones se tienen en cuenta factores de naturaleza fundamentalmente política, social y económica, que actúan como predictores de una situación de esclavitud u otras situaciones análogas. Las formas contemporáneas de esclavitud suelen producirse como consecuencia de intersecciones como la pobreza, el género, la existencia de un conflicto, etc., que pueden tener naturaleza estructural o individual y que actúan como condiciones necesarias o suficientes para el sometimiento o mantenimiento de una persona en una situación de esclavitud. Si bien la pobreza y la escasez de oportunidades son los factores más influyentes, hay otros como la educación, la existencia de colectivos discriminados o excluidos, el contexto industrial, las situaciones de conflicto o postconflicto, la debilidad del Estado de Derecho o la falta de transparencia, así como un defectuoso contexto regulatorio, que interactúan para crear el caldo de cultivo apropiado para la explotación. La vulnerabilidad, por tanto, es la única condición necesaria o el telón de fondo que permite que una persona o grupo de personas caigan en una situación de explotación personal muy grave y, lo más importante, que no puedan salir.

3. Con carácter previo, no obstante, es preciso determinar qué tienen en común la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos y, lo más difícil, en qué se diferencian. La

²⁵³⁰ Kaur, R., *the sun and her flowers*, 2017.

ambigüedad conceptual, producto de una regulación fragmentada, una jurisprudencia contradictoria y la acción (bienintencionada o no) de Estados, organismos internacionales, ONG y otro tipo de actores, condujo a que el concepto normativo cayera prácticamente en desuso y se utilizase simplemente por su fuerza evocativa o para llamar la atención sobre prácticas que se pretendían erradicar. La elasticidad del término “esclavitud”, que se utilizó para referirse a situaciones como el apartheid o el colonialismo, impidió la asignación de responsabilidades o extraer otros rendimientos prácticos de los conceptos hasta que fue utilizado por el TPIY en *Kunarac*, aplicándolo a una situación de facto.

A partir de entonces los Tribunales internacionales han recurrido al concepto de esclavitud de facto con cierta frecuencia y han consolidado una jurisprudencia al respecto. El planteamiento suele ser apropiado, pero no así su aplicación práctica porque, o bien se centran en elementos no esenciales del delito sin comprender que la verdadera naturaleza de una relación de control no se modifica unilateralmente por el etiquetamiento como “matrimonio” por una de las partes (*Krnojelac, Brima y Sesay*); o bien le añaden nuevos elementos que no se encuentran en la definición, como un dolo especial de “obtención de ganancia económica o de otro tipo” (*Duch*).

La jurisprudencia del TEDH ha sido especialmente irregular, reconociendo exclusivamente la esclavitud legal y no de hecho (*Siliadin*), pero utilizando a la vez los argumentos de *Kunarac* para justificar la inclusión de la trata de seres humanos en el ámbito de aplicación del artículo 4 (*Rantsev*) y para determinar que un matrimonio es esclavitud si el pago que se realiza equivale a la transferencia de la propiedad (*MC y Otros*). Por otro lado, en relación con los trabajos forzados y la servidumbre sus pronunciamientos han sido muy útiles, aunque nuevamente dubitativos sobre el papel de las condiciones laborales impuestas en la relación de trabajo forzoso. A pesar todo esto, puede afirmarse la existencia de una cierta consolidación del contenido normativo de los conceptos, especialmente la esclavitud, en la jurisprudencia internacional.

4. La claridad conceptual permite la asignación de responsabilidades, el diseño de políticas eficaces para combatir las formas contemporáneas de esclavitud y la protección más adecuada de los derechos de las víctimas y el reo. Estas exigencias de precisión varían según el área del Derecho: en el ámbito penal los estándares son más altos por estar en juego los principios de legalidad, proporcionalidad, intervención mínima y los derechos procesales, mientras que en el Derecho internacional de los derechos humanos se admite cierta flexibilidad, aunque también son importantes para no vaciar de contenido los conceptos e identificar adecuadamente las obligaciones de los Estados.

5. En este trabajo proponemos el reexamen de las definiciones de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados teniendo en cuenta el Derecho internacional vigente y cómo ha sido aplicado. La revisión previa revisión de su contexto histórico, legal y filosófico nos sirve, fundamentalmente, por tres razones: en primer lugar, para comprender los matices que han adoptado estas prácticas a lo largo del tiempo y las diferencias entre sí – cuando las ha habido – porque, en definitiva, las categorías de violencia, el control, etc., son comunes a todas estas formas de explotación humana y comparten una esencia de

degradación y deshumanización. En segundo lugar, permite rastrear la transformación jurídica de los sistemas esclavistas o de otro tipo, y comprobar cómo todos los sistemas europeos estuvieron influenciados, en mayor o menor medida, por la doctrina romana del *dominium*. Por último, con el análisis del pensamiento legal-filosófico observamos que los cambios sociales que condujeron a la abolición estuvieron acompañados de una predisposición ideológica a la libertad hasta que se asentó como ideal civilizatorio. De forma congruente con el ideal liberal antiesclavista, la abolición supuso un punto final a sus pretensiones. No obstante, eso no significó la desaparición de la esclavitud en la práctica.

6. Esclavitud

a) La esclavitud se ha caracterizado por su carácter extremadamente dúctil, y hay evidencias de la existencia de esclavos desde las primeras civilizaciones. El Derecho romano es el primer ordenamiento conocido que creó una regulación sistemática al respecto, al aplicar la doctrina jurídica del dominio a la relación esclavo/dueño. De este modo, la relación se entablaba entre el dueño y el esclavo (*res*), sobre el que podían ejercitarse todas las facultades asociadas a la propiedad (*usus, fructus, etc.*). La institución pervivió a lo largo de la Edad Media con una menor importancia que la que había tenido durante el periodo romano, pero regulada de manera semejante porque la práctica romana pervivió en los pueblos germánicos a través del *Ius commune* y otras normas. En esta época comienza a consolidarse la idea de que la esclavización era legítima entre cristianos y musulmanes, pero no entre pueblos cristianos entre sí, aunque se aceptaba como una práctica permitida en el Derecho natural.

La llegada de los reinos de la Península ibérica a las Américas supuso el resurgimiento de la importancia económica de los esclavos, y también de su interés legal. Frente a algunas normativas que limitaban la esclavización de los amerindios, una sucesión de juristas justificó la esclavitud a través del Derecho natural o del *ius gentium* o Derecho de la guerra. El pensamiento de los juristas que fundamentó las bases del Derecho internacional evolucionó hacia un tratamiento cada vez más humanitario de los esclavos, pero estuvo muy centrado en las relaciones entre cristianos/no cristianos y con planteamientos poco prácticos sobre la justificación de la esclavización masiva de africanos fuera de contextos de guerra.

La Ilustración y el pensamiento liberal contribuyeron a una progresiva deslegitimación de los argumentos que apoyaban la esclavitud basándose en un supuesto orden o justicia natural. Posiblemente, el trasfondo filosófico que situó el ideal de la libertad en el centro de las aspiraciones personales ayudó a crear un contexto favorable para que el movimiento abolicionista ganara un gran apoyo popular, que finalmente se tradujo en una obstinada política exterior británica para lograr imponer la abolición en todos los países del mundo. De este modo, a principios del siglo XX se había alcanzado el consenso necesario para negociar la Convención de 1926 sobre Esclavitud, que obligaba a la abolición de “todas sus formas”.

b) El hecho de que la esclavitud esté prohibida internacionalmente es un hecho incontestable, puesto que ha sido contemplada en convenios posteriores y su prohibición ha sido declarada norma de *ius cogens* con obligaciones *erga omnes*. Pero ¿cuál es su contenido legal? Para determinarlo tenemos que responder a dos preguntas: en primer lugar, cuál es la definición en vigor y, en segundo, cómo debe interpretarse. Como se trata de una norma internacional, debemos tener en cuenta el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, que se refieren al contexto en el que fue redactado (*travaux préparatoires*), a todo acuerdo posterior que apunte a la existencia de un consenso sobre la interpretación del tratado, así como a toda forma de Derecho internacional aplicable. Además, al tratarse de un tratado de Derechos humanos, intervienen los principios de interpretación dinámica y efectividad.

Al examinar la práctica ulterior seguida por los Estados se demuestra que la definición de la Convención de 1926 es la que sigue en vigor. En el contexto de Naciones Unidas, fue reproducida en la Convención Suplementaria de 1956, después de que el Comité Especial sobre la Esclavitud determinara expresamente que la definición de la Convención de 1926 era la que seguía en vigor y, más recientemente, en 1998 fue incluida literalmente en el Estatuto de Roma. Otros tratados que mencionan la esclavitud hacen referencia a la definición de 1926 en los *travaux préparatoires* (Protocolo de Palermo y Convenio de Varsovia), o bien a través de los organismos con competencias para su interpretación (CIDH, CEDEAO). Por otro lado, la jurisprudencia internacional ha aplicado regularmente la definición a partir de la sentencia *Kunarac*, que estableció su carácter de derecho consuetudinario y que ha sido confirmado en posteriores sentencias.

La segunda cuestión es más problemática porque el consenso no es tan evidente, pero también puede resolverse acudiendo a las reglas de interpretación. Las preguntas que debemos abordar previamente son dos: ¿la interpretación ha evolucionado para abarcar no sólo la esclavitud en sentido estricto sino otras formas de explotación como la servidumbre o los trabajos forzados? ¿o se reduce a la definición de esclavitud legal?

La respuesta a ambas preguntas es negativa. El concepto de esclavitud no ha evolucionado a uno “amplio” que abarque otras formas de explotación con las que se suele vincular, como el trabajo infantil o el trabajo forzoso. Tampoco a uno que se ciña exclusivamente a la esclavitud legal. En primer lugar, por el propio tenor literal del tratado, confirmado por los *travaux préparatoires*, que demuestran la intención de los Estados de excluir otras formas de explotación y ceñirse a la esclavitud en sentido estricto, tanto legal como no legal. Por esta razón habla de “estado” o “condición” y de “atributos del derecho de propiedad”, en lugar de “estatus en el que se ejerce el derecho de propiedad sobre una persona”, como iba a ser la redacción original. Por otro lado, el consenso posterior reflejado en el Estatuto de Roma de 1998 y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales muestra que se han ceñido a exclusivamente a la definición de esclavitud, de hecho y de derecho, sin ampliarlo a otras prácticas y vinculándolo al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad.

c) Una vez determinado el alcance de la definición, el significado de “los atributos

del derecho de propiedad” sitúa el concepto de esclavitud en el paradigma de la propiedad y sus facultades vinculadas. Esto plantea el problema de que las facultades pueden estar presentes en situaciones que no son equivalentes a la esclavitud. Un empresario se beneficia del fruto del trabajo de sus trabajadores y, por regla general, no significa que sean sus esclavos. Esto nos lleva a preguntarnos si todos los atributos tienen el mismo valor y si *siempre* son indicativos de una situación de esclavitud. ¿Hay alguno que tenga carácter esencial?

Las características de generalidad, abstracción y elasticidad del derecho de propiedad posibilitan que algunas facultades estén ausentes –por ejemplo, el usufructo– sin que se vea afectado el derecho de propiedad en sí mismo, puesto que la única característica que debe estar presente en todos los casos es el señorío general o control efectivo que equivale a posesión. El resto de los atributos como la facultad de obtener frutos, de administración, transmisión, disposición, etc., cobran sentido exclusivamente sobre la base de la posesión fáctica, porque son exteriorizaciones de la existencia de un control más amplio. En resumen, lo que determina que una relación tenga el carácter de esclavitud es la presencia de un control directivo y al que la persona no puede oponerse, tanto si se manifiestan todas las facultades como si sólo algunas.

7. *Servidumbre*

a) Las prácticas serviles han sido una constante histórica. Se han manifestado a través de figuras con niveles variables de sujeción, a medio camino entre las personas libres y esclavas. En la época romana, por ejemplo, se institucionalizó la figura del colono, que era una persona adscrita a la tierra que mantenía la libre disposición de sus bienes. Las dinámicas de la Alta y Baja Edad Media favorecieron el cambio del modo de producción que generó una clase social de siervos, personas obligadas a trabajar la tierra y cuya condición era hereditaria. Tenían características muy diferentes en función del ámbito geográfico y el concreto periodo histórico, pero en general compartían los siguientes rasgos: la relación de sometimiento era *menos* intensa que en la esclavitud, estaban ligados a los medios de producción y conservaban un cierto grado de autonomía.

El fin del feudalismo no significó la desaparición de la servidumbre, puesto que se generaron otras dinámicas de dependencia personal como las encomiendas en las Américas o el “*indentured labour*” asegurado mediante contrato. La DUDH sería la primera declaración que contempló la prohibición de la servidumbre, y el primer tratado específico que la aborda es la Convención Suplementaria de 1956. En esta Convención se sustituye el término “servidumbre” por “prácticas análogas a la esclavitud”, posiblemente motivados por la intención de los Estados de no comprometerse a abolirlas inmediatamente. En la DUDH (1948) se había declarado su prohibición absoluta, y hubiera supuesto un paso atrás que en 1956 se promoviera su abandono “progresivamente y a la mayor brevedad posible”, como finalmente se hizo.

b) La práctica posterior reflejada en los posteriores tratados muestra, de forma casi unánime, que la Convención Suplementaria de 1956 es considerada el instrumento en

vigor que regula la servidumbre. El problema que se plantea es que la Convención no define la servidumbre, sino que enumera cuatro prácticas muy heterogéneas de las que es difícil extraer un rasgo común. Por esta razón, nos preguntamos si la Convención de 1956 establece un sistema *numerus clausus*, de modo que únicamente el listado de prácticas se consideran servidumbre, o si tiene otro significado independiente. Las razones que llevan a rechazar la primera opción son dos: en primer lugar, porque de los *travaux préparatoires* no puede deducirse que los redactores pretendieran realizar una lista exhaustiva, que se confirma con el tenor literal del artículo 1 y su referencia a la doble naturaleza esclavitud/servidumbre; y, en segundo lugar, porque en la práctica posterior se han desarrollado unos criterios normativos ajenos a la Convención, alcanzándose un cierto consenso al respecto.

En este sentido, a diferencia de la esclavitud, la práctica posterior a la Convención de 1956 ha sido titubeante a la hora de otorgar un contenido definido del concepto de servidumbre. En los *travaux préparatoires* del PIDCP apuntaba a que se trata de una forma de dominación contraria a la dignidad menos intensa que la esclavitud. No obstante, el concepto que parece estar consolidándose, al menos en el ámbito regional europeo y americano, es el concepto desarrollado por el TEDH en la jurisprudencia sobre el artículo 4, dándole un contenido coherente con el que ha tenido como institución histórica.

c) El TEDH ha identificado tres elementos: el primero, la utilización coactiva de la fuerza de trabajo; el segundo, la privación significativa de libertad; y, por último, el sentimiento de la víctima de que su situación es permanente. De este modo, configura la servidumbre como una modalidad agravada de trabajo forzoso que no alcanza la intensidad de la injerencia en la libertad de la esclavitud, desarrollada “bajo el imperativo de la coacción”, a diferencia de la explotación laboral.

A la hora de determinar el primer elemento, debe de tenerse en cuenta la percepción subjetiva de la amenaza y el tipo y volumen del trabajo impuesto, valorando las características personales y objetivas para determinar si ha podido consentir. Es decir, debe existir una amenaza de pena “lo suficientemente intimidante” teniendo en cuenta que determinadas circunstancias como la edad o la condición administrativa pueden influir en la valoración. Tras este primer paso, se examina si la persona se encontraba en una situación de aislamiento que la ha llevado a la percepción de que su situación es permanente. El aislamiento se provoca por el control sobre distintos aspectos de la vida de la víctima aparte del trabajo, valorando circunstancias como la ausencia de redes de contacto o la imposibilidad de formarlas, la restricción de la libertad deambulatoria o la obligación de convivir con los empleadores, entre otros aspectos. La servidumbre es un fenómeno complejo, por lo que habrá que tener en cuenta las distintas formas de coacción que pueden generar aislamiento y que no siempre van a consistir en una amenaza directa.

8. Trabajos forzosos

a) Históricamente, los trabajos forzosos eran aquellos impuestos por los gobernantes o por el Estado como castigo, elemento correccional o para el desarrollo económico de

una región. En muchos casos la gravedad de los abusos era tal que, en la práctica, no se diferenciaban de la esclavitud salvo en el hecho de que los imponía el Estado por motivos justificados. Por esta razón, el significado contemporáneo del trabajo forzoso –especialmente los trabajos impuestos entre particulares– está muy vinculado a su evolución normativa a partir de los años 70 y a cómo ha sido interpretado por la jurisprudencia internacional, especialmente por el TEDH.

La evolución normativa tras el Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso nos permite afirmar que la definición contenida en este Convenio es la que se encuentra en vigor. A esto ha contribuido la acción del CEACR con su adaptación y reinterpretación a través de los Estudios Generales y la propia OIT con la elaboración del Protocolo de 2014 sobre el trabajo forzoso, donde reafirma expresamente la vigencia de la definición de 1930. En términos generales, la definición del Convenio No. 29 es a la que se refieren los *travaux préparatoires* de los tratados más recientes donde se menciona el trabajo forzoso –como el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia–, y es la señalada como punto de partida por los órganos encargados de la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos, como el TEDH y la CIDH. El PIDCP y el Comité de Derechos Humanos ponen la única nota discordante cuando afirman que la definición del Convenio No. 29 no es “enteramente satisfactoria”. No obstante, a la hora de aplicarlo la discrepancia es más aparente que real, puesto que el CDH ha utilizado una definición casi idéntica a la del Convenio con la coacción como aspecto central, y destacando el aspecto degradante y deshumanizador del trabajo forzoso. Este aspecto no es contrario a la definición de la OIT, al contrario, ha sido resaltado como uno de los indicadores de la existencia de trabajo forzoso.

b) Para la interpretación del concepto debemos tener en cuenta las aportaciones del CEACR y de la jurisprudencia internacional, especialmente la del TEDH, que se ha pronunciado al respecto con relativa frecuencia. La definición contiene tres elementos: “trabajo o servicio”, que se realiza “bajo la amenaza de una pena” y de forma “no voluntaria”. Las excepciones al trabajo forzoso –servicio militar obligatorio, obligaciones cívicas normales, trabajo exigido en virtud de una sentencia, trabajos exigidos por fuerza mayor o trabajos comunales– delimitan su contenido supeditándolo a las nociones de interés general y solidaridad social. Esto tiene dos consecuencias: la primera, que en esos casos no es que exima de responsabilidad ante ciertos casos constitutivos de trabajos forzosos, sino que simplemente *no* tienen ese carácter; y, la segunda, que si el trabajo se realiza en el ámbito de alguna de las excepciones pero excede los límites para considerarlo dentro del marco de la solidaridad social o “lo que es normal en el transcurso de las cosas”, constituye trabajo forzoso.

Lo que determina que sea un “trabajo o servicio” relevante a efectos del trabajo forzoso es la naturaleza de la relación y no la legalidad del trabajo, la condición del sujeto pasivo o si tiene consideración de actividad económica dentro del Estado. Es decir, una persona es “trabajadora” a estos efectos si realiza para otra cualquier clase de actividad, con independencia de que tenga o no una condición de trabajador a efectos del derecho

interno.

c) El elemento “amenaza de una pena” es una cuestión central en el concepto de trabajo forzoso. Hay dos factores que determinan que la amenaza de pena sea relevante: uno objetivo, porque tiene que ser una amenaza “lo suficientemente intimidante”, y otro subjetivo, que tiene que ver con el efecto que tiene en la víctima. En la práctica, se ha interpretado de forma muy amplia, abarcando desde la sanción penal hasta la pérdida de privilegios, aunque debe matizarse que la penuria económica no equivale a amenaza de pena y sólo es relevante en conjunción con otros factores. En el aspecto subjetivo influye la percepción subjetiva de la amenaza, es decir, que sea *equivalente* en términos de gravedad, incluso aunque no sea una amenaza real o no sea tan grave. Para ello se tienen en cuenta sus circunstancias personales –como la edad, una especial condición física, tener personas a su cargo, etc.–, circunstanciales –situación administrativa irregular–, o creadas por el autor.

“Para el que el individuo no se ofrece voluntariamente”. El consentimiento está muy vinculado a lo anterior, porque la existencia de una amenaza impide que se pueda consentir válidamente. Un elemento fundamental en el trabajo forzoso es que el individuo no puede abandonar el trabajo o revocar su consentimiento. Esto plantea dos cuestiones fundamentales: ¿en qué condiciones se puede consentir válidamente? ¿qué puede consentir? La primera pregunta dependerá de la amenaza y la percepción subjetiva de la amenaza, pero la segunda pregunta tiene un trasfondo mucho mayor: ¿es necesario que las condiciones impuestas sean abusivas o denigrantes? Es decir: ¿las condiciones laborales son un elemento *aparte* de los mencionados en la definición?

Si se analiza la jurisprudencia internacional, este aspecto es uno de los menos claros. No obstante, la manera en la que ha sido aplicado apunta a que las condiciones de trabajo tienen importancia para valorar *qué* se puede consentir. En otras palabras, la persona no puede consentir a unas condiciones extremadamente denigrantes y deshumanizadoras. Si es así y se identifica la presencia de amenaza, se considera trabajo forzoso aunque aparentemente la persona haya consentido. Por otro lado, el “tipo y volumen de trabajo” sirve para diferenciarlo de “echar una mano” en la convivencia doméstica, es decir, es un test de proporcionalidad que limita el consentimiento previo y su carácter modificador de una situación de trabajo forzoso.

En las excepciones al trabajo forzoso tiene una especial importancia este juicio de proporcionalidad y la noción de interés general. Sólo la justificación por razones de solidaridad social, etc., permite que la amenaza para realizar un trabajo no voluntario no se considere trabajo forzoso, justificación que decae si la carga impuesta es desproporcionada. Para determinar esto último, en la imposición de obligaciones cívicas se tiene en cuenta el tipo de actividad exigida, que existan compensaciones de algún tipo y, en general, que haya un equilibrio. En el marco de las sanciones impuestas por sentencia judicial, se tienen en cuenta los fines que se pretenden alcanzar, la naturaleza de la actividad, la forma de llevarla a cabo y la existencia de otras remuneraciones, como la reducción de pena, de modo que no sobrepase el “límite ordinario”, límite que también se tiene en

cuenta para el trabajo militar obligatorio.

9. Trata de seres humanos

a) Antes del Protocolo de Palermo, lo que hoy conocemos como trata de personas eran dos fenómenos distintos con genealogías diferentes: por un lado, la trata de esclavos y, por otro, la trata de mujeres y niños. La definición de trata de personas, por tanto, está estrechamente vinculada a la evolución de la normativa, que recibe un gran impulso a partir de los años 90.

Históricamente se trazó una línea que distinguía la trata de esclavos, identificada con el proceso de compraventa, y la trata de mujeres y niños, que estaba ligada al traslado de mujeres con fines de explotación sexual y a la prostitución. Por esta razón, el régimen contra la trata de esclavos sigue el mismo camino que la esclavitud y su movimiento abolicionista, mientras que la trata de mujeres y niños se sitúa en la línea del movimiento abolicionista de la prostitución y está imbuida de cuestiones morales relacionadas con la percepción de la dignidad de las mujeres blancas. Esto tiene su reflejo en la sucesión de tratados desde 1904 en adelante, que pasan de la prohibición de la adquisición de mujeres “con fines de darlas a la vida inmoral” a la prohibición de la explotación de la prostitución ajena o su facilitación. En el proceso, la coacción deja de ser un elemento constitutivo de la trata, por lo que la prostitución acaba siendo sinónimo de trata o esclavitud sexual.

b) El Protocolo de Palermo unifica ambas genealogías, aunque sigue siendo deudor de los planteamientos previos y del contexto en el que se dicta: uno en el que la trata es el producto del incremento de la delincuencia organizada y de alarma ante la migración masiva. La definición contenida en el artículo 3 se erige como definición contemporánea aceptada de trata de personas, a pesar de que no coincida con las definiciones previas. El “ulterior acuerdo” es unánime al respecto: todos los instrumentos internacionales que se han aprobado con posterioridad parten de la definición del Protocolo, al igual que los tribunales internacionales que se han pronunciado sobre la trata de personas (CIDH y TEDH). En este sentido, el Convenio de Varsovia indica expresamente que no pretende sustituir al Protocolo sino *complementarlo*, lo que es coherente con su propósito de mejorar cooperación interestatal contra la trata, puesto que no tendría sentido una modificación de la definición que únicamente dificultara la persecución penal y el cumplimiento con el principio de doble incriminación. La UE ha sido especialmente activa y ha institucionalizado la lucha contra la trata, armonizando algunos aspectos y partiendo de la definición del Protocolo.

c) La definición de trata crea una estructura con tres elementos: “acción”, “medios comisivos” y “finalidad de explotación”. En el primer elemento se incluyen todas aquellas acciones que llevan a un resultado de explotación, que no tienen por qué tener carácter transfronterizo ni estar relacionado con la delincuencia organizada, elementos expresamente descartados durante el proceso de negociación. Respecto al elemento “medios comisivos”, se incluyen todos aquellos que tienen el efecto de coaccionar —o determinar— a una persona para que emprenda el proceso, medios que pueden ser más o menos directos.

Uno de esos elementos es el abuso de situación de vulnerabilidad, que significa que el autor se ha aprovechado, de forma relevante y suficiente, de una determinada situación de la víctima que la sitúa en una posición desfavorable por sus características innatas o circunstanciales.

El último elemento es la finalidad de explotación, que debe abarcar una serie de conductas mínimas –esclavitud, explotación sexual, tráfico de órganos, etc.–, sin perjuicio de que los Estados dicten una normativa más protectora. Algunos autores han asimilado la trata con sus finalidades de explotación, pero esta interpretación no se sostiene por varias razones: en primer lugar, por el propio tenor de la definición –*propósito* de explotación– y los *travaux préparatoires*, donde se refleja que la trata lleva implícito el movimiento que facilita el desarraigo; en segundo lugar, porque la trata se ha regulado siempre de forma distinta a cada una de las figuras de explotación contenidas; y, por último, porque vaciaría de contenido práctico el delito de trata.

En definitiva, el injusto de la trata reside en el sometimiento de la persona a un proceso abusivo que resulta en una mayor vulnerabilidad a la explotación, diferente de la migración ilegal por la utilización de determinados medios comisivos y una finalidad de explotación, aunque en la práctica debe huirse de los binarios simples y comprender que hay formas sutiles de coacción.

10. *El continuum de control*

La fijación de fronteras entre las distintas prácticas permite apuntalar el significado independiente de cada una de ellas. Para ello debemos identificar cuál es el punto de conexión que hace que todas las figuras estén relacionadas y podamos decir que una es más grave que la anterior.

Una primera aproximación sugiere que la relación entre ellas es un *continuum* de explotación, es decir, que la mayor o menor gravedad de las condiciones de explotación: cuanto más graves sean, más nos acercamos a la esclavitud. Si bien puede servirnos de utilidad, este modelo desdibuja el significado esencial de las formas contemporáneas de esclavitud como figuras de control y dependencia personal. Tampoco ofrece criterios claros –¿cuándo se consideran graves? ¿qué condiciones son más importantes? ¿qué papel juega, por ejemplo, el impago de salarios? –, ni explica por qué puede existir esclavitud sin existan trabajos forzosos o servidumbre, por ejemplo, cuando una persona es heredada o vendida en un contexto de control equivalente a posesión.

El modelo que mejor explica la relación entre el trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud es el *continuum* de control. La esclavitud se situaría en el extremo del *continuum* porque es donde se ejercen los poderes fácticos de control con mayor intensidad, no porque se hayan impuesto las condiciones laborales más graves. Este enfoque permite identificar el aspecto esencial de las formas contemporáneas de esclavitud, delimitarlas entre sí en función del grado de control ejercido y distinguirlo de la explotación laboral, aunque las condiciones laborales deban tenerse en cuenta para evaluar el consentimiento

o la existencia de amenaza.

Desde el punto de vista del control, la esclavitud se caracteriza por el ejercicio de unos atributos o facultades como la disposición, compraventa, usufructo, etc., que únicamente son relevantes en presencia de una situación de sujeción que permite un control directivo abstracto equiparable al verdadero derecho de propiedad. De hecho, los indicadores de una situación de esclavitud apuntan fundamentalmente al control de la autonomía individual. Por otro lado, los elementos identificativos de la servidumbre en relación con el trabajo forzoso también apuntan a esta noción de control: “obligación de vivir en propiedad ajena”, “restricción particularmente grave de libertad”, “sentimiento de que su situación es permanente”, son indicadores de exclusión, aislamiento y, en general, limitación de la libertad de movimientos.

En el trabajo forzoso, en cambio, el control no llega a determinar el aislamiento y se ciñe a la coacción física o mental para realizar un trabajo o servicio. Lo relevante es que la persona no puede abandonar ni revocar el consentimiento y, por esa razón, lo importante es tanto la amenaza como la percepción subjetiva equivalente de la gravedad de la amenaza, que debe ser idónea para que la opción más racional de la persona sea realizar el trabajo. Aquí se encuentra el *quid* de su delimitación con la explotación laboral: en la explotación laboral a la persona no se le impone una condición de trabajador que no puede rechazar, y su situación no empeora –o piensa que va a empeorar– si se niega a realizar el trabajo sino que, en todo caso, sigue igual.

En la trata de personas, la exigencia de determinados medios comisivos como las amenazas, violencia, etc., hace que la coacción también sea uno de los ejes centrales. Si bien no se relaciona con las demás figuras del mismo modo que lo hacen la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos, comparten un mismo núcleo y naturaleza: de figura que atenta a la libertad de la víctima, su seguridad y autodeterminación.

11. *La determinación del bien jurídico protegido*

Desde la perspectiva del Derecho penal, el bien jurídico nos da otra perspectiva al poner el énfasis en el contenido del injusto. Esto nos proporciona información útil para interpretar los tipos penales, para determinar con mayor precisión sus contornos y los ataques penalmente relevantes, y para ponderar la reacción punitiva adecuada ante un determinado comportamiento. La pregunta que nos planteamos es ¿qué efecto constatable en la vida real perjudicial para la convivencia social se produce cuando se llevan a cabo las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos y trata? En general, la trata de personas se ha vinculado con la protección frente a los atentados contra la integridad moral, el *status libertatis* y la dignidad humana. Aunque todos ellos abarcan aspectos de la noción de sometimiento, únicamente el concepto de dignidad tiene la capacidad de capturar la esencia de deshumanización característica de las formas contemporáneas de esclavitud. Y, más en concreto, el derecho a tener derechos.

En primer lugar, si caracterizamos la integridad moral como el derecho de la persona

a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimiento, físico o psíquico, humillante, vejatorio o envilecedor, o a no ser sometido a métodos o procedimientos que las puedan provocar, el principal motivo para rechazarla como único bien jurídico protegido de las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos y trata es que se centra en uno de los aspectos de la relación de sometimiento y no abarca la dominación o la restricción significativa de libertad. Así, si bien una conducta de sometimiento a esclavitud siempre va a suponer trato degradante, no sucede lo mismo al contrario. La integridad moral no da las claves para distinguir las conductas, ni ofrece criterios interpretativos para delimitarlas de la explotación laboral.

En segundo lugar, también se rechaza la opción del *status libertatis* como bien jurídico porque, tal y como ha sido configurado por el Tribunal Constitucional, tiene un significado vinculado al poder de resistencia de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos y a la relación de sujeción entre las personas privadas de libertad y los poderes públicos. Además, el riesgo de poner todo el énfasis en la libertad reduce la capacidad de delimitar lo protegido en las conductas de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.

En tercer lugar, cuando examinamos el papel de la dignidad como bien jurídico, llegamos a la conclusión de que es un concepto apropiado pero que requiere matizaciones. El concepto de dignidad está muy arraigado al contexto socio-cultural e histórico, relacionado con el reconocimiento jurídico y social de la identidad personal a través del ejercicio de un conjunto de derechos. A pesar de su uso frecuente en los discursos políticos y constitucionales, se trata de una idea tan abstracta, polivalente y flexible, que algunos autores dudan de su capacidad para ser un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, su delimitación negativa en la jurisprudencia internacional como prohibición de instrumentalización y el reconocimiento de que tiene un ámbito de protección propio que no necesariamente tiene que coincidir con el resto de derechos personales permite sostener su aptitud para ser bien jurídico penalmente protegido. En este sentido, la dignidad en su vertiente de no instrumentalización es un elemento que apunta a lo esencial de lo que se prohíbe con las formas contemporáneas de esclavitud.

No obstante, los rendimientos prácticos que pueden extraerse del concepto de dignidad en este contexto son escasos, y no ofrece pistas sobre qué conductas de las que pueden suponer la instrumentalización de una persona son relevantes a efectos de un delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos. Por esta razón se emplea un concepto que, estando muy arraigado al de dignidad, captura mejor el efecto perjudicial: la protección frente a la destrucción de la personalidad jurídica, o el “derecho a tener derechos”. Este concepto hace referencia a la colocación prolongada de la persona fuera de la protección del Derecho, en un limbo de indeterminación jurídica. La referencia a la “destrucción de la personalidad jurídica” como aspecto esencial en las formas contemporáneas de esclavitud se utiliza con cierta frecuencia en la jurisprudencia internacional y en los *travaux préparatoires* de los tratados que contemplan las formas contemporáneas de esclavitud, porque es lo que permite la afcción global a sus derechos: a través del

control de distintas esferas –que varían en función del tipo de figura que se trate–, se consigue limitar la autonomía de la voluntad y su autodeterminación personal.

Una vez esbozado el contenido normativo de cada una de las conductas y tras haber analizado dónde reside el elemento esencial del injusto, se desarrollan tres argumentos para justificar la necesidad dogmática y político-criminal de incluir un delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos en el Código Penal español: el primero relacionado con las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 CEDH, el segundo con el bien jurídico y el tercero utilizando la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Los principios básicos del Derecho penal, como el principio de necesidad, de intervención mínima, de fragmentariedad, etc., se tratan de forma transversal y más o menos directa en cada uno de los bloques argumentales.

12. *Obligaciones positivas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Las obligaciones positivas surgen del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos y la función protectora del Estado, que no se limita a la obligación de abstención –vertiente negativa– sino que en ciertos casos tiene la obligación de “hacer algo” –vertiente positiva–. La intensidad de este deber de actuación depende del ámbito de protección infringido y el tipo de derecho que se trate. En el caso de los derechos absolutos como la prohibición de esclavitud, los estándares de protección son más altos y no se ponderan de la misma forma que los derechos relativos como la libertad de expresión.

El TEDH ha desarrollado una prolija jurisprudencia de las obligaciones positivas basándose en el artículo 1 CEDH que habla de la necesidad de *garantizar* los derechos contenidos en el Convenio, aunque ha rechazado desarrollar una teoría general. Con sus aportaciones en relación con el artículo 4 y otros derechos absolutos, podemos llegar a la siguiente conclusión relacionada con la obligación de crear un marco normativo efectivo: que para cumplir adecuadamente con esta obligación positiva debe tipificarse expresamente un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, y de una manera que evite las lagunas de punibilidad.

Las razones que ha desarrollado para justificarlo son las siguientes: en primer lugar, porque el Derecho penal es la única rama del Derecho con la capacidad disuasoria necesaria para prevenir los abusos de la gravedad del artículo 4; en segundo lugar, porque la existencia de un delito específico permite plantear la investigación de una manera más efectiva y garantizar el acceso al recurso por parte de la víctima; y, por último, para evitar lagunas de punibilidad. En definitiva, no se trata de un derecho subjetivo de la víctima a la intervención punitiva del Estado, sino que está enfocado a la prevención de futuras víctimas. El TEDH utiliza los mismos argumentos (efecto disuasorio, idoneidad, etc.), que pueden aplicarse en el análisis desde la perspectiva del Derecho penal nacional.

13. *El bien jurídico*

La teoría del bien jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas plantea dudas porque no es realmente necesaria en un marco constitucional en el que ya hay controles de constitucionalidad que cumplen la misma función. En este sentido, en nuestro sistema penal no existe un mandato de incriminación. El legislador tiene un amplio margen de actuación con el límite de la Constitución y la obligación de preservar el sistema constitucional de libertades. No obstante, esto no significa que el bien jurídico carezca de funcionalidad.

La determinación del bien jurídico de un delito sirve para excluir los actos que son irrelevantes penalmente, para definir el área de tutela de aquellas conductas que lo ponen en riesgo, y para una mejor ponderación cuando nos encontremos ante normas de permisión. Además, la existencia de un “fin legítimo”, que no esté constitucionalmente proscrito ni sea socialmente irrelevante supone un límite constitucional a la intervención penal legítima y una herramienta que se utiliza de forma transversal en el juicio de proporcionalidad en sentido amplio. El bien jurídico asigna un peso abstracto a los derechos fundamentales y les asigna una jerarquía, informando así la racionalidad de la intervención punitiva.

Desde este punto de vista, los delitos existentes no abarcan la complejidad de los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados que afectan de un modo singular a la dignidad y a la prohibición de instrumentalización, y que someten a una persona y la sitúan de forma prolongada fuera de la protección del Derecho. En los delitos contra los derechos de los trabajadores los intereses tutelados son los derechos de los trabajadores que se proyectan en otros bienes jurídicos específicos, como la integridad física o la salud. Es decir, se protege frente a la imposición de unas *condiciones*, no frente a la imposición de la *condición personal* de trabajador, que afecta a la autonomía individual de una manera más intensa. La existencia de condiciones laborales ilegales es una de las *consecuencias* de la relación de sometimiento, producto de una situación de aislamiento o de privación significativa de la libertad –en el caso de la esclavitud y servidumbre–, pero no la causa, razón por la que es posible afirmar que estos delitos no comprenden todo el injusto. Esto tiene su reflejo, por ejemplo, en las distinciones que realizan estos artículos entre trabajadores en función de su situación administrativa regular o irregular. Si bien tiene sentido desde la perspectiva del bien jurídico de estos delitos, no desde el de las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

En relación con los delitos de imposición de tratos degradantes, amenazas, coacciones y detención ilegal, también llegamos a la misma conclusión. Estos delitos casi siempre van a estar incluidos en el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, porque se trata de conductas degradantes y deshumanizadoras que tienen aptitud de provocar sentimientos de humillación, pero no ocurre lo mismo al contrario. De este modo, por sí mismos no tienen capacidad de delimitar adecuadamente el ámbito de protección de las conductas de sometimiento a esclavitud, etc., frente a intromisiones ilegítimas. Por otro lado, el único caso en el que se abarca, al menos parcialmente, el injusto del trabajo forzoso es en el de prostitución coactiva, porque en este caso sí se trata de la

imposición de una condición de trabajadora sexual.

En definitiva, aunque sea plausible aplicar un concurso de delitos, no tener un delito específico de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos dificulta la tarea de extraer rendimientos del bien jurídico como instrumento de interpretación.

14. *Principio de proporcionalidad como orientación político-criminal*

El principio de proporcionalidad tiene un doble carácter: de presupuesto técnico jurídico donde descansan los criterios que inspiran las exigencias político-criminales y como principio limitador del *ius puniendi* estatal. Se encuentra presente en todas las fases del castigo, y parte de que toda acción que afecte a derechos fundamentales debe ser un recurso útil, imprescindible y ventajoso. Así, en el momento de la amenaza penal el legislador debe fijar el marco de proporcionalidad en abstracto para dar información al juez sobre los límites de la actuación proporcionada. A su vez, este marco será ajustado por el juez a las circunstancias del hecho concreto.

En el momento de diseñar la amenaza penal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es un marco analítico que permite racionalizar la actuación legislativa teniendo en cuenta los intereses en conflicto y asignándoles un peso a cada uno de ellos. De este modo, el principio de proporcionalidad no nos dice cuál es la respuesta correcta, pero nos permite comparar varias opciones utilizando los principios de Derecho penal que normalmente se analizan de modo fragmentario, comprobando que con la medida ganamos más que lo que perdemos –en clave de derechos– en relación con la finalidad perseguida.

Desde esta perspectiva, podemos valorar la racionalidad de nuestra propuesta de introducir un delito específico de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos. El esquema desarrollado por el Tribunal Constitucional basándose en el test alemán de constitucionalidad tiene cuatro elementos: la medida debe perseguir un fin legítimo, debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

En relación con el *prius* lógico del fin legítimo, debe tratarse de uno que no esté constitucionalmente proscrito y que no se socialmente irrelevante. La flexibilidad y amplitud de estos criterios permite que podamos afirmar sin mucha dificultad que la protección frente a la destrucción de la personalidad jurídica constituye un fin legítimo. Entre otras razones, porque no colisiona con otros derechos constitucionales que impiden la protección (como por ejemplo, el delito de negación del genocidio, que se solapaba con la libertad de expresión), y porque no se trata de una conducta socialmente irrelevante. Al contrario, la gravedad de las acciones que afectan a bienes esenciales como la dignidad y la integridad moral, y la relativa prevalencia de este tipo de conductas –tal y como señalan las estadísticas–, permiten afirmar que se trata de un fin legítimo.

El juicio de idoneidad valora la aptitud y eficacia de una medida para obtener la finalidad pretendida. Tal y como se aplica por el Tribunal Constitucional, basta con que no

dificulte o que no sea indiferente en relación con el fin, por lo que en la práctica es muy difícil que una norma penal sea descartada por inidónea al presuponerse su aptitud para lograr fines preventivos. En este caso afirmamos que el recurso a la norma penal es eficaz y adecuado para lograr el fin de protección por tres razones: en primer lugar, porque si se ha considerado conveniente el recurso al Derecho penal para la protección de los derechos de los trabajadores, es lógico que se utilice para una acción más grave que afecta el núcleo esencial de la persona –quien puede lo más puede lo menos–; en segundo lugar, porque la regulación de las formas contemporáneas de esclavitud en los países de nuestro entorno jurídico, así como en el ámbito internacional y europeo, apunta a la creación de un consenso generalizado sobre la gravedad de estas prácticas y la necesidad de combatir de forma conjunta; y, en tercer lugar, porque es la forma más eficaz de lanzar un mensaje que comunique la gravedad de estas conductas de sometimiento, y para desencadenar otros mecanismos necesarios para una mejor protección de las víctimas. Además, la experiencia en otros países, como Reino Unido, nos demuestra que la tipificación y la acción coordinada contra las formas contemporáneas de esclavitud ha tenido efectos positivos en la prevención y persecución del fenómeno.

Por otro lado, el juicio de necesidad compara la medida propuesta con alternativas que sean igualmente eficaces, de modo que la más apropiada será aquella menos gravosa en términos de derechos fundamentales. En nuestro caso, comparamos la medida propuesta –tipo específico de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso– en relación con las alternativas existentes –delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311.1º y 312.2), contra la integridad moral (artículo 173.1) o determinación coactiva a la prostitución (artículos 187 y 188)–, determinando si son igualmente eficaces. Para ello analizamos tres parámetros (tipificación, tratamiento punitivo y función comunicativa) en relación con el fin perseguido.

Este análisis nos permite afirmar que las medidas alternativas a la tipificación específica son menos eficaces que la tipificación expresa de un delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, por lo que no tiene sentido compararlas en relación con la carga impuesta. No se trata de elegir la medida más liviana, sino la más adecuada o *necesaria*. Tampoco significa que la creación de un tipo específico sea suficiente, porque la creación de un tipo no es eficaz si no se adoptan otras medidas.

15. *Propuesta de lege ferenda*

Tras determinar la necesidad político-criminal de un tipo de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, se propone la creación de un nuevo Título V bis bajo la rúbrica “destrucción de la personalidad jurídica” con dos nuevos artículos: 162 bis CP, donde se regulen los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, y un artículo 162 ter que incorpore el delito de trata con la redacción actual. La creación de este nuevo Título es positiva por dos razones: en primer lugar, porque al ubicarse sistemáticamente de forma más acorde con su naturaleza de conductas de dominación y control personal, se facilita la obtención de rendimientos interpretativos a la hora de valorar

la gravedad del ataque al bien jurídico. En segundo lugar, porque favorece la labor comunicativa del Derecho penal, asignándole un peso y un estigma acorde con su gravedad. La pregunta relevante no es –al menos, no únicamente– ¿cuánto de degradantes han sido las condiciones impuestas? Sino: ¿qué grado de dominación personal se ha ejercido?

Las conductas de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud se incorporan reflejando lo esencial de cada uno de los conceptos analizados en este trabajo, pero traduciéndolos al lenguaje penal español. También se incluye la conducta de utilización de los servicios de una persona a sabiendas de su condición de esclava, sierva o trabajadora forzosa, en un sentido similar a como se prevé en el Convenio de Varsovia para el delito de trata.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad en sentido estricto nos ofrece directivas de valoración en atención a la lesividad, el desvalor de la acción y la transcendencia social del hecho. El alto valor asignado a los beneficios en términos de derechos por la gravedad de las conductas de sometimiento se traduce en que una sanción alta no incurre en desproporción por arriba. Además, cuanto más remota sea la relación entre la conducta prohibida y la lesión al bien jurídico, menos pena le debe corresponder, por lo que deben graduarse las penas de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos. Por último, también se proponen circunstancias agravantes que reflejan un mayor desvalor de la acción, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una cláusula de exención de responsabilidad penal cuando la persona se haya visto compelida a realizar una actividad delictiva con motivo de la situación de explotación.

Decía el historiador Moses Finley que la esclavitud ha sido la regla y no la excepción en la historia de la humanidad, lo que significa que vivimos en un periodo histórico excepcional. Desde nuestra perspectiva, esto plantea ciertos interrogantes: ¿cómo pudieron justificarse y racionalizarse unos abusos tan graves durante tanto tiempo? ¿por qué no se rebelaron antes las sociedades? Lo cierto es que es una pregunta un poco tramposa. No debemos juzgar los hechos del pasado con gafas contemporáneas porque no estaríamos valorando adecuadamente determinadas cargas culturales, morales, etc., que nos son ajenas. Quizás en el futuro, en una sociedad en la que *de verdad* no exista la esclavitud, los académicos también se pregunten cómo pudieron pervivir las formas de explotación personal que existen actualmente, o cómo no supimos identificarlas.

Pero la historia también nos da otro tipo de lecciones más esperanzadoras, como que siempre hay voces que se alzan y que obtienen victorias: hace menos de cien años era legal tener un esclavo. Las formas contemporáneas de esclavitud son fenómenos complejos que es necesario combatir desde varios frentes. Este trabajo lo aborda desde el frente jurídico, poniendo nombre y rostro a prácticas que se aprovechan de que pasan desapercibidas. Porque no se puede combatir aquello que se cree que no existe.

CONCLUSIONS

1. We started the research by asking ourselves this question: "*Does slavery exist?*" and then pointing to the following data from the ILO, the *Walk Free Foundation* and the IOM, which indicate that there are approximately 40.3 million slaves in the world today (2020), distributed differently according to geographical area, gender, age or type of exploitation. These data, however, should be read with caution for several reasons: firstly, because their illicit and hidden nature converts them into figures that are difficult to quantify; secondly, because of the different methodologies used; and thirdly, because of the multiple meanings of what is covered - and what is not - by the umbrella term "contemporary forms of slavery" or "modern slavery", which are strongly influenced by cultural factors such as the degree of socially acceptable exploitation. This makes it difficult to draw conclusions and compare data to establish trends, which in turn hinders the task of formulating evidence-based public policies.

2. Despite this, reports point to a relative prevalence of the phenomenon that is present in at least all countries of the world. The estimates take into account factors of a fundamentally political, social and economic nature, which act as predictors of a situation of slavery or other similar situations. Contemporary forms of slavery often result from intersections such as poverty, gender, the existence of a conflict, etc., which may be structural or individual in nature and which act as necessary or sufficient conditions for the subjugation or maintenance of a person in a situation of slavery. While poverty and lack of opportunities are the most influential factors, there are others such as education, the existence of discriminated or excluded groups, the industrial context, conflict or post-conflict situations, the weakness of the rule of law or lack of transparency, as well as a flawed regulatory context, which interact to create the appropriate breeding ground for exploitation. Vulnerability, therefore, is the only necessary condition or backdrop that allows a person or group of people to fall into a situation of very serious personal exploitation and, most importantly, to be prevented from leaving it.

3. But first, it is necessary to determine what slavery, servitude and forced labour have in common and, more difficult, how they differ. The conceptual ambiguity, the product of fragmented regulation, contradictory case law and the action (whether well-intentioned or not) of States, international bodies, NGOs and other actors, led to the regulatory concept falling into virtual disuse and being used simply for its evocative force or to draw attention to practices that were intended to be eradicated. The elasticity of the term "slavery", which was used to refer to situations such as apartheid or colonialism, prevented the assignment of responsibility or other practical returns to the concepts until it was used by the ICTY in *Kunarac*, applying it to a de facto situation.

Since then, international courts have resorted to the concept of de facto slavery with some frequency and have consolidated case law on the subject. The approach is usually appropriate, but its practical application is not because they either focus on non-essential elements of the offence without understanding that the true nature of a control relationship

is not unilaterally changed by labelling it as "marriage" by one of the parties (*Krnojelac, Brima and Sesay*); or adding new elements not found in the definition, such as a special intention of "obtaining a financial or other gain" (*Duch*).

The case law of the ECHR has been particularly patchy, recognising only legal and not de facto slavery (*Siliadin*), but using *Kunarac's* arguments to justify the inclusion of human trafficking in the scope of Article 4 (*Rantsev*) and to determine that a marriage is slavery if the payment made is equivalent to the transfer of property (*MC and Others*). On the other hand, its rulings in relation to forced labour and servitude have been very useful, although again doubtful about the role of the labour conditions imposed in the forced labour relationship. Despite all this, it can be stated that there is a certain consolidation of the regulatory content of the concepts, especially slavery, in international case law.

4. Conceptual clarity allows for the assignment of responsibilities, the design of effective policies to combat contemporary forms of slavery and the most appropriate protection for the rights of victims and the accused. These requirements for precision vary according to the area of Law: in the criminal field the standards are higher because the principles of legality, proportionality, minimum intervention and procedural rights are at stake, whereas a certain flexibility is allowed in international human rights law, although it is also important not to make the concepts meaningless and to properly identify the obligations of States.

5. In this paper we propose a re-examination of the definitions of slavery, servitude and forced labour, taking into account existing international law and how it has been applied. The previous review of their historical, legal and philosophical context fundamentally serves us for three reasons: firstly, to understand the nuances that these practices have adopted over time and the differences between them - when they have existed - because, in short, the categories of violence, control, etc., are common to all these forms of human exploitation and share an essence of degradation and dehumanisation. Secondly, it makes it possible to trace the legal transformation of slave or other systems, and to see how all European systems were influenced, to a greater or lesser extent, by the Roman doctrine of *dominium*. Finally, with the analysis of legal-philosophical thought we observe that the social changes that led to abolition were accompanied by an ideological predisposition to freedom until it was established as a civilizing ideal. Consistent with the liberal anti-slavery ideal, abolition was a final point to their claims. However, that did not mean the disappearance of slavery in practice.

6. Slavery

a) Slavery has demonstrated its extremely malleable nature, and there is evidence of the existence of slaves since the earliest civilisations. Roman Law is the first known system that created a systematic regulation in this regard, by applying the legal doctrine of dominion to the slave/owner relationship. In this way, the relationship was established between the owner and the slave (*res*), on whom all the rights associated with the property

(*usus, fructus*, etc.) could be exercised. The institution survived throughout the Middle Ages with less importance than it had had during the Roman period, but it was regulated in a similar way because Roman practice survived in the Germanic peoples through the *Ius commune* and other regulations. At this time, the idea that slavery was legitimate between Christians and Muslims, but not between Christian peoples themselves, began to take hold, even though it was accepted as a practice permitted under natural law.

The arrival of the kingdoms of the Iberian Peninsula to the Americas meant the resurgence of the economic importance of the slaves, and also of their legal interest. In the face of some regulations limiting the enslavement of Indigenous peoples of the Americas, a succession of jurists justified slavery through natural law or *ius gentium* or law of war. The thinking of the jurists who laid the foundations of international law evolved towards an increasingly humanitarian treatment of slaves, but was very much centred on Christian/non-Christian relations and with impractical approaches to the justification of the mass enslavement of Africans outside wartime contexts.

The Enlightenment and liberal thinking contributed to a progressive delegitimation of the arguments that supported slavery based on an alleged natural order or justice. Possibly, the philosophical background that placed the ideal of freedom at the centre of personal aspirations helped create a favourable context for the abolitionist movement to gain great popular support, which eventually translated into a stubborn British foreign policy to achieve abolition in all countries of the world. Thus, by the early 20th century, the necessary consensus had been reached to negotiate the 1926 Slavery Convention, which called for the abolition of "all forms" of slavery.

b) The fact that slavery is internationally prohibited is incontestable, since it has been taken into account in subsequent conventions and its prohibition has been declared a rule of *ius cogens* with *erga omnes* obligations. But what is its legal content? In order to determine this, we have to answer two questions: firstly, what is the current definition and, secondly, how is it to be interpreted? As this is an international rule, we must take into account the Vienna Convention on the Law of Treaties, which refers to the context in which it was drafted (*travaux préparatoires*), any subsequent agreement that points to the existence of a consensus on the interpretation of the treaty, as well as any form of applicable international law. Moreover, as a human rights treaty, the principles of dynamic interpretation and effectiveness come into play.

A review of subsequent State practice shows that the definition in the 1926 Convention is still in force. In the context of the United Nations, it was reproduced in the 1956 Supplementary Convention, after the Special Committee on Slavery expressly determined that the definition in the 1926 Convention was still in force and, more recently, in 1998 it was included verbatim in the Rome Statute. Other treaties that mention slavery refer to the 1926 definition in the *travaux préparatoires* (Palermo Protocol and Warsaw Convention), or through the agencies with competence for their interpretation (IACHR, ECO-WAS). On the other hand, the definition has been regularly applied by international case law since the Kunarac judgement, which established its character as customary law and

has been confirmed in subsequent judgements.

The second issue is more problematic because the consensus is not so evident, but it can also be solved by resorting to the rules of interpretation. There are two questions we must address first: Has the interpretation evolved to cover not only slavery in the strict sense but other forms of exploitation such as servitude or forced labour? Or does it come down to the definition of legal slavery?

The answer to both questions is no. The concept of slavery has not evolved into a "broad" one that encompasses other forms of exploitation with which it is often linked, such as child labour or forced labour. Nor to one that exclusively adheres to legal slavery. First, by the very wording of the treaty, confirmed by the *travaux préparatoires*, which demonstrate the intention of States to exclude other forms of exploitation and to adhere to slavery in the strict sense, both legal and non-legal. For this reason, it speaks of "status" or "condition" and "attributes of the property right", rather than "status in which the property right is exercised over a person", as the original wording was intended to be. On the other hand, the subsequent consensus reflected in the 1998 Rome Statute and the case law of international courts shows that they have exclusively adhered to the definition of slavery, in fact and in law, without extending it to other practices and linking it to the exercise of the attributes of the property right.

c) Having determined the scope of the definition, the meaning of "the attributes of the property right" places the concept of slavery in the paradigm of property and its related rights. This raises the problem that the rights may be present in situations that are not equivalent to slavery. An employer benefits from the result of his employees' labour and, as a rule, this does not mean that they are his slaves. This leads us to wonder whether all the attributes have the same value and whether they are *always* indicative of a situation of slavery. Are there any that are essential?

The characteristics of generality, abstraction and elasticity of the property right make it possible for some rights to be absent - for example, usufruct - without the property right itself being affected, since the only characteristic that must be present in all cases is general dominion or effective control that is equivalent to possession. The rest of the attributes such as the right to obtain results, of administration, transmission, disposal, etc., make sense exclusively on the basis of factual possession, because they are externalisations of the existence of a broader control. In short, what determines that a relationship has the character of slavery is the presence of a managerial control to which the person cannot object, whether all the rights are manifested or only some.

7. *Servitude*

a) Servile practices have been a historical constant. They have manifested themselves through figures with varying levels of subjection, halfway between people who are free and slaves. In Roman times, for example, the figure of the settler was institutionalised as a person attached to the land who maintained the free use of its assets. The dynamics of

the High and Low Middle Ages favoured the change in the production method that generated a social class of serfs, people forced to work the land and whose condition was hereditary. They had very different characteristics depending on the geographical area and the specific historical period, but in general they shared the following features: the relationship of subjection was *less* intense than in slavery, they were linked to the means of production and they retained a certain degree of autonomy.

The end of feudalism did not mean the disappearance of servitude, since it generated other dynamics of personal dependence such as the *encomiendas* in the Americas or the "*indentured labour*" secured by contract. The UDHR would be the first declaration to prohibit servitude, and the first specific treaty to address it is the 1956 Supplementary Convention. In this Convention, the term "servitude" is replaced by "practices similar to slavery", possibly motivated by the intention of States not to commit themselves to abolishing them immediately. The UDHR (1948) had declared its absolute prohibition, and it would have been a step backwards if in 1956 its abandonment had been promoted "progressively and as soon as possible", as was finally done.

b) The subsequent practice reflected in subsequent treaties shows, almost unanimously, that the 1956 Supplementary Convention is considered the instrument in force that regulates servitude. The problem is that the Convention does not define servitude, but rather lists four very heterogeneous practices from which it is difficult to extract a common feature. For this reason, we wonder if the 1956 Convention establishes a *numerus clausus* system, so that only the list of practices are considered servitude, or if it has another independent meaning. The reasons for rejecting the first option are twofold: firstly, because it cannot be deduced from the *travaux préparatoires* that the people that drafted this intended to draw up an exhaustive list, which is confirmed by the wording of article 1 and its reference to the dual nature of slavery/servitude; and secondly, because in subsequent practice regulatory criteria have been developed outside the Convention, and a certain consensus has been reached on this.

In this sense, unlike slavery, the practice after the 1956 Convention has been hesitant to give a defined content to the concept of servitude. In the *travaux préparatoires* of the ICCPR, these pointed out that this is a less intense form of domination contrary to dignity than slavery. However, the concept that seems to be consolidating, at least in the European and American regional sphere, is the concept developed by the ECHR in the case law on Article 4, giving it a content that is consistent with that which it has had as a historical institution.

c) The ECHR has identified three elements: firstly, the coercive use of labour; secondly, significant deprivation of liberty; and finally, the victim's feeling that their situation is permanent. In this way, it configures servitude as an aggravated modality of forced labour that does not reach the intensity of the interference in the freedom of slavery, developed "under the imperative of coercion", unlike labour exploitation.

In determining the first element, the subjective perception of the threat and the type

and volume of work imposed must be taken into account, assessing both personal and objective characteristics to determine whether the person has been able to consent. In other words, there must be a "sufficiently intimidating" threat of punishment, bearing in mind that certain circumstances such as age or administrative status may influence the assessment. After this first step, an examination is carried out as to whether the person was in a situation of isolation, which has led to the perception that their situation is permanent. Isolation is caused by the control over different aspects of the victim's life apart from work, valuing circumstances such as the absence of contact networks or the impossibility of forming them, the restriction of freedom of movement or the obligation to live with employers, among other aspects. Servitude is a complex phenomenon, so we must take into account the different forms of coercion that can generate isolation and that will not always be a direct threat.

8. *Forced labour*

a) Historically, forced labour was that imposed by the rulers or by the State as a punishment, a correctional element or for the economic development of a region. In many cases the seriousness of the abuses was such that, in practice, they were no different from slavery except for the fact that they were imposed by the State for justified reasons. For this reason, the contemporary meaning of forced labour - especially work imposed between individuals - is closely linked to its regulatory evolution since the 1970s and how it has been interpreted by international case law, especially by the ECHR.

The regulatory evolution following the ILO Convention No. 29 on forced labour allows us to state that the definition contained in this Convention is the one in force. The CEACR has contributed to this by adapting and reinterpreting it through the General Surveys and the ILO itself by drafting the 2014 Protocol on Forced Labour, which expressly reaffirms the validity of the 1930 definition. In general terms, the definition in Convention No. 29 is the one referred to in the *travaux préparatoires* of the most recent treaties where forced labour is mentioned - such as the Palermo Protocol and the Warsaw Convention - and is the one indicated as the starting point by the bodies responsible for the interpretation of international human rights treaties, such as the ECHR and the IACHR. The ICCPR and the Human Rights Committee strike the only discordant note when they state that the definition in Convention No. 29 is not "wholly satisfactory". However, in its application the discrepancy is more apparent than real, since the HRC has used a definition almost identical to that of the Convention with coercion as the central aspect and highlighting the degrading and dehumanising aspect of forced labour. This aspect is not contrary to the ILO definition; on the contrary, it has been highlighted as one of the indicators of the existence of forced labour.

b) In interpreting the concept, we must take into account the contributions of the CEACR and international case law, especially that of the ECHR, which has pronounced itself on the subject relatively frequently. The definition contains three elements: "work or service", which is performed "under the threat of penalty" and "not voluntarily". The exceptions to forced labour - compulsory military service, normal civic obligations, work

required by virtue of a sentence, work required by force majeure or communal work - delimit its content by subjecting it to the notions of general interest and social solidarity. This has two consequences: first, that in such cases it does not exempt from liability certain cases constituting forced labour, but simply that they do *not* have that character; and, second, that if the work is carried out within the scope of any of the exceptions but exceeds the limits to be considered within the framework of social solidarity or "what is normal in the course of things", it constitutes forced labour.

What determines whether a "job or service" is relevant for the purposes of forced labour is the nature of the relationship and not the legality of the work, the status of the passive subject or whether it is considered an economic activity within the State. In other words, a person is a "worker" for these purposes if they carry out any kind of activity for another, regardless of whether or not they have the status of a worker for the purposes of domestic law.

c) The "threat of punishment" element is a central issue in the concept of forced labour. There are two factors that determine whether the threat of punishment is relevant: one objective, because it has to be a "sufficiently intimidating" threat, and another subjective, which has to do with the effect it has on the victim. In practice, it has been interpreted very broadly, ranging from criminal punishment to loss of privileges, although it should be noted that economic hardship does not amount to a threat of punishment and is only relevant in conjunction with other factors. The subjective aspect is influenced by the subjective perception of the threat, i.e. that it is *equivalent* in terms of seriousness, even if it is not a real threat or is not so serious. This takes into account their personal circumstances - such as age, special physical condition, having dependants, etc. -, circumstantial - irregular administrative situation - or created by the author.

"For which the individual does not volunteer." Consent is closely linked to the above, because the existence of a threat prevents valid consent. A key element in forced labour is that the individual cannot leave the job or revoke their consent. This raises two fundamental questions: under what conditions can valid consent be given? what can they consent to? The first question will depend on the threat and the subjective perception of the threat, but the second question has a much greater undertone: Is it necessary for the conditions imposed to be abusive or denigrating? That is: Are working conditions a *separate* element from those mentioned in the definition?

If one looks at international case law, this aspect is one of the least clear. However, the way in which it has been applied suggests that working conditions are important in assessing *what* can be tolerated. In other words, the person cannot consent to extremely denigrating and dehumanising conditions. If this is the case and the presence of a threat is identified, it is considered to be forced labour even if the person apparently consented. On the other hand, the "type and volume of work" serves to differentiate it from "lending a hand" in domestic coexistence, that is, it is a test of proportionality that limits the prior consent and its modifying character of a situation of forced labour.

In the exceptions to forced labour, this judgement of proportionality and the notion of general interest are of particular importance. Only justification on the grounds of social solidarity, etc., allows the threat to perform non-voluntary work not to be considered forced labour, a justification that falls if the burden imposed is disproportionate. In order to determine the latter, the imposition of civic obligations takes into account the type of activity required, whether there are compensations of some kind and, in general, whether there is a balance. In the context of penalties imposed by court judgement, account is taken of the aims to be achieved, the nature of the activity, the manner in which it is carried out and the existence of other remuneration, such as reduced sentences, so that it does not exceed the "ordinary limit;" a limit which is also taken into account for compulsory military work.

9. *Trafficking in human beings*

a) Before the Palermo Protocol, what we know today as people trafficking was two distinct phenomena with different genealogies: on the one hand, the slave trade and, on the other, the trafficking of women and children. The definition of people trafficking is therefore closely linked to the evolution of the regulations, which have received a great deal of impetus since the 1990s.

Historically, a line was drawn between the slave trade, identified with the process of buying and selling, and trafficking in women and children, which was linked to the transfer of women for sexual exploitation and prostitution. For this reason, the regime against the slave trade follows the same path as slavery and its abolitionist movement, while the trafficking of women and children is in line with the abolitionist movement of prostitution and is imbued with moral issues related to the perception of the dignity of white women. This is reflected in the succession of treaties from 1904 onwards, which move from the prohibition of the acquisition of women "for the purpose of them turning to an immoral life" to the prohibition of the exploitation of the prostitution of others or their facilitation. In the process, coercion ceases to be a constituent element of trafficking, so that prostitution ends up being synonymous with trafficking or sexual slavery.

b) The Palermo Protocol unifies the two genealogies, although it still owes much to the previous approaches and to the context in which it was adopted: one in which trafficking is the product of increasing organised crime and alarming mass migration. The definition contained in article 3 stands as the accepted contemporary definition of people trafficking, even though it does not coincide with the previous definitions. The "subsequent agreement" is unanimous on this point: all the international instruments that have subsequently been adopted are based on the definition in the Protocol, as are the international courts that have ruled on people trafficking (IACHR and ECHR). In this regard, the Warsaw Convention expressly indicates that it is not intended to replace the Protocol but to *supplement* it, which is consistent with its purpose of improving inter-State cooperation against trafficking, since a change in the definition that would only make it more difficult to criminally prosecute and to comply with the principle of double criminality would not make sense. The EU has been particularly active and has institutionalised the

fight against trafficking, harmonising some aspects and building on the definition in the Protocol.

c) The definition of trafficking creates a structure with three elements: "action", "commissive acts" and "purpose of the exploitation". The first element includes all those actions that lead to a result of exploitation, which do not have to be of a cross-border nature or related to organised crime, elements that were expressly ruled out during the negotiation process. With regard to the "commissive acts" element, this includes all those that have the effect of coercing - or determining - a person to undertake the process, which are means that can be more or less direct. One of these elements is abuse of a situation of vulnerability, which means that the perpetrator has taken advantage, in a relevant and sufficient manner, of a certain situation of the victim which places them in an unfavourable position because of their innate or circumstantial characteristics.

The last element is the purpose of the exploitation, which must cover a series of minimum behaviours - slavery, sexual exploitation, organ trafficking, etc. - without prejudice to the fact that States may dictate more protective regulations. Some authors have assimilated trafficking with its exploitative purposes, but this interpretation does not hold up for several reasons: firstly, because of the very wording of the definition - *purpose* of the exploitation - and the *travaux préparatoires*, which reflect that trafficking carries with it the movement that facilitates uprooting; secondly, because trafficking has always been regulated differently from each of the figures of exploitation contained; and finally, because it would empty the crime of trafficking of its practical content.

Ultimately, the unfairness of trafficking lies in subjecting the person to an abusive process that results in greater vulnerability to exploitation, as distinct from illegal migration through the use of certain coercive means and an exploitative purpose, although in practice one must avoid simple binaries and understand that there are subtle forms of coercion.

10. *Control continuum*

Setting boundaries between different practices allows the independent meaning of each practice to be underpinned. To do this, we must identify which is the connection point that makes all the figures related and so we can say that one is more serious than the previous one.

A first approximation suggests that the relationship between them is an exploitation *continuum*, that is, the more or less serious the conditions of exploitation: the more serious they are, the closer we come to slavery. While it may be useful, this model blurs the essential meaning of contemporary forms of slavery as figures of control and personal dependency. Nor does it offer clear criteria - when are they considered serious? which conditions are more important? What role does the non-payment of wages play, for example? -, nor does it explain why slavery can exist without forced labour or servitude, for example, when a person is inherited or sold in a context of control that is equivalent to

possession.

The model that best explains the relationship between forced labour, servitude and slavery is the control *continuum*. Slavery would be at the end of the *continuum* because that is where the de facto powers of control are exercised most intensely, not because the most severe working conditions have been imposed. This approach makes it possible to identify the essential aspect of contemporary forms of slavery, to delimit them according to the degree of control exercised and to distinguish them from labour exploitation, even if the working conditions must be taken into account to assess consent or the existence of a threat.

This approach makes it possible to identify the essential aspect of contemporary forms of slavery, to delimit them according to the degree of control exercised and to distinguish them from labour exploitation, even if the working conditions must be taken into account to assess consent or the existence of a threat. In fact, the indicators of a situation of slavery point primarily to the control of individual autonomy. On the other hand, the identifying elements of servitude in relation to forced labour also point to this notion of control: "obligation to live in someone else's property", "particularly severe restriction of freedom", "feeling that their situation is permanent", are indicators of exclusion, isolation and, in general, limitation of freedom of movement.

In forced labour, on the other hand, control does not go as far as to determine isolation and is limited to physical or mental coercion to perform work or service. What is relevant is that the person cannot abandon or revoke consent and, for that reason, what is important is both the threat and the equivalent subjective perception of the seriousness of the threat, which must be suitable for the person's most rational choice to do the job. Here lies the *crux* of its demarcation with labour exploitation: in labour exploitation a person is not imposed a condition of being a worker that they cannot refuse, and their situation does not get worse - or they think it will get worse - if they refuse to do the work but, in any case, they remain the same.

In people trafficking, the demand for certain means of coercion such as threats, violence, etc., also makes coercion one of the focal points. Although it does not relate to the other figures in the same way that slavery, servitude and forced labour do, they share the same core and nature: as a figure that attacks the victim's freedom, their security and self-determination.

11. *The determination of the legal protected interest*

From the perspective of criminal law, the legal protected interest gives us another perspective by emphasizing the content of the unjust. This provides us with useful information for interpreting criminal types, to determine more precisely their outlines and the criminally relevant attacks, and for weighing the appropriate punitive reaction to a given behaviour. The question we ask ourselves is what real-life effect on social coexistence is

produced when slavery, servitude, forced labour and trafficking are carried out? In general, people trafficking has been linked to protection against attacks on moral integrity, *libertatis status* and human dignity. Although they all encompass aspects of the notion of subjugation, only the concept of dignity has the capacity to capture the essence of dehumanisation, which is characteristic of contemporary forms of slavery. And, more specifically, the right to have rights.

Firstly, if we characterise moral integrity as the right of a person not to suffer feelings of pain or suffering, whether physical or psychological, humiliating, degrading or demeaning, or not to be subjected to methods or procedures that could lead to them, the main reason for rejecting it as the only legal protected interest protected from the behaviour of slavery, servitude, forced labour and trafficking is that it focuses on one aspect of the relationship of subjection and does not cover domination or significant restriction of freedom. Thus, while behaviour amounting to slavery will always involve degrading treatment, the opposite is not true. Moral integrity does not provide the keys to distinguish behaviour, nor does it provide interpretative criteria to delimit it from labour exploitation.

Secondly, the option of *libertatis status* as a legal protected interest is also rejected because, as it has been configured by the Constitutional Court, it has a meaning linked to the power of resistance of citizens against the intervention of public authorities and to the relationship of subjection between persons deprived of liberty and public authorities. Furthermore, the risk of placing all the emphasis on freedom reduces the ability to delimit what is protected in the behaviour of slavery, servitude and forced labour.

Thirdly, when we examine the role of dignity as a legal protected interest, we come to the conclusion that it is an appropriate concept but one that requires nuances. The concept of dignity is deeply rooted in the socio-cultural and historical context, related to the legal and social recognition of personal identity through the exercise of a set of rights. Despite its frequent use in political and constitutional discourses, it is such an abstract, versatile and flexible idea that some authors doubt its ability to be a criminally relevant legal protected interest. However, its negative delimitation in international case law as a prohibition of instrumentalisation and the recognition that it has its own scope of protection that does not necessarily have to coincide with the rest of the personal rights allows its aptitude to be a criminally protected legal protected interest to be sustained. In this sense, dignity in its non-instrumentality aspect is an element that points to the essence of what is prohibited with contemporary forms of slavery.

However, the practical returns that can be drawn from the concept of dignity in this context are few and far between, and it offers no clues as to which of the behaviours that may involve the instrumentalisation of a person are relevant for the purposes of a crime of subjection to slavery, servitude or forced labour. For this reason, a concept is used that, being deeply rooted in the concept of dignity, better captures the harmful effect: protection against the destruction of legal personality, or the "right to have rights". This concept refers to the prolonged placement of the person outside the protection of the Law, in a limbo of legal uncertainty. The reference to the "destruction of legal personality" as an

essential aspect in contemporary forms of slavery is used with some frequency in international case law and in the *travaux préparatoires* of treaties dealing with contemporary forms of slavery, because it is what allows for the global affectation of their rights: through the control of different spheres - which vary according to the type of figure in question - the autonomy of will and personal self-determination are limited.

Once the normative content of each of the conducts has been outlined and after having analysed where the essential element of the unjust lies, three arguments are developed to justify the dogmatic and political-criminal need to include a crime of subjection to slavery, servitude and forced labour in the Spanish Penal Code: the first related to the positive obligations derived from Article 4 ECHR, the second to the legal protected interest and the third using the argumentative structure of the principle of proportionality in a broad sense. The basic principles of criminal law, such as the principle of necessity, minimum intervention, fragmentariness, etc., are dealt with in a transversal and more or less direct way in each of the blocks of arguments.

12. *Positive obligations within the European Convention on Human Rights*

Positive obligations arise from the development of international human rights law and the protective role of the State, which is not limited to the obligation to abstain - the negative side - but in certain cases has an obligation to "do something" - the positive side. The intensity of this duty to act depends on the scope of protection infringed and the type of right concerned. In the case of absolute rights such as the prohibition of slavery, the standards of protection are higher and are not weighted in the same way as relative rights such as freedom of expression.

The ECHR has developed a lengthy case law of positive obligations based on Article 1 ECHR which speaks of the need to *guarantee* the rights contained in the Convention, although it has refused to develop a general theory. With its contributions in relation to article 4 and other absolute rights, we can come to the following conclusion regarding the obligation to create an effective regulatory framework: that in order to adequately comply with this positive obligation, a crime of slavery, servitude and forced labour must be expressly defined, and in a way that avoids loopholes in its punishability.

The reasons it has developed to justify it are as follows: firstly, because criminal law is the only branch of law with the necessary deterrent capacity to prevent abuse of the seriousness of Article 4; secondly, because the existence of a specific offence makes it possible to approach the investigation more effectively and to guarantee the victim's access to redress; and finally, to avoid loopholes in the criminal law. In short, it is not a subjective right of the victim to the punitive intervention of the State, but it is focused on the prevention of future victims. The ECHR uses the same arguments (deterrent effect, suitability, etc.), which can be applied in the analysis from the perspective of national criminal law.

13. *The legal protected interest*

The theory of the legal protected interest as a criterion for legitimising specific criminalisations raises doubts because it is not really necessary in a constitutional framework where there are already constitutionality controls that fulfil the same function. In this sense, there is no mandate for incrimination in our penal system. The legislator has a wide margin of action with the limit of the Constitution and the obligation to preserve the constitutional system of freedoms. This does not mean, however, that the legal protected interest lacks functionality.

The determination of the legal protected interest of a crime serves to exclude the acts that are criminally irrelevant, to define the area of protection of those behaviours that put it at risk, and for a better weighting when we are faced with rules of permission. Furthermore, the existence of a "legitimate aim", which is neither constitutionally proscribed nor socially irrelevant, is a constitutional limit to legitimate criminal intervention and a tool used transversally in the judgement of proportionality in the broad sense. The legal protected interest assigns an abstract weight to fundamental rights and assigns them a hierarchy, thus informing the rationality of punitive intervention.

From this point of view, the existing offences do not cover the complexity of the offences of subjection to slavery, servitude and forced labour which uniquely affect the dignity and the prohibition of instrumentalisation, and which subject a person and place them in a prolonged manner outside the protection of the law. In crimes against workers' rights, the interests protected are the rights of workers that are projected onto other specific legal protected interest, such as physical integrity or health. In other words, it protects against the imposition of *conditions*, not against the imposition of the *personal condition* of worker, which affects individual autonomy more intensely. The existence of illegal working conditions is one of the *consequences* of the relationship of submission, the product of a situation of isolation or significant deprivation of freedom - in the case of slavery and servitude - but not the cause, which is why it is possible to say that these crimes do not include all that is unjust. This is reflected, for example, in the distinctions made by these articles between workers on the basis of their regular or irregular administrative status. While it makes sense from the perspective of the legal protected interest of these crimes, it does not make sense from the perspective of behaviour involving submission to slavery, servitude and forced labour.

In relation to the offences of imposing degrading treatment, threats, coercion and illegal detention, we also come to the same conclusion. These crimes will almost always be included in the crime of subjection to slavery, servitude and forced labour, because these are degrading and dehumanising behaviours that have the capacity to provoke feelings of humiliation, but the opposite is not the case. Thus, by themselves they are not able to adequately delimit the scope of protection of behaviours of subjection to slavery, etc., against illegitimate intrusions. On the other hand, the only case in which the unfairness of forced labour is at least partially covered is that of coercive prostitution, because in this case it is the imposition of a sex worker's status.

In short, although it is plausible to apply a concurrence of crimes, not having a specific

crime of subjection to slavery, servitude and forced labour makes hinders the legal-protected-interest-potentiality to act as a tool of interpretation.

14. *The principle of proportionality as a political-criminal orientation*

The principle of proportionality has a dual nature: as a technical-legal assumption where the criteria that inspire the political-criminal demands rest and as a limiting principle of the state *ius puniendi*. It is present in all stages of punishment, and assumes that any action affecting fundamental rights must be a useful, indispensable and an advantageous resource. Thus, at the time of the criminal threat, the legislator must set the framework of proportionality in the abstract in order to inform the judge of the limits of the action provided. In turn, this framework will be adjusted by the judge to the circumstances of the particular event.

When designing the criminal threat, the principle of proportionality in a broad sense is an analytical framework that allows legislative action to be streamlined by taking into account conflicting interests and assigning weight to each of them. In this way, the principle of proportionality does not tell us what the correct answer is, but it allows us to compare various options using the principles of criminal law that are normally analysed in a fragmentary way, checking that with the measure we gain more than what we lose - in terms of rights - in relation to the aim pursued.

From this perspective, we can assess the rationality of our proposal to introduce a specific crime of slavery, servitude and forced labour. The scheme developed by the Constitutional Court on the basis of the German test of constitutionality has four elements: the measure must pursue a legitimate aim, it must be suitable, necessary and strictly proportional.

In relation to the logical *prius* of the legitimate aim, it must be one that is not constitutionally proscribed and that is not socially irrelevant. The flexibility and breadth of these criteria means that we can say without much difficulty that protection against the destruction of legal personality is a legitimate aim. Among other reasons, because it does not clash with other constitutional rights that prevent protection (such as the crime of denial of genocide, which overlapped with freedom of expression), and because it is not socially irrelevant behaviour. On the contrary, the seriousness of the actions that affect essential rights such as dignity and moral integrity, and the relative prevalence of this type of behaviour - as statistics show - allow us to say that this is a legitimate aim.

The suitability judgement assesses the suitability and effectiveness of a measure to achieve the intended purpose. As applied by the Constitutional Court, it is sufficient that it does not hinder or is indifferent to the aim, so that in practice it is very difficult for a criminal rule to be dismissed as inappropriate on the assumption that it is suitable for preventive purposes. In this case we affirm that recourse to the criminal law is effective and adequate to achieve the purpose of protection for three reasons: firstly, because if recourse to criminal law has been considered appropriate for the protection of workers'

rights, it is logical that it be used for a more serious action affecting the essential core of the person - who can do the most can do the least; secondly, because the regulation of contemporary forms of slavery in the countries of our legal environment, as well as at international and European level, aims to create a generalised consensus on the seriousness of these practices and the need to combat them jointly; and, thirdly, because it is the most effective way of sending out a message communicating the seriousness of these acts of submission, and of triggering other mechanisms necessary for better protection of the victims. Moreover, experience in other countries, such as the United Kingdom, shows us that criminalisation and coordinated action against contemporary forms of slavery has had a positive effect on the prevention and prosecution of the phenomenon.

On the other hand, the judgement of necessity compares the proposed measure with alternatives that are equally effective, so that the most appropriate one will be the least burdensome in terms of fundamental rights. In our case, we compared the proposed measure - a specific type of subjection to slavery, servitude and forced labour - with the existing alternatives - crimes against workers' rights (Articles 311.1 and 312.2), against moral integrity (Article 173.1) or coercive determination of prostitution (Articles 187 and 188), determining whether they are equally effective. To do so, we analysed three parameters (typification, punitive treatment and communicative function) in relation to the pursued aim.

This analysis allows us to affirm that the alternative measures to specific criminalisation are less effective than the express criminalisation of slavery, servitude and forced labour, so it does not make sense to compare them in relation to the burden imposed. It is not a question of choosing the lightest measure, but the most appropriate or necessary one. Nor does it mean that the creation of a specific type is sufficient, because the creation of a type is not effective if no other measures are taken.

15. *Lege ferenda proposal*

After determining the political-criminal necessity of a type of slavery, servitude and forced labour, a new Title V bis is proposed to be created under the heading "destruction of legal personality" with two new articles: 162 bis CP, which regulates the crimes of subjection to slavery, servitude and forced labour, and an article 162 ter which incorporates the crime of trafficking with the current wording. The creation of this new Title is positive for two reasons: firstly, because by systematically placing itself more in line with its nature of behaviours of domination and personal control, it facilitates obtaining interpretative performances when it comes to assessing the seriousness of the attack on the legal protected interest. Secondly, because it favours the communicative work of criminal law, assigning it a weight and a stigma commensurate with its seriousness. The relevant question is not - at least, not only - how degrading were the conditions imposed? But: what degree of personal domination has been exercised?

Behaviours of submission to forced labour, servitude and slavery are incorporated, reflecting the essence of each of the concepts analysed in this paper, but translated into

the Spanish criminal language. It also includes the behaviour of using the services of a person in the knowledge of their status as a slave, servant or forced labourer, in a sense similar to that provided for in the Warsaw Convention for the crime of trafficking.

On the other hand, the principle of proportionality in the strict sense offers us guidelines for assessing the harmfulness, the devaluation of the action and the social significance of the event. The high value assigned to the benefits in terms of rights due to the seriousness of the submission behaviours means that a high penalty does not disproportionately incur from above. Furthermore, the more remote the relationship between the prohibited behaviour and the injury to the legal protected interest, the less punishment should be imposed, and therefore the penalties of slavery, servitude and forced labour should be graduated. Finally, aggravating circumstances are also proposed, reflecting a greater devaluation of the action, the criminal liability of legal persons and a clause exempting the person from criminal liability where the person has been compelled to carry out a criminal activity due to the exploitation situation.

Historian Moses Finley said that slavery has been the rule rather than the exception in human history, which means that we live in an exceptional historical period. From our perspective, this raises certain questions: How could such serious abuses have been justified and rationalised for so long? why did societies not rebel before? Actually, it is a bit of a trick question. We should not judge the facts of the past with contemporary glasses because we would not be properly assessing certain cultural, moral, etc., burdens that are alien to us. Perhaps in the future, in a society where slavery does not really exist, academics will also ask how the forms of personal exploitation that exist today could have survived, or how we failed to identify them.

But history also gives us other, more hopeful lessons, such as that there are always voices that rise up and win. For example, slavery was abolished less than a hundred years ago. Contemporary forms of slavery are complex phenomena that need to be fought on several fronts. This paper approaches it from the legal front, pointing to practices that take advantage of the fact that they go unnoticed. Because you cannot fight something that apparently does not exist.

BIBLIOGRAFÍA

- Aaronson, A./Reeves, J. T. (2002), *Corporate responsibility in the global village: the role of public policy*, Washington: National Policy Association.
- Aas, K. (2007), *Globalization and Crime*, Londres: Sage.
- AAVV (2016), *Study on comprehensive policy review the European Commission of anti-trafficking projects funded by the European Commission*, HOME/2014/ISFP/PR/THBX/0052, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Abdelkader, G. K., ed. (2004), *Slavery in Niger: Historical, Legal and Contemporary Perspectives*, Anti-Slavery International & Association Tidimira.
- Achilli, L. (2017), “Smuggling and Trafficking in Human Beings at the Time of the Syrian Conflict”, en *Human Trafficking and Exploitation: Lessons from Europe*, Gebrewold, B./Kostenzer, J./Müller, A. (eds.), Londres: Routledge.
- ACNUDH, *La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, 2012, p. 36: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf [último acceso: 27/12/2019].
- Addo, M./Grief, N. (1998), “Does Article 3 of the Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, pp. 510-524.
- Adjolohoun, H. S. (2013), “The ECOWAS Court as a Human Rights Promoter: Assessing Five Years' Impact of the Koraou Slavery Judgment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, No. 2, pp. 342-371.
- Aguado Correa, T. (1999), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Madrid: EDERSA.
- Aguado López, S. (2016), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. 1*, Boix Reig, J., (dir.), Madrid: Iustel.
- Aikman, A./Andrees, B. (2017), “Raising the Bar: The Adoption of New ILO Standards against Forced Labour”, en *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labour and Modern Slavery*, Kotiswaran, P. (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Akandij-Kombe, J. (2007), *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing.
- Albaladejo García, M. (2010), *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, 11ª edición, Barcelona: Bosch.
- Alcácer Guirao, R. (2003), *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona: Atelier.
- Alejandro, J. A. (1975), “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia*, Vol. 16.

- Alexy, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Allain, J., “Slavery and Its Obligations Erga Omnes”, *The Australian YearBook of International Law*, Vol. 36, No. 1, 2019, pp. 83-124.
- (2019), “Conceptualizing the Exploitation of Human Trafficking”, en *Human Trafficking and Modern Day Slavery*, Clark, B. J./Poucki, S., Londres: SAGE Publishing.
- (2017), “Genealogies of human trafficking and slavery” en *Routledge handbook of human trafficking*, Piotrowicz, R. et al, Oxford: Taylor & Francis.
- (2017), “Decolonisation as the Source of the Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, en *Ethiopian Yearbook of International Law*, Clam: Springer.
- (2017), “Forced Marriage: Slavery Qua Enslavement and the Civil War in Sierra Leone”, en *Critical Readings on Global Slavery*, Pargas, D./Rosu, F. (ed.), Leiden: Brill.
- (2017), “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, en Pérez Alonso, E. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2015), *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, Leiden: Brill Nijhoff.
- (2012), “The Legal Definition of Slavery into the Twenty-First Century”, en *The Legal Understanding of Slavery: from the Historical to the Contemporary*, Oxford: Oxford University Press.
- (2012), *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden: Brill Nijhoff.
- (2012), “White Slave Traffic in International Law”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, Vol. 1, pp. 1-40.
- (2011), “Acculturation through the middle ages: the Islamic Law of Nations ant its Place in the History of International Law”, en *Research Handbook on Theory and History of International Law*, Alexander Orakhelashvili (ed.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- (2010), “Rantsev v Cyprus and Russia: the European Convention of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, No. 3, pp. 546 y ss.
- (2009), “On the curious disappearance of human servitude from General International Law”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 11, pp. 303 y ss.

- (2009), “The Definition of Slavery in International Law”, *Howard Law Journal*, Vol. 52, pp 245-251.
- (2008), “Nineteenth Century Law of the Sea and the British Abolition of the Slave Trade”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 78, p. 342 y ss.
- (2006), “Slavery and the League of Nations: Ethiopia as a Civilised Nation”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 8, No. 2, 2006, pp. 213-244.
- Allain, J./Hickey, R. (2012), “Property and the Definition of Slavery”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 4, pp. 915-938.
- Allen, R. B. (1999), *Slaves, Freedmen, and Indentured Labourers in Mauritius*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Alonso Álamo, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, 2014
- (2012) “Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 12.
- (2007) “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*.
- Alston, P. (2001), “The Historical Origins of the Concept of ‘General Comments’ in Human Rights Law”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Boisson de Chazournes L./Gowlland-Debbas, V. (eds.), La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Alston, J./Heenan, P. (2004), “Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, No. 2, pp. 221 y ss.
- Alter, K. J. (2013), “Lawrence R. Helfer; Jaqueline R. McAllister, A New International Human Rights Court for West Africa: The Ecowas Community Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, pp. 737 y ss.
- Álvarez Alonso, C. (1995), “Libertad y propiedad. El primer liberalismo y la esclavitud”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 65, pp. 559-583
- Ambos, K. (2015), “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 2, pp. 301-329.
- Amelung, K. (2007), “El concepto de ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de los bienes jurídicos”, en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

- Amezúa, L. C. (2018), “La cláusula suareciana sobre la esclavitud de los negros”, *Pensamiento*, Vol. 74, No. 279, pp. 237-261.
- (2008), “Orden internacional y derecho cosmopolita: el *ius gentium* de Suárez”, en *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid: Dykinson.
- Amirante, C. (1971), *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e Nella Costituzione italiana*, Milán: Giuffré.
- Anderson, B. (2000), *Doing the Dirty Work: The Global Politics of Domestic Labour*, Londres: Zed Books.
- Anderson, B./Sharma, N./Wright, C. (2009), “Editorial: Why no borders?”, *Refuge: Canada's Periodical on Refugees*, Vol. 26, No. 2, pp. 5-18.
- Anderson, B./Andrijasevic, R. (2008), “Sex, Slaves and Citizens: The politics of Anti-Trafficking”, *Sounding*, Vol. 40, pp. 135 y ss.
- Andrees, B. (2016), “The International Labour Organization's Work on Forced Labour”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, pp. 343-362
- (2008), *Forced labour and trafficking in Europe: how people are trapped in, live through and come out*, Working Paper, Ginebra: ILO.
- Andrees, B./Belser, P. (2009), *Forced Labor: Coercion and Exploitation in the Private Economy*, Estados Unidos: Lynn Rienner
- Andrees, B./Van Der Linden, M. N. J. (2005), “Designing trafficking research from a labour market perspective: the ILO experience”, *International migration*, Vol. 43, No. 1, pp. 55-73.
- Andrijasevic, R./Mai, N. (2016), “Editorial: Trafficking (in) representations: Understanding the recurring appeal of victimhood and slavery in neoliberal times”, *Anti-Trafficking Review*, Vol. 7.
- Anstey, R. (1975), *The Atlantic Slave Trade and British Abolition*, Londres: Macmillan.
- Antón-Mellón, J./Antón Carbonell, E. (2017), “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”, *Revista Internacional de Pensamiento Político I Época*, Vol. 12, pp. 133-150.
- Ansuátegui Roig, F. J. (1997), *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid: Dykinson.
- Anti-Slavery International, *Slavery on the high street: forced labour in the manufacture of garments for international brands*, 2012.
- Anton, D. K. (2014), “Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930”, *International Legal Materials*, Vol. 53, No. 6, pp. 1227-1235

- Aradau, C. (2008), *Rethinking Trafficking in Women: Politics out of Security*, Londres: Palgrave.
- Arai-Takahashi, Y. (2002), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford: Intersentia.
- Arcos Ramírez, F. (2017), “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arcos Ramírez, F. (2015), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid: Dykinson.
- Aronowitz, A. (2010), “Overcoming the challenge to accurately measuring the phenomenon of human trafficking”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 81, pp. 493-511
- Arroyo Zapatero, L. A. (2014), “Opinión pública y castigo en España. La manipulación de la política criminal y sus costes sociales”, *Derecho penal y criminología*, No. 5.
- Arroyo Zapatero, L. A. (1987), “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 1, pp. 97-110
- (1983), “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, No. 15.
- Arstein-Kerslake, A. (2017), *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities. Realizing the Right to Equal Recognition before the Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Askola, H. (2007), *Legal Responses to Trafficking in Women for Sexual Exploitation in the European Union*, Oxford: Hart Publishing.
- Ashburn, P. M. (2010), *The ranks of death: a medical history of the conquest of America*, Hamburgo: Severus Verlag, Hamurgo.
- Ashforth, B. E./Gibbs, B. W. (1990), “The double-edge of organizational legitimization”, *Organization Science*, Vol. 1, No. 2, pp. 177-194
- Ashworth, A. (2013), *Positive Obligations in Criminal Law*, Oregon: Hart Publishing.
- Ashworth, A. (2009), “Criminal Law, Human Rights and Preventative Justice” en *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, McSherry, B./Norrie, A./Bronitt, S., (eds), Oxford: Hart Publishing.
- Asworth, A. (1981), “The Elasticity of *Mens Rea*”, en *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Tapper, C. F. H. (ed.), Londres: Butterworths.
- Ashworth, A./Horder, J. (2013), *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press.

- Asworth, A./Zedner, L. (2014), *Preventive Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- Asta, G. (2018), “The Chowdury Case Before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking”, *Studi sull’integrazione europea*, Vol. 1, pp. 195-212
- Atak, I./Simeon, J. C. (2014), “Human Trafficking: Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, p. 1019-1038.
- Atienza Rodríguez, M. (1997), *Contribución para una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- Avetta (2019), *Eradicating Modern Day Slavery in Global Supply Chains* [online].
- Azmy, B. (2002), “Unshakling the Thirteenth Amendment: Modern Slavery and a reconstructed civil rights agenda”, *Fordham Law Review*, Vol. 71, pp. 981-1062.
- Bacigalupo Zapater, E. (1997), *Principios del Derecho Penal*, Madrid: Akal, Madrid.
- Baker, C. N. (2015), “An examination of some central debates on sex trafficking in research an public policy in the United States”, *Journal of Human Trafficking*, Vol. 1, No. 3, pp. 191-208.
- Balbi, G. (1996), “La schiavitù a Genova tra i secoli XII e XIII”, en *Mélanges offerts à René Crozet*, 2 Vols., Gallais, P., Riou, Y-J. (dirs.), Poitiers.
- Bales, K. (2012), “Slavery in its Contemporary Manifestations”, en *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Jean Allain (coord.), Oxford: Oxford University Press.
- Bales, K. (2005), *Understanding Global Slavery: A Reader*, California: University of California Press.
- Bales, K. (2004), *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, California: University of California Press.
- Bales, K. (2004), “International Labor Standards: Quality of Information and Measures of Progress in Combating Forced Labor”, *Comparative Labor Law and Policy*, Vol. 24, pp. 321-364
- Bales, K., “The Social Psychology of Modern Slavery”, *Scientific American*, Vol. 286, No. 4, 2002, pp. 80-88
- Bales K./Robbins, P. T. (2001), “No one shall be held in slavery”, *Human Rights Review*, Vol. 2, No. 2, pp. 18-45.
- Bales, K./y Soodalter, R. (2010), *The slave next door: Human Trafficking and Slavery in America Today*, California: University of California Press.
- Bales, K./Trodd, Z./Williamson, A. K. (2010), *Modern Slavery: The Secret World of 27 Million People*, Oxford: One World.

- Bantekas, I./Oette L. (2016), *International Human Rights. Law and Practice* (2^a Ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Bantekas, I. (2005), “The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1, pp. 237-253.
- Barak, A (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Barclay, M.T. (1890), “Le droit de visite, le trafic des esclaves et la Conférence antiesclavagiste de Bruxelles”, *Revue de droit international et de législation comparé*, Vol. 22, pp. 319-320.
- Barnés, J. (1998), “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5.
- Barquín Sanz, J. (2002), “Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. Comentario de la STS (2^a) 14 noviembre 2001 (núm. 2101/2001, ponente: Bacigalupo Zapater)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4.
- Barquín Sanz, J. (2001), *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Bosch.
- Barquín Sanz, J. (1992), *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Barcelona: EDERSA.
- Barroso, L. R. (2012), “Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 35.
- Barrow, R. H. (1996), *Slavery in the Roman Empire*, Nueva York: Barnes.
- Barry, K. (1979), *Female Sexual Slavery*, Nueva York: Avon Books.
- Basile, E./Mukhopadhyay, I. (2009), *The Changing Identity of Rural India: A socio-historical Analysis*, India: Anthem Press India.
- Bassiouni, C. (2010), *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (1990-1990), “Enslavement as an international crime”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23, No. 2, pp. 445-518.
- (1982) “The Proscribing Function of the International Criminal Law in Processes of International Protection of Human Rights”, *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, No. 1, pp. 193-216.
- (1947) “An Appraisal of the Growth and Developing Trends of Transnational Criminal Law”, *Revue Internationale De Droit Penal*, Vol. 45.
- Bassiouni, C./Nanda, V. P. (1972), “Slavery and Slave Trade: Steps Toward Eradication”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 12, pp. 424-442.

- Baylos Grau, A. (2004), “Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual, Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre”, *Relaciones Laborales*, No. 1.
- Beaussonie, G. (2013), “Loi no 2013-711 du 5 aout 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union Européenne et des engagements internationaux de la France», *Revue de Science Criminelle et de Droit Comparé*, Vol. 4, pp. 866-867
- Bedmar Carrillo, E. (2012), “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, No. 94-95.
- Bedoya, E./Bedoya, A. (2005), *Enganche y Servidumbre por deudas en Bolivia*, Organización Internacional del Trabajo, Declaration/WP/41/2004, Ginebra: OIT.
- Belair, K. (2006), “Unearthing the Customary Law Foundations of 'Forced Marriages' During Sierra Leone's Civil War: The Possible Impact of International Criminal Law on Customary Marriage and Women's Rights in Post-Conflict Sierra Leone”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 15, pp. 573-576
- Belastegui Mas, C. (1952), *Fundamentos del Trabajo Penitenciario*, Madrid: Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares.
- Bellomo, M. (1995), *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, Cochrane, L. (trad.), Washington: Catholic University Press.
- Beltrán, D. (2014), “El pensamiento antiesclavista de Francisco José de Jaca, primeras manifestaciones contra la institución de la esclavitud”, *Cuadernos del Caribe*, Vol. 11, No. 17, pp. 69-78.
- Belvisi, F. (2012), “Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento”, en Casadei, T. (dir.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. et al (1999), *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, Madrid: La Ley.
- Berlin, I. (1969), “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press.
- Berlín, I. (1992), *Contra la corriente: ensayos sobre historia de las ideas*, México: FCE.
- Berman, J. (2010), “Biopolitical Management, Economic Calculation and ‘Trafficked Women’”, *International Migration*, Vol. 48, No. 4, pp. 84-113.
- Bernal Pulido, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernstein, E. (2019), “Militarized humanitarianism meets carceral feminism: The politics of sex, rights, and freedom in contemporary antitrafficking campaigns”, *Signs*, Vol.

36, No. 1, pp. 45-47.

- Berthe, J-P. (1965), “Aspects de l’esclavage des Indiens en Nouvelle-Espagne pendant la première moitié du XVIIe siècle”, *Journal de la Société des Américanistes*, Vol. 54, No. 2, pp. 189-209.
- Bertocchi, G./Dimico, A. (2010), *Slavery, Education, and Inequality*, Discussion Paper No. 5329, Iza, Bonn.
- Bertone, A. M. (1999), “Sexual trafficking in women: International political economy and the politics of sex”, *Gender Issues*, Vol. 18, No. 1, pp. 4-22.
- Bethell, L. (1966), “The Mixed Commissions for the Suppression of the Transatlantic Slave Trade in the Nineteenth Century”, *The Journal of African History*, Vol. 7, No. 1, pp. 79 y ss.
- Beyer, J. C./Schneider, S. A. (1999), *Forced Labour under Third Reich*, Virginia: Nathan Associates.
- Beyleveld, D./Brownsword, R. (2001), *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford: Oxford University Press.
- Bezemek, C. (2014), “Services Exacted instead of Compulsory Military Service: The Structure of the Prohibition of Forced or Compulsory Labour according to Article 4(2) of the ECHR”, *European Human Rights Review*, Vol. 3.
- Bhoola, U. (2017), “Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bhoola, U./Panaccione, K. (2016), “Slavery Crimes and the Mandate of the United Nations Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, pp. 363-373.
- Bilder, M. S. (1996), “The Struggle over Immigration: Indentured Servants, Slaves, and Articles of Commerce”, *Missouri Law Review*, Vol. 61, No. 4.
- Blackburn, R. (1997), *The making of New World Slavery. From the Baroque to the Modern 1492-1800*, Londres: Verso.
- (1988), *The Overthrow of Colonial Slavery 1779-1848*, Londres: Verso.
- Blanchet, T./Watson, S. K. (2019), “Learning to Swim in Turbulent Waters: Women’s migration at the agency-exploitation nexus”, *Journal of Contemporary Asia*, Vol. 49, pp. 1-21.
- Bloch, M. (2006), *Reyes y Siervos y otros escritos sobre la servidumbre*, Granada: Editorial Universidad de Granada.
- (2002) *La tierra y el campesino*, Barcelona: Crítica.

- (1976), “¿Cómo y por qué terminó la esclavitud antigua?”, en *La transición del esclavismo al feudalismo*, AAVV, Madrid: Akal
- (1975), *Slavery and Serfdom in Middle Ages*, California: University of California Press.
- Bobbio, N. (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán: Edizioni di Comunità.
- (1969), “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, pp. 1313-1329.
- Bodenheimer, E. (1979), “The influence of Roman Law on Early Medieval Culture”, *Hasting International and Comparative Law Review*, Vol. 2, No. 1, pp. 9-27.
- Bogdan, M./Olsen, B. (1999), “Article 6”, en *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Alfredsson, G./Eide, A. (eds.), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Boister, N. (2018), *Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- (2015), “Further Reflections on the Concept of Transnational Criminal Law”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 6, No. 1, pp. 9-30.
- (2003), “Transnational Criminal Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 5, pp. 953-976.
- (2002), “Human Rights Protections in the Suppression Conventions”, *Human Rights Law Review*, Vol. 2, No. 2, pp. 199-228.
- Bonnassie, P. (1993), *Del esclavismo al feudalismo en la Europa Occidental*, Barcelona: Crítica.
- Bonet Pérez, J. (2017), “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bonnitcha, J., McCorquodale, R. (2017), “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, pp. 899-919.
- Borba Casella, P. (2008), “Desenvolvimento do direito internacional na concepção de Cornelius van Bynkershoek”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 103, pp. 563-592
- Borowski, M. (2013), “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law*, No. 56, pp. 385-442.

- Böse, P. (2009), “Trafficking in human beings in Germany”, en *The evaluation of European Criminal Law. The example of the Framework decision on combating trafficking in human beings*, Weyenbergh, A./Santamaría, V. (eds.), Bruselas: Université de Bruxelles.
- Bossuyt, M. J. (1987), *Guide to ‘travaux préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Bourgeois, B. (2017), “Statutory Progress and Obstacles to Achieving an Effective Criminal Legislation against the Modern-Day Forms of Slavery: The Case of France”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38, pp. 489 y ss
- Breyer, S. J. (2016), “Using the Organization of American States to End the Abuse of Restaveks”, *Columbia Human Rights Review*, Vol. 48, pp. 147 y ss.
- Bradley, K. (1994), *Slavery and Society at Rome*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Brosz, R. (1959), “Les changements semantiques du mot ‘colonus’ dans le sources du droit Romain”, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis*, 1959.
- Brown, G. S. (2001), “The Self-Fashionings of Olympe de Gouges, 1784- 1789”, *Eighteenth-Century Studies*, Vol. 34, No 3, pp. 383-401
- Bruch, E. M. (2004), “Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking”, *Stanford Journal of International Law*, Vol 40.
- Bryson, W. H. (1978), *Census of law books in colonial Virginia*, Charlottesville: University Press of Virginia.
- Brugger, W. (2002), “Ban on or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law”, *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 17, No. 1.
- Brunschvig, R. (1960), “Abd”, en *I Encyclopaedia of Islam*, Gibb, H.A.R./Kramers, J.H./Levi-Provencal/ E./Schacht, J. (eds.), Leiden: Brill.
- Buckland, W.W. (1970), *The Roman Law of Slavery*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Buergenthal, T. (2001), “The U.N. Human Rights Committee”, *Max Plank Yearbook on United Nations Law*, Vol. 5,
- Buggeln, M. (2014), *Slave Labor in Nazi Concentration Camps. Index of Companies*, Oxford: Oxford University Press.
- Bunting, A. (2012), “Forced Marriage in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes”, *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 1, pp. 165-186.
- Bush, J. A. (1993), “Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 5, pp. 417-470

- Butler, J. (1879), *Social Purity*, Londres: Morgan & Scott.
- Business and Human Rights Resource Centre/ International Trade Union Confederation (2017), *Modern Slavery in Company Operation and Supply Chains: Mandatory transparency, mandatory due diligence and public procurement due diligence*. [online].
- Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H. (2006), *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Madrid: Trotta.
- Bynkershoek, C. (1930), *Quaestionum juris publici libri duo*, Oxford: Clarendon Press.
- Cabrera Fernández, M. (2016), “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, *Foro. Nueva Época*, Vol. 19, No. 1.
- Cadalso, F. (1922), *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid: Góngora.
- Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./Papa, S. (2010), *Trattato di diritto penale. Vol. VIII – I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, Torino: UTET Giuridica.
- Cahen, L. (1906), “La société des Amis des Noirs et Condorcet” en *Condorcet et La Révolution française*, París: Alcan.
- Cairns, J. W. (2012), “Definition of slavery in Eighteenth-Century Thinking”, en *The legal understanding of slavery*, Allain, J. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Calleja Rovira, R. (2014), “Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía”, *Revista de estudios políticos*, No. 166, p. 13-40
- Cairns, J. (2001-2002), “Stoicism, Slavery and Law: Grotian Jurisprudence and its Reception”, *Grotiana (New Series)*, Vol. 22-23.
- Cancik, H. (2002), *Dignity of Man' and `Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I, 105-107*, La Haya: Kluwer Law International.
- Canessa Montejo, M. F. (2007), “El ius cogens laboral en el ordenamiento internacional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No 14.
- Campani, G. (2000), “Traffico a fine di sfruttamento sessuale e sex business nel nuovo contesto delle migrazioni internazionali”, en *I colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, AAVV (coord.), Milán: Franco Angeli.
- Carbonell Mateu, J. C. (2001), “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Arroyo Zapatero, L./Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.), Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha.
- Cardenal Montraveta, S. (2015), “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 17, No. 18.

- Carmona Cuenca, E. (2017), “Derechos Sociales de Prestación y Obligaciones Positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, Vol. 100, pp. 1209-1238.
- Carmona Salgado, C. (2005), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales”, en *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Cobo del Rosal, F. (coord.), Madrid: Dykinson.
- Carozza, P. (2008), “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 5.
- Carrera, S./Guild, E. (2016), *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings: policy dilemmas in the EU*, Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- Carretero Sánchez, S. (1994), *La propiedad. Bases sociológicas del concepto en la sociedad posindustrial*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- Cartledge, P. (2011), “The Helots: a contemporary review”, en *The Cambridge World History of Slavery*, Bradley, K./Cartledge, P. (eds.), Londres: Cambridge University Press.
- Carvalho, A. T. (2012), “Comentário aos artigos 159º (Escravidão) e 160º (Tráfico de pessoas)”, en *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial. Tomo 1, Artigos 131º a 201º*, 2ª ed, de Figueiredo, J. (dir.), Coimbra: Coimbra Editora.
- Casadei, T. (2018), “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, *Derechos y Libertades*, No. 39, Época II, pp. 35-61
- (2012) *Diritti umani e soggetti vulnerabili Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- Casal, M./Mestre, R. (2002), “Migraciones femeninas”, en *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?. Algunos desafíos y (malas) respuestas*, De Lucas, F. J./Torres, F. (ed.), Madrid: Talasa.
- Castro Rodríguez, M. C. (2012), “La trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo”, *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, No. 51, pp. 447-457
- Cavallar, G. (2008), “Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans?”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 10, pp. 181-210.
- (2006), “Immigration and Sovereignty: Normative Approaches in the History of International Legal Theory (Pufendorf-Vattel-Bluntschli-Verdross)”, *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 11, No. 1, pp. 3-22.
- Cavanna, P. (2018), *Forced Labour and Other Forms of Labour Exploitation in the Italian Agri-Food Sector: Strong Laws, Weak Protection for Migrant Workers*, Springer.

- Cavanna, P./Valverde Cano, A. B./Weatherburn, A. (2018), “Securing the Prohibition of Labour Exploitation in Law and Practice: Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking in Italy, Spain and the UK”, *Journal of Modern Slavery*, Vol. 4, No. 2, pp. 20-47.
- Cavas Martínez, F. (2001), “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, No. 5, pp. 83-96
- Cedrangolo, U. (2009), *The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and child Pornography and the Jurisprudence of the Committee On the rights of the child*, Ginebra: UNICEF.
- Centre for Research on Multinational Corporations/India Committee of the Netherlands (2014), *Flawed Fabrics: the abuse of girls and women workers in the South Indian textile Industry* [online].
- Centro de Defesa da Vida e dos Direitos Humanos Carmen Bascarán/Comissão Pastoral da Terra (2017), *Por debaixo da floresta. Amazônia Paraense saqueada com trabalho escravo*, San Pablo: Urutu-Branco.
- Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias (2015), *Targeting Vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons. A Study of Syria, Turkey, Lebanon, Jordan and Iraq*, Viena: Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias.
- Cerami, G. (2014), “Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di “attuazione della direttiva 2011/36/ UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”, *Diritti dell'uomo*, Vol. 3.
- Cerezo Mir, S. (2004), *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 6ª ed., Madrid: Tecnos.
- Chalmers, J./Leverick, F. (2008), “Fair Labelling in Criminal Law”, *Modern Law Review*, Vol. 71, No. 2, pp. 217-246
- Chantavanich, V. S./Laodumrongchai, S./Stringer, C. (2016), “Under the shadow: forced labour among sea fishers in Thailand”, *Marine Policy*, Vol. 68, pp. 1-7.
- Chevalier-Watts, J. (2010), “Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, pp. 701 y ss
- Chew, L. (2003), *Programme Consultation Meeting on the Protection of Domestic Workers Against the Threat of Forced Labour and Trafficking*, Anti-Slavery International.
- Chou, M. H. (2008), “The European Union and the Fight Against Human Trafficking: Comprehensive or Contradicting?”, *St Antony International Review*, Vol. 76, No. 4, pp. 76-82
- Christoffersen, J. (2009), “Impact on General Principles of Treaty Interpretation”, en:

Impact of Human Rights Law on General International Law, Kamminga, M. T./Scheinin, M., Nueva York: Oxford University Press.

- Chuang, J. (2017), “Using Global Migration Law to Prevent Human Trafficking”, *AJIL Unbound*, Vol. 111, 2017, pp. 147-152.
- (2015) “The Challenges and Perils of Reframing Trafficking as “Modern-Day Slavery”, *Anti-Trafficking Review*, Vol. 5.
- (2014), “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, *American International Law Review*, Vol. 108, pp. 609-649.
- (2006) “The United States as Global Sheriff: Using Unilateral Sanctions to Combat Human Trafficking”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2, pp. 437-494.
- (1998) “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 65, No. 11, pp. 65-108
- Chueca Rodríguez, R. (2015), “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Chueca Rodríguez, R. (dir.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chynoweth, P. (2008), “Legal research”, en *Advanced research methods in the built environment*, Knight, A./Ruddock, L. (ed.), Oxford: Wiley-Blackwell.
- Ciampa, G. (2008), *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Jovene.
- Cid Moliné, J./Moreso Martos, J. J. (1991), “Derecho Penal y filosofía analítica”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. 44, No. 1, pp. 143-178.
- Ciccotti, E. (2007), *La esclavitud en Grecia, Roma y el Mundo Cristiano. Apogeo y ocaso de un sistema atroz*, Barcelona: Distrifer.
- CITCO (2018), *Trata de seres humanos en España Balance estadístico 2014-18* [online].
- Clapham, A. (1993), *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: Clarendon Press,
- Clarence-Smith, W. G. (2006), *Islam and the Abolition of Slavery*, Oxford: Oxford University Press.
- Clarence-Smith, G. (1993), *The Third Portuguese Empire 1825-1975: a Study in Economic Imperialism*, Manchester: Manchester University Press.
- Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S. (1999), *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cockayne, J./Grono, N./Panaccione, K. (2016), “Introduction”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, pp. 253–267
- Cole, A. (2005), “Reconceptualizing Female Trafficking: The Inhuman Trade in

- Women”, *Women’s Rights Law Reporter*, Vol. 6, pp. 97-120.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona (2004), *Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission*, Sierra Leona: Truth & Reconciliation Commission.
- Comisión Europea (2018), *Report from the Commission to the European Parliament and the Council*, COM(2018) 777 final, Bruselas.
- Conde Pumpido Ferreiro, C. (1997), “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal”, *Diario La Ley*, No. 4, pp. 1669 y ss.
- Conklin, W. E. (2012), “The Peremptory Norms of the International Community”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 3, pp. 837-861
- Conquest, R. (1990), *The Great Terror: A Reassessment*, Oxford: Oxford University Press.
- Consejo de Europa (2005), *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Varsovia, 16.V.2005.
- Corbin, A. (1990), *Women for Hire: Prostitution and Sexuality in France after 1850*, Sheridan, A. (trad.), Cambridge: Harvard University Press.
- Correa Borges, P. C. (2019), “Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR”, en *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corrie, K. L. (2016), “Could the International Criminal Court Strategically Prosecute Modern Day Slavery?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, pp. 285-303
- Coujou, J. P. (2015), “Political Thought And Legal Theory In Suárez”, en *A Companion to Francisco Suárez*, Salas, V./Fastiggi, R., Leiden: Brill.
- Couso, J. (2018), “Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, No. 1.
- Craig, G. (2018), “Modern Slavery in the United Kingdom: An Incoherent Response”, en *Social policy review 30: Analysis and debate in social policy*, Needham, C./Heins, E./Rees, J. (eds.), Bristol: Policy Press.
- Crane, A. (2013), “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, *Academy of Management Review*, Vol. 38, No. 1, pp. 49-69.
- Crosby, A. W. (1972), *The Columbian Exchange: biological and cultural consequences of 1492*, Westport: Greenwood Publishing Group.

- Croucher, R./Houssart, M./Michel, D. (2017), “The Mauritian Truth and Justice Commission: Legitimacy, Political Negotiation and the Consequences of Slavery”, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, pp. 326 y ss.
- Cuello Calón (1920), E., *Penología. Las penas y las medidas de seguridad*, Madrid: Reus.
- Cuello Calón, E. (1974), *Moderna penología*, Barcelona: Bosh.
- Cuerda Arnau, M. L. (2019), “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, González Cussac, J. L. (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019) “Delitos contra la libertad: Amenazas y coacciones”, en *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., González Cussac, J. L., (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2007), “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, No. 8.
- Cueva Fernández, R. (2015), “Karl Marx, John Stuart Mill y el “Poder Esclavista”, *Revista Interamericana de Estudios Utilitaristas*, Vol. 20, No. 1, pp. 91-123
- Cuffel, V. (1966), “The classical Greek concept of slavery”, *Journal of the History of Ideas*, Vol., 27, pp. 23-42.
- Cullen, H. (2006), “Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 585-592.
- Dal Lago, A., *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milán 2012
- Daget, S. (1990), *La Traite de Noirs*, Rennes : Ouest-France Université.
- Danner, A./Martínez, J. (2005), “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, No. 93.
- Datta, M. N./Bales, K. (2013), “Slavery is bad for business: analyzing the impact of slavery on national economies”, *Brown Journal of World Affairs* , Vol. 19, No. 2, pp. 205-223.
- Daunis Rodríguez, A. (2013), *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2009) *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada: Comares.
- Davidson, J. O. (2015), *Modern Slavery: The Margins of Freedom*, Londres: Palgrave Macmillan.

- (2014) “The making of modern slavery: Whose interests are served by the new abolitionism?”, *British Academy Review*, Vol. 21, No. 1, pp. 28-31.
 - (2013), “Troubling freedom: Migration, debt, and modern slavery”, *Migration Studies*, Vol. 1, No. 2, pp. 176-195.
 - (2012) “Absolving the State: The Trafficking-Slavery Metaphor”, *Global Dialogue*, Vol. 14, No. 28.
 - (2010), “New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of ‘freedom’”, *Global Networks*, Vol. 10, No. 2, pp. 244-261.
- Davis, D. B. (2006), *Inhuman Bondage. The rise and fall of slavery in the New World*, Oxford: Oxford University Press.
- (1986), *Slavery and Human Progress*, Oxford: Oxford University Press.
 - (1966), *The Problem of Slavery in Western Culture*, Ítaca: Cornell University Press.
- Davis, R. (2003), *Christian slaves, Muslim masters: White slavery in the Mediterranean, the Barbary Coast and Italy, 1500-1800*, Nueva York: Palgrave.
- Davis, D. B./Forbes, D. (2001), “Foreword”, *William and Mary Quarterly*, Vol. 58.
- De Bonis, S. (2015), “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, en *Trattato di diritto penale. Legislazione penale speciale - Diritto penale del lavoro*, Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./Papa, M. (eds.), Milán: Wolters Kluwer.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (2001), “Persona, dignidad y derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam*, Arroyo Zapatero, L./ Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1998), “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 21, 1998
- (1982) *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipuzcoa.
- De la Mata Barranco, N. J. (2019), “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 21, No. 20.
- (2007) *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- De la Mata Barranco, N./Pérez Machío, A. I. (2005), “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, Vol. 15, pp. 26 y ss
- De la Villa de la Serna, D. (2014), “Los Protocolos de la Organización Internacional del Trabajo y el Protocolo de 2014 relativo al trabajo forzoso”, *Revista del Ministerio de*

- De León Villalba, F. J. (2008), “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Casanueva Sanz, I./Pueyo Rodero, J. A. (ed.), Universidad de Deusto.
- De Martino, F. (1985), *Historia Económica de la Antigua Roma II*, Akal: Madrid.
- De Oliveira, R. C. (2018), “Seeking Victims' Perspective on Remedy: The Case of Brasil Verde Farm's Workers”, *Revista Direito GV Law Review*, Vol. 14, No. 2, pp. 334-366
- De Solano, F., coord. (1986), *Estudios sobre la abolición de la esclavitud. Anexos de Revista de Indias*, Madrid: Centro de Estudios Históricos, Madrid.
- De Vitoria, F. (2007), *Sobre el poder civil, sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, (estudio preliminar, traducción y notas de Frayle Delgado, L., Comentario de Martínez Cardós Ruiz, J.L., Madrid: Tecnos.
- De Volder, E. (2017), Trafficking in the domestic work sector in the Netherlands: A hidden phenomenon, *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, Vol. 15, No. 2, pp. 140–154.
- Del Rosal Blasco, B., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Morillas Cueva, L. (coord.), Dykinson, Madrid, 2011
- (2009), “¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 11, No. 8.
- Demetriou, D. (2015), ‘Tied Visas’ and Inadequate Labour Protections: A formula for abuse and exploitation of migrant domestic workers in the United Kingdom”, *Anti-Trafficking Review*, No. 5, pp. 69-88.
- Demleitner, N. (1994), “Forced Prostitution: Naming an International Offense,” *Fordham International Law Journal*, Vol. 18.
- Department of State of United States of America (2012), *Trafficking in Persons Report*, 2012 [online].
- Días Paes, M. (2015), “O Crime de Redução a Condição Análoga a de Escravo em Dados: Análise Dos Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região”, *Discussões Contemporâneas sobre Trabalho Escravo: Teoria e Pesquisa*, Rezende Figueira, R./Antunes Prado, A./Galvão, E. M., (ed.), Rio de Janeiro: Mauad Editora.
- Díaz Barrado, C. M. (2013), “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 45, pp. 461 y ss.
- Díaz Morgado, C. V. (2014), *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona.

- Díaz Pita, M. P. (1997), “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 20.
- Dicke, K. (2002), “The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, en *The Concept of Dignity in Human Rights Discourse*, Kretzmer, D./Klein, E., Nueva York: Columbia University Press.
- Dickson, B. (2010), “Positive Obligations and the European Court of Human Rights”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 61, No. 3.
- Díez de Velasco, M. (2013), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (1984), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid: Tecnos.
- Díez Ripollés, J. L. (2006), “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, No. 4.
- (2005), “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista española de derecho constitucional*, No. 75, pp. 59-106.
- (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2004) “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 6, No. 3.
- (2003), *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Madrid: Trotta.
- (2003), “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Análisis críticos de la escuela de Frankfurt*, Arroyo Zapatero, L. A./Nieto Martín, A./Neumann, U. (coord.), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- (2003), *Política Criminal y Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1999) “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Díez Ripollés, J. L. (dir.), Madrid: CGPJ
- (1985), *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch.
- Digidiki, V./Bhabha, J. (2018), “Sexual abuse and exploitation of unaccompanied migrant children in Greece: Identifying risk factors and gaps in services during the European migration crisis”, *Children and Youth Services Review*, Vol. 92, pp. 114-12
- Dobb, M. E., (1946), *Studies in the Development of Capitalism*, Londres: Routledge.
- Dockes, P. (1995), *La liberación medieval* (trad., María C. Díaz), México: Fondo de Cultura Económica.

- Doezema, J. (2010), *Sex Slaves, Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, Chicago: University of Chicago Press.
- Doezema, J. (2000), “Loose Women or Lost Women? The re-emergence of the myth of ‘white slavery’ in contemporary discourses of ‘trafficking in women’”, *Gender Issues*, Vol. 18, No. 1, pp. 23-50.
- Domar, E. D. (2017), “The causes of slavery or serfdom: a hypothesis”, *Critical Reading on Global Slavery*, Pargas, A., Rosu, F. (ed.), Brill, Leiden, Boston, 2017
- (1997), “The causes of slavery and serfdom: a hypothesis”, *Journal of Economic History*, Vol. 30, pp. 18-32
- Domingo, P. (1984), *Lucha de clases y esclavitud en la Grecia Clásica*, Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana.
- Donald, A./Motthershaw, E./Leach, P./Watson, J. (2009), *Evaluating the Impact of Selected Cases under the Human Rights Act on Public Services Provision, Equality and Human Rights Provision*.
- Dopsch, A. (1969), *The economic and social foundations of European civilization*, Nueva York: Routledge.
- Dottridge, M./Weissbrodt, D. (1999), “Review of the Implementation of and Follow-up to the Conventions on Slavery”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, pp. 286 y ss
- Dowling, J./Pfeffer, J. (1975), “Organizational legitimacy: Social values and organizational behaviour”, *Pacific Sociological Review*, Vol. 18, No.1, pp. 122-136
- Dragasanu, R./Giovannucci, D./Nunn, N. (2014), “The economics of fair trade”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 28, No. 3, pp. 217-236.
- Drescher, S., *Econocide: British Slavery in the Era of Abolition*, University of North Carolina Press, 2010
- (2009) *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (1985), “The Historical Context of British Abolition”, Richardson, D. (ed.), *Abolition and Its Aftermath - The Historical Context, 1790-1916*, Londres: Frank Cass.
- Duby, G. (1974), *The early growth of the European economy: warriors and peasants from the seventh to the twelfth century*, Ítaca: Cornell University Press.
- (1973), *Guerriers et paysans: VII-XII siècles. Premier essor de l'économie européenne*, París, Gallimard.
- Duffy, H. (2010), “Implementation of an ECOWAS Court Judgment: Hadijatou Mani Koraou v The Republic of Niger” *Interights Bulletin*, Vol. 6.

- Duffy, H. (2009), “Hadijatou Mani Korua v Niger: Slavery Unveiled by the ECO-WAS Court”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, pp. 151 y ss.
- Duffy, J. (1967), *A Question of Slavery*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dumont, J. C. (1987), *Servus: Rome et l'esclavage sous la République*, Roma : École Française de Rome.
- Durán Fernández, R. (2011), *La corona española y el tráfico de negros: del monopolio al libre comercio*, Ecobook.
- Dutta, D., ed. (2009), *Mind the gap: The state of employment in India*, Nueva Delhi: Oxfam India.
- Dworkin, D. (2006), *Is Democracy possible here? Principles for a new political debate*, Princeton: Princeton University Press
- Edwards, H./Landman, T./Kernohan, D./Nessa, A. (2018), “Good neighbours matter: Economic geography and the diffusion of human rights”, *Spatial Economic Analysis*, Vol. 13, No. 3, pp. 319-337
- Ebobrah, S.T. (2007), “A Rights-Protection Goldmine or a Waiting Volcanic Eruption? Competence of, and Access to, the Human Rights Jurisdiction of the ECOWAS Community Court of Justice,” *African Human Rights Law Journal*, Vol. 7, pp. 307 y ss.
- Eckert, C. (2010), “Total War, Industrialization, and Social Change in Late Colonial Korea,” em *The Japanese Wartime Empire, 1931–1945*, Duus, P./Myers, R. H./Peattie, M. R., Princeton: Princeton University Press.
- EFJ (2019), *Blood and Water. Human Rights abuse in the seafood industry*, Londres: Environmental Justice Foundation.
- Eisele, J. (2010), en su comentario al § 233 StGB en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 28ª ed..
- Eltis, D. (2001), “The Volume and Structures of the Transatlantic Slave Trade: a Reassessment,” *William and Mary Quarterly*, Vol. 58.
- (2000), *The Rise of African Slavery*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (1882), “Abolitionist Perceptions of Society after Slavery”, en *Slavery and British Society, 1776–1846*, Walvin, J. (ed.), Londres: Palgrave Macmillan.
- Eltis, D. et al, eds. (1999), *The Trans-Atlantic Slave Trade: A Database on CR-ROM*
- Emmerson, B./Asworth, A./MacDonald, A. (2012), *Human Rights and Criminal Justice*, Londres: Sweet & Maxwell.
- Engerman, S.L./Drescher, S./Paquette, R.L. (2001), *Slavery: Oxford Readers*, Oxford: Oxford University Press.

- Eriksson, M., “The Prevention of Human Trafficking – Regulating Domestic Criminal Legislation through the European Convention on Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 82, No. 2, 2013, pp. 339-368
- Eser, A. (1997), “The importance of comparative legal research for the development of criminal sciences”, en *Law in Motion: recent developments in Civil Procedure, Contract, Criminal Environmental, Family & Sucession, Intellectual Property, Labour, Medical, Social Security and Transport Law*, Blancpain, R. (dir.), La Haya: Kluwer Law International.
- Espaliú Berdud, C. (2014), “La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, No. 28.
- Esquinas Valverde, P. (2019), “Delitos contra la libertad”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Marín de Espinosa Ceballos, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018), “El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 20, No. 32.
- (2017), “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código Penal Alemán”, en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Eurostat (2018), *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Eydner, J. R. (2006), „Der neue StGB § 233 StGB-Ansätze zum Verständnis der Ausbeutung der Arbeitskraft“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.
- Farrior, S. (2010), “Introductory Note to European Court of Human Rights: Rantsev v. Cyprus & Russia”, *International Legal Materials*, Vol. 49.
- Fatás, G./Marco, F. (1978), “Consideraciones sobre el colonato”, *Memorias de Historia Antigua*, No. 2, pp. 181-198.
- Feijoo Sánchez, B. J. (2017), *Derecho Penal, Neurociencias y Bien jurídico*, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Feldman, D. (1999), “Human Dignity as a Legal Value: Part 1”, *Public Law*, Vol. 4.
- Feliciano, G. G. (2004), “Do crime de redução a condição análoga à de escravo, na redação da Lei nº 10.803/2003”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*.
- Ferguson, M. (1992), “Mary Wollstonecraft and the Problematic of Slavery”, *Feminist Review*, No. 42, pp. 82-102
- Fernández Arancibia, L. (2013), “El límite entre libertad y esclavitud: conceptos e ideologías de los amos en la antigua Grecia”, No. 10, *Revista Electrónica Historias del Orbis Terrarum*, pp. 12-80

- Fernández Artiach, P. (2006), *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia: Universitat de València.
- Ferrajoli, L. (2018), *El paradigma garantista*, Madrid: Trotta.
- (2014), *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia Vol. II*, Laterza, Roma-Bari.
- Ferrerres Comella, V. (2002), *El Principio de Taxatividad en Materia Penal y el Valor Normativo de la Jurisprudencia (una Perspectiva Constitucional)*, Madrid: Civitas.
- Fiandaca, G./Musco, E. (2011), *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna: Zanichelli.
- Finkelman, P. (1999), “Thomas R.R. Cobb and the Law of Negro Slavery”, *Roger Williams University Law Review*, vol. 5, pp. 75-115,
- Finley, M. (2017), “The Emergence of a Slave Society”, en *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Pargas, A./Rosu, F. (ed.), Leiden: Brill, Leiden.
- (2003), *La economía de la Antigüedad*, México: FCE.
- (1979), “¿Se basó la civilización griega en la esclavitud?”, en: *Clases y lucha de clases en la Grecia antigua*, Mossé, C./Vidal-Naquet, P./Fernández Ubiña, J./Finley, M./González López, C., Madrid: Akal.
- (1976), “A peculiar institution?”, *Times Literary Supplement*, No. 387, pp. 819-821
- (1973), *The ancient economy*, Berkeley y Los Ángeles: University of California Press.
- (1969), *Slavery in classical Antiquity: views and controversies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Finnis, J. (2016), “Absolute Rights: Some Problems Illustrated”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61, No. 2.
- Fiscalía General del Estado (2019), *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado. Excm. Sra. D^a María José Segarra Crespo*, Madrid.
- Flaherty, J. P./Lally-Green, M. E. (1998), “Fundamental Rights in the European Union”, *Duquende Law Review*, Vol. 36, pp. 249 y ss
- Fletcher, F. T. H. (1933), “Montesquieu’s Influence on Anti-Slavery Opinion in England”, *Journal of Negro History*, XVIII, Vol. 18, No. 4, pp. 414
- Fletcher, G. P. (2005), “Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims”, *Lewis*

& *Clark Law Review*, Vol. 9, No. 3.

Forclaz, A. R. (2015), *Humanitarian Imperialism: the politics of Anti-slavery Activism 1880-1940*, Oxford: Oxford University Press.

Fox, J. (1983), “For Good and Sufficient Reasons: an examination of early Dutch East India Company ordinances on slaves and slavery”, en Reid, A. (ed.), *Slavery, bondage and dependency in Southeast Asia*, Nueva York: St. Martin's Press.

Freamon, B. K. (2015), “Isis, Boko Haram, and the Human Right to Freedom from Slavery Under Islamic Law”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, pp. 245-306

— (2012), “Definitions and Concepts of Slave Ownership in Islamic Law”, en Allain, J., *Legal understanding of slavery*, Oxford: Oxford University Press

— (1998), “Slavery, Freedom and the Doctrine of Consensus in Islamic Jurisprudence”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 11.

Fredman, S. (2008), *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press.

Freedom Fund (2016), *Modern Slavery and Corruption* [online].

— (2016), *An Exploratory Study on the Role of Corruption in International Labor Migration*.

Fogel, R. (1994), *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery*, Nueva York: Norton.

Formand, P. G. (1971), “The relations of the slave and the client to the master or patron in medieval Islam”, *International Journal of Middle Eastern Studies*, Vol. 2, No. 1, pp. 59-66

Fuentesca, M. (2012), “El colonus y el impuesto territorial”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, pp. 29 y ss.

Gaiutra, B. (2014), *Coolie Woman: The Odyssey of Indenture*, Chicago: The University of Chicago.

Gallagher, A. (2017), “What’s Wrong with the Global Slavery Index?”, *Anti-Trafficking Review*, Vol. 8, pp. 90-112.

Gallagher, A. (2011), *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gallagher, A. (2006), “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration Law*, Vol. 8.

Galos, E./Bartolini, L./Cook, H./Grant, N. (2017), *Migrant Vulnerability to Human Traf-*

- ficking and Exploitation: Evidence from the Central and Eastern Mediterranean Migration Routes*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.
- Galván Rodríguez, E. (2014), *La abolición de la esclavitud en España: Debates parlamentarios, 1810-1886*, Madrid: Dykinson.
- Gan S. (2009), “Human dignity as a right”, *Frontiers of Philosophy in China*, Vol. 4, No. 3, pp. 370-384
- Garay Montañez, N. (2016), “Raza, género y constitucionalismo: El pensamiento antiesclavista y feminista de Thomas Paine”, *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 23, pp. 13 y ss
- García Añoveros, J. M. (2000), *El pensamiento y los argumentos sobre la esclavitud en Europa en el siglo XVI y su aplicación a los indios americanos ya los negros africanos*, Madrid: Consejo superior de investigaciones científicas.
- García Arán, M. (2006), “Introducción”, en García Arán, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares.
- (2002), “La protección penal de la integridad moral”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, AAVV, Madrid: Tecnos.
- (2008), “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Vol. 18.
- García García, C. (2003)., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia: Universidad de Murcia.
- García Manrique, R. (2009), “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO*, Casado, M. (coord.), Pamplina: Thomson Reuters.
- García-Escudero Márquez, P. (2010), *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Pamplona: Aranzadi.
- García Schwarz, R. (2014), “Trabajo forzoso”, *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Baylos Grau, A./Florencio Thomé, C./García Schwarz, T., Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Valdés, C. (1981), *Introducción a la penología*, Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid.
- García Vázquez, S. (2012), “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, en *La trata de seres humanos*, García Vázquez, S./Fernández Olalla, P., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Garrido Guzmán, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983

- Gemery, H. (1986), "A. Markets for migrants: English indentured servitude and emigration in the seventeenth and eighteenth centuries", en *Colonialism and Migration; Indentured Labour Before and After Slavery*, Emmer, P. C. (ed.), Dordrecht: Springer.
- Gentili, A. (1933), *De iure belli libri tres*, Oxford: Clarendon Press.
- Gerassi, L. (2015), "A Heated Debate: Theoretical Perspectives of Sexual Exploitation and Sex Work", *Journal of Sociology and Social Welfare*, Vol. 42, No. 4, pp. 79-100
- Gerber, P./Kyriakakis, J./O'Byrne, K. (2013), "General Comment 16 on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights: What is its Standing, Meaning and Effect?", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14.
- Gerards, J./Senden, H. (2009), "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7.
- Gijzen, M. (2001), "The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe", *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8.
- Gimbernat Ordeig, E. (1990), *Estudios de Derecho penal*, 3^a ed., Madrid: Tecnos.
- Giménez Fernández, M. (1971), "Fray Bartolomé de las casas: A biographical Sketch", en *Bartolomé de las Casas in History: Towards an Understanding of the Man and his work*, Friede, J./Keen, B. (eds.), Illinois: Northern Illinois University Press.
- Giuliani, A. (2015), *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova: Padova University Press.
- Glanville, L. (2010), "The Antecedents of 'Sovereignty as Responsibility'", *European Journal of International Relations*, Vol.17, No. 2, pp. 233 y ss
- Guilbert, N./Blummenstock, T. (2007), "The First Judgement of the Special Court of Sierra Leone: A Missed Opportunity?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 6, pp. 376-380
- Goenaga Olaizola, R. (1997), "Delitos contra la libertad sexual", *Eguzkilore*, No. 10.
- Gold, S./Trautrim, A./Trodd, Z. (2015), "Modern slavery challenges to supply chain management", *Supply Chain Management*, Vol. 20, No. 5, pp. 485-494
- Goldenberg, S. M./Silverman, J. S./Engstrom, D./Bojorquez-Chapela, I./Strathdee, S. A. (2014), "'Right Here Is the Gateway': Mobility, Sex Work Entry and HIV Risk Along the Mexico-US Border", *International Migration*, Vol. 52, No. 4, pp. 26-40
- Gómez, O. A./Gasper, D. (2013), *Human Security. A Thematic Guidance Note for Regional and National Human Development Report Teams*, Nueva York: United Nations Development Program.
- Gómez Navajas, J. (2019), "Torturas y otros delitos contra la integridad moral", *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Marín de Espinosa Ceballos, E., Valencia: Tirant lo Blanch.

- Gómez Orfanel, G. (2015), “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Chueca Rodríguez, R. (dir.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1998), “Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998”, *Cuadernos de Derecho Público*, Vol. 3.
- Gong-Gershowitz, J. (2009), “Forced Marriage: A ‘New’ Crime Against Humanity?”, *Northwestern journal of International Human Rights*, Vol. 8, No. 1.
- González Beilfuss, M. (2015), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra: Aranzadi.
- Gómez Benítez, J. M. (1990), “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, en *El pensamiento penal de Beccaria*, Asúa Batarrita, A. (coord.), Bilbao: Universidad de Deusto.
- González García, S. (2019), “Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 10.
- González Pérez, J. (1985), *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas.
- González-Cuellar Serrano, N. (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex.
- Goodfellow, A. (2011), “The Miscategorization of ‘Forced Marriage’ as a Crime against Humanity by the Special Court for Sierra Leone”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, pp. 838
- Government Accountability Office (2006), *Human Trafficking: Better data, strategy and reporting needed to enhance U.S. antitrafficking efforts abroad*, GAO.
- Gracia Martín, L. (1996), “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, No. 33.
- Grey, C. (2007), “Contextualizing colonatus: the origo of the Late Roman Empire”, *The Journal of Roman Studies*, Vol. 97, p. 155-175.
- Griffin, J. (2008), *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Grima Lizandra, V. (2010), “Delitos contra la integridad moral”, en Boix Reig, J., *Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídico-personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Madrid: Iustel,
- Grittner, F. K. (1990), *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, Nueva York: Garland.
- Grossman-Thompson, B. (2016), “Protection and Paternalism: Narratives of Nepali Women Migrants and the Gender Politics of Discriminatory Labour Migration Policy”, *Refuge: Canada’s Journal on Refugees*, Vol. 32, No. 3, pp. 40-48
- Grotius, H./Neff, S. C. (2012), “Capítulo 7”, en *On the Law of War and Peace: Student*

- Edition, Three Books, Book III*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Guardiola Lago, M. J. (2007), *Tráfico de personas en el Derecho Penal español*, Navarra: Aranzadi.
- Günther, K. (2000), “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, AAVV, Granada: Comares.
- Gupta, R. D. (1986), “From Peasants and Tribesmen to Plantation Workers: Colonial Capitalism, Reproduction of Labour Power and Proletarianisation in North East India, 1850s to 1947”, *Economic and Political Weekly*, Vol. 21, pp. 2-10
- (1982), “Structure of the Labour Market in Colonial India”, *Economic and Political Weekly*, pp. 1781-1806.
- Gutiérrez Gutiérrez (2005), I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Barcelona: Marcial Pons.
- Haakonssen, K. (1985), “Hugo Grotius and the history of political thought”, *Political Theory*, Vol. 13, pp. 239-265
- Habermas, J. (2010), “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Fuentes Osorio, J. L., trad., *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44, pp. 105-121.
- Häberle, P. (2008), “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, Oehling de los Reyes, (trad.), en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Fernández Segado, F. (coord.), Madrid: Dykinson.
- Haddad, C. H. (2017), “The Definition of Slave Labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38.
- Hakimi, M. (2012), “State Bystander Responsibility”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2.
- Harris, H. W (1928), *Human Merchandise: A study of the International Traffic in Women* E. Benn.
- Hart, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press.
- Hassemer, W. (2007), “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons.
- (1989), “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, Ziffer, P. (trad.), *Doctrina penal*, Vol. 12, No. 45-48, pp. 282 y ss.
- (1982), “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Mir Puig, S., (coord.), Barcelona: Bellaterra.

- Hassemer, W./Muñoz Conde, F. (2012), *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hathaway, J. C., “The Human Rights Quagmire of Human Trafficking”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49, No. 1, 2008, pp. 1-60
- Haynes, J. (2016), “The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary”, *Statute Law Review*, Vol. 37, No. 1, pp. 33-56.
- Heers, J. (1989), *Esclavos y sirvientes en las sociedades mediterráneas durante la Edad Media*, Valencia: Alfons el Magnànim.
- (1981), *Esclaves domestiques au moyen-age dans le monde méditerranéen*, París: Fayard.
- Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007
- (2002), “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de peligros futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, No. 14.
- Helmholz, R. H. (2012), “The Law of Slavery and the European Ius Commune”, en Allain, J., *The Legal Understanding of Slavery*, Oxford: Oxford University Press.
- Hennette-Vauchez, S. (2007), “When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle”, *EUI Working Papers, Law No. 37*.
- Herbert, E. W. (1974), “Portuguese adaptation to trade patterns: Guinea to Angola”, *African studies Review*, Vol. 17, pp. 411-423
- Hermann, P. (2010), Globalization revisited, *Society and Economy*, Vol. 32, No. 2, pp. 255-275
- Heuman, G. (1999), “Slavery, the Slave Trade and Abolition”, en Winks, R. (ed.), *Oxford History of the British Empire Vol. 5*, Oxford: Oxford University Press.
- Heywood, L. (1988), “Slavery and Forced Labour in the Changing Political Economy of Central Angola, 1850-1949”, 1988, en Miers, S./Roberts, R., *The End of Slavery in Africa*, University of Wisconsin Press.
- Hickey, R. (2012), “Seeking to Understand the Definition of Slavery”, en *The Legal Understanding of Slavery*, Allain, J. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Higgins, A. P. (1909), *The Hague Peace Conferences and Other International Conferences concerning the Laws and Usages of War. Texts of Conventions with Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hilfinger, M./McEwen, M. M./Clark L., “The impact and implications of undocumented

- immigration on individual and collective health in the United States”, *Nursing Outlook*, Vol. 63. No. 1, 2015, pp. 86-94
- Hilton, R. H. (1988), *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*, Barcelona: Crítica.
- Hobbes, T. (2010), *Leviatán*, freeditorial
- Hobson, B. (1987), *Uneasy Virtue: The Politics of Prostitution and the American Reform Tradition*, Nueva York: Basic Books.
- Hochschild, A. (2005), *Bury the Chains*, Boston: Houghton Mifflin.
- (1999), *King Leopold’s Ghost: A story of Greed, Terror and Heroism in Colonial Africa*, Boston: Houghton and Mifflin.
- Hoeflich, M. H. (1992), “Roman Law in American Legal Culture”, *Tulsa Law Review*, vol. 66.
- Hoffman, M. A. (1991), *They Were White and they Were Slaves: the untold history of the enslavement of whites in early America*, Wiswell Ruffin House.
- Hoffmann, L. (1999), “Human Rights and the House of Lords”, *Modern Law Review*, Vol. 62, No. 2, pp. 159 y ss
- Hohfeld, W. N. (1923), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press.
- (1913), “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, Vol. 23.
- Honneth, A. (2007), *Reificación: Un estudio en la teoría del reconocimiento*, Calderón, G. (trad.), Buenos Aires: Katz.
- Honoré, A. (1961), “Ownership” en: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest A. G. (ed), Nueva York: Oxford University Press.
- Hopkins, K. (2017), “Novel Evidence for Roman Slavery”, en *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Leiden: Brill.
- Hopkins, A. G. (2014), *An economic history of West Africa*, Nueva York: Routledge.
- Hortal Ibarra, J. C. (2015), “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios al Código Penal*, Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S., Valencia: Tirant lo Blanch.
- Human Rights Watch (2008), *As If I Am Not Human” Abuses against Asian Domestic Workers in Saudi Arabia*, Human Rights Watch, Nueva York.
- Human Rights Watch (2003), “Will Kill You if You Cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict”, Vol. 5, No. 1.
- Human Rights Watch (2003), “Double Standards: Women’s Property Rights Violations

- in Kenya”, Vol. 15, No. 5 (A).
- Hunting, C. (1978), “The Philosophes and Black Slavery”, *The Journal of the History of Ideas*, Vol. 3, No. 3, pp. 416
- Huscroft, F./Miller, B./Webber, G. (2014), “Introduction”, en *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Huscroft, F./Miller, B./Webber, G. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Huussen, A. H. (1999), “The Dutch Constitution of 1798 and the Problem of Slavery”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol. 67, pp. 99-114.
- Hurwitz, E. F. (1973), *Politics and the Public Conscience: Slave Emancipation and the Abolitionist Movement in Britain*, Londres: Allen & Unwin.
- Huxley, G. L. (1980), “Aristotle, Las Casas and the American Indians”, *Proceedings of the Royal Irish Academy. Section C: Archaeology, Celtic Studies, History, Linguistics, Literature*, Vol. 80, pp. 57-68.
- Iglesias Skulj, A. (2013), *Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Inditex (2018), *Declaración referente a la lucha contra la Esclavitud Moderna y la Trata de Seres Humanos y la transparencia en cadena de suministro del Grupo Inditex correspondiente al ejercicio 2018*.
- Iradriel Murugarren, P. (1991), *Las claves del feudalismo*, Barcelona: Editorial Planeta.
- Irvine, D. (1931), “The Abbe Raynal and British Humanitarianism”, *The Journal of Modern History*, Vol. 3, No. 4, pp. 564-577
- Irwin, M. (1996), “White Slavery’as Metaphor: Anatomy of Moral Panic”, *Ex Post Facto: The History Journal*, Vol. 5.
- Iturmendi Rubia, J. M. (2017), *La proyección en la teoría del derecho, la legislación y la jurisprudencia de la dignidad de la persona como valor, fundamento y principio constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- Jaén Vallejo, M. (1986), “Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional”, *Revista General del Derecho*, No. 507, pp. 4923 y ss
- Jagers, N./Rijken, C. (2014), “Prevention of Human Trafficking for Labor Exploitation: The Role of Corporations”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 12, No. 1.
- Jakobs, G. (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Sánchez Feijóo, B./Cancio Meliá, M. (trad.), Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2001), “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. 7, No. 11, pp. 23-42.

- Jakobs, G. (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Canción Meliá, M./Sánchez Feijóo, B. (trad.), Madrid: Civitas.
- Jañez Barrio, T. (1999), *Lógica Jurídica*, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999
- Jareño Leal, Á. (1997), *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1994), *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Madrid: Civitas.
- Jellinek, G. (1912), *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Vitagliano, G. (trad.), Milán: Societa Editrice Libreria.
- Jespersion, S. (2019), “Conflict and Migration: From Consensual Movement to Exploitation”, *International Journal of Security and Development*, Vol. 8, No. 1, pp. 1-13
- Jessberger, F. (2016), “Corporate Involvement in Slavery and Criminal Responsibility under International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016.
- Jiménez Arroyo, P. (1982), “La Sociedad Abolicionista Española, 1864-1886”, *Cuadernos de historia moderna y contemporánea*, Vol. 3, pp. 127-149.
- Jiménez de Parga, M. (1954), “Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna”, *Revista de estudios políticos*, No. 74, pp. 119-144.
- Jones, A. H. M. (1956), “Slavery in the Ancient World”, *The Economic History Review*, Vol. 9, No. 2, p. 185-199
- Jones, A. H. M. (1958), “The Roman Colonate”, *Past and Present*, Vol. 13, No. 1.
- Jordan, A. (2011), “La esclavitud, el trabajo forzado, la servidumbre por deudas y la trata de personas: de la confusión conceptual a las soluciones acertadas”, *Centro por los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario*.
- Kangaspunta, A. (2010), “Measuring the immeasurable: can the severity of human trafficking be ranked?”, *Criminology & Public Policy*, Vol. 9, No. 2, pp. 257-266
- Kant, I. (1978), *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, 5ª ed., Buenos Aires: Editorial Aguilar.
- Kapur, R. (2002), “The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, pp. 1-38
- Kapur, R. (2001), “Post-Colonial Economies of Desire: Legal Representation of the Sexual Subaltern”, *Denver University Law Review*, Vol. 78, p. 855
- Kara, S. (2019), *Tainted Garments: The Exploitation of Women and Girls in India's Home-Based Garment Sector*, Berkeley: Blum Center for Developing Economies University of California.

- (2017), *Modern slavery: A global perspective*, Nueva York: Columbia University Press.
- (2009), *Sex Trafficking: inside the business of modern slavery*, Nueva York: Columbia University Press.
- Katz, L. (2008), “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 58, p. 275
- Kavak, S. (2016), “Syrian refugees in seasonal agricultural work: a case of adverse incorporation in Turkey”, *New Perspectives on Turkey*, Vol. 54, pp. 33-53.
- Kaye, M. (2005), *1807-2007: Over 200 years of campaigning against slavery*, Anti-Slavery International.
- (2003), *The migration-trafficking nexus; Combating Trafficking Through the protection of migrants’ human rights*, Anti-Slavery International.
- Kelley, T. (2014), “Apples to Oranges: Epistemological Dissonance in the Human Rights Case *Hadijatou Mani v. Niger*”, *Quinnipiac Law Review*, Vol. 32.
- Kelly, L. (2005), “You can find anything you want: a critical reflection on research on trafficking in persons within and into Europe”, *International Migration*, Vol. 43, No. 1/2, 235-265
- Kempadoo, K. (2015), “The Modern-Day White (Wo)Man’s Burden: Trends in Anti-Trafficking and Anti-Slavery Campaigns”, *Journal of Human Trafficking*, Vol. 1, 2015, pp. 8–20.
- (2005), *Trafficking and prostitution reconsidered: New perspectives on migration, sex work and human rights*, Michigan: Paradigm.
- Khadduri, M. (1966), *The Islamic Law of Nations Shaybani’s Siyar*, JHU Press.
- Kierszenbaum, M. (2009), “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Revista Lecciones y Ensayos*, Vol. 86, pp. 187-211.
- Killingray, D./Mathews, J. (1979), “Beasts of Burden: British West African Carriers in the First World War”, *Canadian Journal of African Studies*, Vol. 13, No. 1-2, pp. 6-23.
- Kim, J. (2012), “Taking Rape Seriously: Rape as Slavery”, *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 35, No. 1, pp. 263-310.
- (2010-2011), “Trafficked: Domestic Violence, Exploitation in Marriage, and the Foreign-Bride Industry”, *Vancouver Journal of International Law*, Vol. 51.
- Kingsley, D. (1951), *The population of India and Pakistan*, Princeton: Princeton University Press.

- Kirchheimer, O./Rusche (2018), G., *Penas y estructura social*, Buenos Aires: Olejnik.
- Kirchner, S./Frese, V. M. (2015), "Slavery under the European Convention on Human Rights and the Jus Cogens Prohibition of Human Trafficking", *Denning Law Review*, Vol. 27, pp. 130-145
- Klaffenböck, K./Todorova, I./Macchiavello, M. (2017), "Protecting Populations at Risk of Human Trafficking and Exploitation in Crisis Situations. Case Studies of Post-Earthquake Nepal and the Western Balkans in Light of the EU/ Mediterranean Migration Crisis", en *Human Trafficking and Exploitation: Lessons from Europe*, Gebrewold, B./Kostenzer, J./Müller, A. T. (eds.), Londre: Routledge.
- Klatt, M. (2011), "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 71, pp. 691-718
- Klein, H. (1999), *The Atlantic Slave Trade*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Klein, M. (2014), *Historical Dictionary of Slavery and Abolition*, Londres: Rowman & Littlefield Publishers.
- (1994), "Slavery in International Labour market and the emantipation of slaves in the Ninetheenth Century" en *Unfree Labor in the development of the Atlantic World*, Lovejoy, P./Rogers, N., (eds), Londre: Routledge.
- Klein, M./Miers, S. (2013), *Slavery and the Slavery and colonial rule in Africa*, Londre: Routledge.
- Knaus, J./Kartusch, A./Reiter, G. (2000), "Combat of Trafficking in Women for the Purpose of Forced Prostitution", en *Combat of Trafficking*, Knaus, J./Kartusch, A./Reiter, G. (eds.), Institute for Human Rights.
- Knight, W. S. M. (1921), "Baltazar Ayala and His Work", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 3.
- Knott, L. (2010), "Unocal Revisited: On the Difference between Slavery and Forced Labor in International Law", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, No. 2, pp. 201-233.
- KOK (2016), *zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates*.
- Kopytoff, I./Miers, S. (1977), "African 'Slavery' as an Institution of Marginality", *Slavery in Africa. Historical and Anthropological Perspectives*, Miers, S./Kopytoff, I. (eds.), Madison: University of Wisconsin Press.
- Kotkin, S. (2000), "Wartime economies and the mobilization of labor. World War Two and Labor: A Lost Cause?", *International Labor and Working-Class History*, No. 58, pp. 181-191

- Kramer, M. H. (2001), “Freedom, Unfreedom and Skinner's Hobbes”, *Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No. 2.
- Krieg, S. (2009), “Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights”, *European Law Journal*, Vol. 15, No. 6.
- Kriegsmann, N. H. (1917), *Preceptiva Penitenciaria*, Madrid: Vers. Esp.
- Kuhn, T. S. (2005), *El camino desde la estructura*, Barcelona: Paidós.
- Lackner, K./Kühl, K. (2011), *StGB*, 27ª ed.
- Labuda, P. I. (2015), “The Lieber Code, Retaliation and the Origins of International Criminal Law”, en *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*, Bergsmo, M./Cheah, W. L./Song, T./Yi, P. (eds.).
- Lamarca Perez, C., coord. (2015), *La Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid: Colex.
- Landa, C. (2002), “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, No. 7, pp. 109-138.
- Landman, T./Silverman, B. W. (2019), “Globalization and Modern Slavery”, *Politics and Governance*, Vol. 7, No. 4, pp. 275-290
- Landrove Díaz, G. (1998), “El tipo básico de detención ilegal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 3, pp. 1682-1689
- Lara Aguado, A. (2018), “La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, No. 8.
- Larion, A-P. (2017), “Regulation of International Labour Organization on Forced Labour”, *European Journal of Law and Public Administration*, Vol. 4, No. 1, pp. 5-11
- Larrauri Piojan, E. (2006), “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, *Revista Jueces para la democracia*, Vol. 55, 2006, pp. 15-22
- (1987), *Libertad y amenazas*, Barcelona: PPU.
- Las Casas, B. (1986), *Historia de Indias, Lib. 3*, México: FCE, México.
- Lasala Navarro, G. (1961), *Galeotes y presidiarios al servicio de la marina de guerra en España*, Madrid: Editorial Naval.
- Lasarte Álvarez, C. (2010), *Principios de derecho civil. IV, Propiedad y derechos reales de goce*, Madrid: Marcial Pons.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2018), “Derechos de los Trabajadores”, en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, De la Mata Barranco, N. J./Dopico Gómez-Aller, J./Lascuraín Sánchez, J. A./Adán Nieto, A., Madrid: Dykinson.

- (2014), “Cuándo penar, cuánto penar”, en *El principio de proporcionalidad penal*, Lascurain Sánchez, J. A./Rusconi, M. (dir.), Buenos Aires: Ad Hoc.
- (2007), “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 60, No. 1, pp. 119-163.
- (1998), “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, pp. 159-189.
- (1995), “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, No. 2, pp. 251-264.
- (1994), *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma.
- Lascurain Sánchez, J. A./Rusconi, M., dir., (2014), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- Lassen, N. (1992), “Article 4”, en *The Universal Declaration of Human Rights: a commentary*, Asbjom, E. et al (eds.), Oxford: Oxford University Press.
- Lavrissen, L. (2014), “Positive Obligations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 7.
- Lazarus, L. (2012), “Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce”, en *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Zadner, L./Roberts, J. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Le Coz, N. (2013), “La repression des atteintes aux personnes dans la loi no 2013-711 du 5 aout 2013”, *AJ Penal*, pp. 512 y ss
- LeBaron, G. (2016), “Slavery, human trafficking, and forced labour: Implications for international development”, en *The Palgrave handbook of international development*, Grugel, J./Hamnett, D., (ed.), Londres: Palgrave Macmillan.
- (2015), “Unfree labour beyond binaries: insecurity, social hierarchy and labour market restructuring”, *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 17, No. 1, pp. 1-19.
- Lee, R. S. (1999), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International.
- Lee, M. (2011), *Trafficking and Global Crime Control*, Londres: Sage.
- Leman, J./Janssens, S. (2015), *Human Trafficking and Migrant Smuggling in Southeast Europe and Russia, Criminal Entrepreneurship and Traditional Culture*, Nueva York: Palgrave Macmillan.

- Lenzerini, F. (2009), “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: which gaps are to be filled?”, *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 4.
- Letsas, G. (2007), *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Letschert, R./Rijken, C. (2013), “Rights of Victims of Crime: Tensions between an Integrated Approach and a Limited Legal Basis for Harmonisation”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, No. 3.
- Leventhal, Z. (2005), “Focus on Article 4 of the ECHR”, *Judicial Review*, Vol. 10, No. 3.
- Levy, R. (1957), *The social structure of Islam*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Lèvy-Bruhl, H. (1934), “Théorie de l’esclavage”, en *Quelques problèmes du très ancien droit romain (Essai de Solutions Sociologiques)*, Loviton F. et al, Paris: Les éditions Domat-Montchrestein.
- Lewis, H./Dwyer, P./Hodkinson, S./Waite, L. (2015), “Hyper-precarious lives: Migrants, work and forced labour in the Global North”, *Progress in Human Geography*, Vol. 39, No. 5, pp. 580-600
- Limanowska, B. (2003), *Trafficking in human beings in Southeastern Europe*, UNICEF - UNOHCHR – OSCEODHIR.
- Limocelli, S. A. (2010), *The politics of trafficking: The first international movement to combat the sexual exploitation of women*, Stanford University Press, 2010
- (2006), “International voluntary associations, local social movements and state paths to the abolition of regulated prostitution in Europe, 1875–1950”, *International Sociology*, Vol. 21, No. 1, p. 31-59
- Lobasz, J. (2009), “Beyond Border Security: Feminist Approaches to Human Trafficking”, *Security Studies*, Vol. 18, No. 2, pp. 319-344.
- Lopera Mesa, G. P. (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Rodríguez, J. (2016), *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Navarra: Aranzadi.
- López Rodríguez, J./Arrieta Idiákez, F. J. (2019), “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 107.
- López-Huguet, M. L. (2016), « Orígenes et adscripticii: análisis de su diferente condición jurídica, administrativa y fiscal », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 16, pp. 193-220.
- Lorenzo Salgado, J. M. (1989), “El delito de amenazas: consideraciones sobre el bien

- jurídico protegido”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago: Universidad de Santiago de Compostela.
- Lloyd, C. (1968), *The Navy and the Slave Trade: Suppression of African Slave Trade in the Nineteenth Century*, Londres: Cass.
- Locke, J. (1823), *Two Treatises of Government*, Thomas Tegg et al, Londres.
- Lousada Arochena, J. F/Ron Latas, R. P. (2018), “La integración del trabajo decente de la organización internacional del trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (agenda 2030)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, No. 211, pp. 113-139
- Lovejoy, P. (2012), *Transformations in slavery: A History of Slavery in Africa*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Lucifora, A. (2019), “From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labor after the Chowdury case”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, No. 3, pp. 251–267
- Lucena Salmoral, M. (2000), *Leyes para esclavos. El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española*.
- (1996), *Los códigos negros de la América española*, Alcalá de Henares: Unesco.
- Lund-Thomsen, P./Lindgreen, A. (2014), “Corporate social responsibility in global value chains: where are we now and where are we going?”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 123 No. 1, pp. 11-22.
- Luiselli, B. (1972), *Storia culturale dei rapporti tra el mondo romano e mondo germanico*, Roma.
- Luther, J. (2003), “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (trad.), Vol. 91.
- Lutya, T. M./Lanier, M. (2012), “An Integrated Theoretical Framework to Describe Human Trafficking of Young Women and Girls for Involuntary Prostitution”, *Public Health – Social and Behavioral Health*, pp. 555-566
- Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- (2001), “Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética”, en *Genética y Derecho penal: previsiones en el Código Penal español de 1995*, Romeo Casabona, C. M. (ed.), Granada: Comares.
- (1979), *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
- MacCormick, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.

- Macklin, R. (2003), “Dignity is a Useless Concept”, *BJM*, Vol. 327.
- Madeo, A. (2014), “Il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime”, *Studium iuris*, pp. 1105
- Mahmud, T. (2013), “Cheaper than a Slave: Indentured Labor, Colonialism, and Capitalism”, *Whittier Law Review*, Vol. 34.
- Malik, N. (2017), *Trafficking Terror. How Modern Slavery and Sexual Violence funds Terrorism*, Londres: Henry Jackson Society, j.
- Malinverni, G. (1995), “Article 4”, en *La Convention europdenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Pettiti, L.E./Decaux, E./Imbert, P.H. (eds.), París : Economica.
- Manning, P. (1990), *Slavery and African life: Occidental, oriental, and African slave trades*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Manoharan, S. (2019), *Awareness Intervention Against Modern Slavery in India: Influence of Caste Prejudice*, Oslo: Universidad de Oslo.
- Mantovalou, V. (2018), “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, *The Modern Law Review*, Vol. 81, No. 6, pp. 1017-1045.
- (2006), “Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers”, *Industrial Law Journal*, Vol. 35, No. 4, pp. 395-414.
- Mantovani, F. (2014), *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova: CEDAM.
- (1989), *Diritto penale*, Padova: CEDAM.
- Manzanares Samaniego, J. L. (2016), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: La Ley.
- Mapelli Caffarena B. (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª edición, Madrid: Civitas.
- Maqueda Abreu, M. L. (2018), “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”, en *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Suárez López, J. M./Barquín Sanz, J./Benítez Ortúzar, I. F./Jiménez Díaz, M. J./Sainz Cantero Caparrós, J. E. (dir.), Madrid: Dykinson.
- (2018), “Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos”, en: *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Mª. Terradillos Basoco*, AAVV (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017), “La prostitución: el “pecado” de las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 35, pp. 64-89.

- (2003), “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Revista Jueces para la democracia, Información y debate*, Vol. 47.
- Marchesi, A. (2008), “Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal law”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 6, 2008
- Marcó del Pont, L. (1974), *Penología y sistemas carcelarios*, Buenos Aires: Depalma.
- Marco Simón, F. (1977), “Esclavitud y servidumbre en la conquista de Hispania, I: 237-83 a. JC.”, *Estudios del Seminario de Prehistoria, Arqueología e Historia Antigua de la Facultad de Filosofía y Letras de Zaragoza*, Vol. 3, pp. 87-103
- Margadants, G. F. (1979), *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, México: Editorial Esfinge.
- Marks, Z., “Sexual violence in Sierra Leone's civil war: ‘Virginisation’, rape, and marriage”, *African Affairs*, Vol. 113 No. 450, 2014, pp 67
- Martín Casares, A. (2017), *Esclavas y cautivas: el tráfico humano en el Mediterráneo*, Granada: Editorial Universidad de Granada.
- (2015), *Esclavitud, mestizaje y abolicionismo en los mundos hispánicos*, Granada: Editorial Universidad de Granada.
- (2000), *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*, Granada: Universidad de Granada.
- Martínez, J. S. (2012), *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press.
- (2008), “Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 117, p. 500-593
- Martínez Tapia, R. (2001), *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería: Editorial Universidad de Almería.
- Martínez de Pisón, J. (2017), “El debate abolicionista en el primer liberalismo español”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Vol. 35, pp. 90-115.
- Martínez Martínez, M. (2013), *Los forzados de marina en la España del siglo XVIII (1700-1775)*, Almería, Editorial Universidad de Almería.
- Martínez Peira, J. F. (2010), “Cautivos del Clima. El problema de la esclavitud en el pensamiento de Montesquieu”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía, II Época*, No. 5, pp. 215
- Martínez Torres, J. A. (2008), “Un Mediterráneo en movimiento. Esclavos y comercio en el continente africano (siglos XVI, XVII, XVIII)”, *Historia y Política*, No. 20, pp. 213-235
- Martínez-Buján Pérez, C. (2019), “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos

- contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., González Cussac, J. L., (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martiñón Cano, G. (2019), “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, en *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mason, M. (1978), “Working on the Railway: Forced Labor in Northern Nigeria, 1907–1912”, en *African Labor History*, Gutkind, P./Cohen, R./Copans, J. (eds), Londres: Sage.
- Mateo Seco, L. F. (2006), “Persona, esclavitud y libertad en Gregorio de Nisa”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, Vol. 13, pp. 11-19
- Maul, D. R., “The International Labour Organizations and the Struggle against Forced Labour from 1919 to the Present”, *Labor History*, No. 48, 2007
- Mayoral Narros, I. (2017), *El tipo privilegiado del delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tesis Doctoral, Madrid 2017
- Mavronicola, N. (2013), “Güler and Öngel v Turkey: Article 3 of the European Convention on Human Rights and Strasbourg’s Discourse on Justified Use of Force”, *Modern Law Review*, Vol. 76, No. 2.
- McCrudden, C. (2008), “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4.
- McCrudden, C. (2013), “In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper No. 309.
- McDougall, E. A. (2005), “Living the Legacy of Slavery Between Discourse and Reality”, *Cahiers d’Études africaines*, Vol. 45, No. 179-180, pp. 957-986.
- McGeehan, L. N. (2008), “Misunderstood and neglected: the marginalisation of slavery in international law”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, No. 3, pp. 436-460
- McGrath, S. (2012), “Many chains to break: The multi-dimensional concept of slave labor in Brazil”, *Antipode*, Vol. 45, No. 4, pp. 1005-1028
- McNeill, W. H. (1976), *Plagues and peoples*, Garden City: Anchor.
- McQuade, A. (2019), “Labour trafficking”, en *Human Trafficking and Modern Day Slavery*, Clark, J. B./Poucki, S., Londres, SAGE publications.
- Meillassoux, C. (2017), “The Anthropology of Slavery: the Womb of Iron and Gold”, en *Critical Readings on Global Slavery (IV Vol.)*, Pargas, A./Rosu, F. (ed.), Leiden: Brill.
- Meillassoux, C. (1986), *L’Anthropologie de l’esclavage. Le ventre de fer et d’argent*, París, PUF.

- Meltzer, M. (1993), *Slavery: A World History*, Boston: Da Capo Press.
- Mendelsohn, I. (1946), "Slavery in the Ancient Near East", *The Biblical Archaeologist*, Vol. 9, No. 4, pp. 74-88
- Merrills, J., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993
- Merry, S. E. (2017), "Counting the Uncountable: Constructing Trafficking Through Measurement", en *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labour and Modern Slavery*, Kotiswaran, P., Cambridge: Cambridge University Press.
- Messineo, D. (2012), *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino: Giappicheli.
- Mibenge, C. S. (2013), *Sex and International Tribunals: The Erasure of Gender from the War Narrative*, University of Pennsylvania Press, 2013
- Midgley, C. (1992), *Women Against Slavery: The British Campaigns, 1780-1870*, London: Routledge.
- Miers, S. (2017), "Slavery: A question of definition", en *Critical Readings on Global Slavery*, Pargas, A./Rosu, F., (ed.), Leiden: Brill.
- (2003), *Slavery in the Twentieth Century: the evolution of a global problem*, AltaMira Press.
- (1998), "Slavery and the Slave trade as International Issues 1890-1939", *A Journal of Slave and Post-slave Studies*, Vol. 19, No. 2.
- (1997), "Britain and the Suppression of Slavery in Ethiopia", *Slavery and Abolition*, Vol. 18, No. 3.
- (1975), *Britain and the Ending of the Slave Trade*, Nueva York: Africana Publishing Company.
- Miers, S./Roberts, R. (1988), *The End of Slavery in Africa*, Madison: University of Wisconsin Press.
- Milivojevic, S./Pickering, S. (2013), "Trafficking in People, 20 Years On: Sex, Migration and Crime in the Global Anti-Trafficking Discourse and the Rise of the Global Trafficking Complex", *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 25, No. 2.
- Miller, J. (2007), "Women as Slaves and Owners as Slaves: Experiences from Africa, the Indian Ocean World, and the Early Atlantic", en *Women and Slavery: Africa, the Indian Ocean World and the Medieval North Atlantic*, Campbell, G./Miers, S./Miller, J. (eds.), Ohio University Press.
- Mintz, S. W. (1986), *Sweetness and Power. The Place of Sugar in Modern History*, Nueva York: Viking.

- (1979), “The Dignity of Honest Toil: A Review Article”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol 21, p.p. 558-566
- Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2016
- (2011), *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2011
- (2009), “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Carbonell Mateu, J. C./ González Cussac, J. L./Orts Berenguer, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2005), *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona: PPU.
- (2004), “Valoraciones, normas y antijuridicidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 6, No. 2.
- (2002), *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Buenos Aires: B de F.
- (1989-1990), “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, No. 14.
- (1987), “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 12, pp. 243 y ss
- Mira Caballos, E. (1997), *El Indio Antillano: repartimiento, encomienda y esclavitud (1492-1542)*, Sevilla: Muñoz Moya editor.
- Miraglia, L. M. M. (2015), *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*, 2ª ed. LTr Editoria.
- Mirkovic, M (1997), *The Later Roman Colonate and Freedom*, Philadelphia: American Philosophical Society.
- Miró Llinares, F. (2015), “La criminalización de conductas ‘ofensivas’: A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 17.
- Mitchell, N. J./McCormick, J. M. (1988), “Economic and political explanations of human rights violations”, *World Politics*, Vol. 40, pp. 476-498.
- Mitchell, B. (2001), “Multiple Wrongdoing and Offence Structure: A Plea for Consistency and Fair Labelling”, *Modern Law Review*, Vol. 64, No. 3, pp. 393-412
- Modern Slavery Unit (2019), *2019 UK Annual Report on Modern Slavery* [online].

- Moerman, J. (2010), "A Critical Analysis of the Prohibition of Slavery and Forced Labour under Article 4 of the European Convention on Human Rights", *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3, No. 1-2, pp. 86-114.
- Mollema, N. (2014), "The Legal Framework to Combat Human Trafficking in Germany: A Critical Perspective", *African Journal of Criminal Justice*, Vol. 27, No. 1.
- Montesinos Padilla, C. (2018), "¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos? Reflexiones a la luz de la Sentencia del TEDH en el Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal", *Revista española de derecho europeo*, Vol. 67, pp. 111-137
- Montesquieu, C. (1845), *El Espíritu de las Leyes*, Buenaventura Selva, N. (trad.), Madrid, 1845: <http://www.ausaj.org/sites/default/files/biblioteca/Montesquieu%20-%20Es-piritu%20de%20las%20leyes.pdf> [último acceso: 20/01/2020]
- Montgomery, W. (2007), "Slavery, Human Dignity and Human Rights", *Law and Justice Christian Law Review*, Vol. 158, No. 4.
- Montgomery, W. (1984), *Historia de la España Islámica*, Madrid: Alianza.
- Montoya Rubio, B. (2015), *L'esclavitud en l'economia antiga: fonaments discursius de la historiografia moderna (segles XV-XVIII)*, Besançon, Presses Universitaires de Franche-Comté.
- Morais, H. M. (1948), "Marx and Engels on America", *Science and Society*, Vol. 12, No. 1, pp. 3-21
- Morán Blanco, S. (2018), "El 'trabajo decente' en la UE: políticas y normas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, No. 206.
- Moreno García, J. (1982), "España y la Conferencia antiesclavista de Bruselas, 1889-1890", *Cuadernos de historia moderna y contemporánea*, No. 3, pp. 151-180.
- Morillas Cueva, L. (2016), *Sistema de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Madrid: Dykinson
- (2011), "Delitos contra los derechos de los trabajadores", en *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Madrid: Dykinson.
- (1983), "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 2.
- Morrison, J./Crosland, B. (2001), "The Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game in European Asylum Policy?", *UNHCR Evaluation and Policy Analysis Unit*, Working Paper No. 39.
- Mowbray, A. (2005), "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 5, No. 1.

- (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Londres: Bloomsbury Publishing.
- (2002), “Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51.
- Mueller, G. O. W. (2001), “Transnational Crime: Definitions and Concepts”, en *Combating Transnational Crime: Concept, Activities, Responses*, en Williams, P./Vlassis, D. (eds), Londres: Frank Cass.
- Munzer, S. R. (1990), *A Theory of Property*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Muñoz Conde, F. (2017), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1983), “Delitos electorales”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Cobo del Rosal, M./Bajo Fernández, M., (dirs.), Tomo II, Madrid.
- Muñoz Conde, F./García Arán, M. (2004), *Derecho penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Sánchez, J. (1999), *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nadelmann, E. A. (1990), “Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society”, *International Organization*, Vol. 44, No. 4.
- Narváez Bermejo, M. A. (1997), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro Cardoso, F. (1998), *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro Fernández, J. A. (2017), “¿Es Qatar un Estado esclavista?”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro Frías, I. (2010), *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada: Comares.
- (2010), “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *Indret. Revista del Análisis del Derecho*, Vol. 2.
- Nelson, S. H. (1994), *Colonialism in the Congo Basin 1880-1940*, Atenas: Ohio University Center for International Studies.
- Neumann, F. L. (1953), “The Concept of Political Freedom”, *Columbia Law Review*, Vol. 53, No. 7-
- Neuman, E. (1971), *La evolución de la pena privativa de libertad y los regímenes carcelarios*, Buenos Aires: Pannedille.

- Newburn, T./Jones, T. (2005), “Symbolic politics and penal populism: the long shadow of Willie Horton”, *Crime, Media, Culture*, Vol. 1, No. 1.
- Newitt, M. (1981), *Portugal in Africa: the Last Hundred Years*, Essex: Longmans.
- Nicholson, B. J. (1994), “Legal Borrowing and the Origins of Slave Law in the British Colonies”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 38, No. 1.
- Nicol, D. (2005), “Original Intent and the European Convention on Human Rights”, *Public Law*, pp. 152 y ss
- Nieto Martín, A./Muñoz de Morales Romero, M./Becerra Muñoz, J., dir., (2016), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (1991), *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed., Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Noriega Sáenz, M. O./García Hitron, A. (2016), *El fenómeno de la trata de personas: análisis de las ciencias penales y proyecto de reforma a la ley vigente en la materia*, , México: INACIPE.
- Northrup, D. (1995), *Indentured Labor in the Age of Imperialism, 1834-1922*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (1988), *Beyond the Bend in the River: African Labor in Eastern Zaire, 1865-1940*, Atenas: Ohio University for International Studies.
- Novak, M. (2005), “Challenges to the Absolute Nature of the Prohibitions of Torture and Ill-Treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, No. 4.
- (1993), *UN Covenant on Civil and Political Rights*, 2ª rev. ed., Kehl: Engel.
- Núñez Fernández, J. (2015), “Prostitución de menores e incapaces y Derecho Penal: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento crítico*, Vol. 17.
- O’Callaghan Muñoz, X. (2012), *Compendio de derecho civil. T. III, Derechos reales e hipotecario*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- O’Connell, D. P. A. (1952), “A Re-consideration of the Doctrine of International Servitude”, *Canadian Bar Review*, Vol. 30.
- O’Neil, S./van Broeckhoven, K., eds. (2018), “Cradled by Conflict: Child Involvement with Armed Groups in Contemporary Conflict”, Nueva York: United Nations University-
- Obokata, T. (2006), *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Leiden: Martinus Nijhoff.

— (2005), “Trafficking of Human Beings as a Crime Against Humanity: Some implications for the International Legal System”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 54.

OCDE (2011), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*.

Octavio de Toledo y Ubieta, E. (1990), “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 43, No. 1.

— (1981), *Sobre el concepto de derecho penal*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

OEA (2009), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58.

Oehling de los Reyes, A. (2015), *La dignidad de la persona: evolución histórico filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

Oestreich, G. (1982), *Neostoicism and the early modern state*, Cambridge: Cambridge University Press.

Oficina de Asuntos Laborales Internacionales – Departamento de Trabajo de Estados Unidos (2018), *List of goods produced by child labor or forced labor*.

Ogilvie, B. (2013), *El hombre desechable: ensayo sobre las formas del exterminismo y la violencia extrema*, Madrid: Traficantes de Sueños.

OIM (2019), *Migrants and their Vulnerability to Human Trafficking, Modern Slavery and Forced Labour*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.

OIM (2018), *IOM handbook: Protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.

OIT (2019), *Rules of the Game. An introduction to the standards-related work of the International Labour Organization*, Ginebra: ILO.

OIT (2018), *Directrices relativas a la medición del trabajo forzoso*, 20.^a Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, CIET/20/2018/Directrices, Ginebra: OIT.

OIT (2017), *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* (5^a ed.), Ginebra: OIT.

OIT (2017), *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Ginebra: ILO.

OIT (2016), Oficina Regional para Asia y Pacífico, *Global supply chain: insights into the Thai seafood sector*, Bangkok: ILO.

- OIT (2015), *Combating forced labour. A handbook for employers and business*, Ginebra: ILO.
- OIT (2013), *Observaciones y casos individuales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 102º, Ginebra.
- OIT (2012), *ILO indicators of Forced Labour*, Ginebra: ILO
- OIT (2012), *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales*, 101ª Conferencia Internacional del Trabajo
- OIT (2012), *ILO Global Estimate of Forced Labour. Results and Methodology*, Ginebra: ILO
- OIT (2012), *Hard to see, harder to count. Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, Ginebra: ILO.
- OIT (2012), *ILO Global Estimate of Forced Labour*, Ginebra: ILO.
- OIT (2009), *The cost of coercion: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Ginebra: ILO.
- OIT (2009), *Forced labour and human trafficking. Casebook of Court Decisions. A training manual for judges, prosecutors and legal practitioners*, Ginebra: ILO.
- OIT (2009), *Operational indicators of trafficking in human beings*, Ginebra: ILO
- OIT (2008), *Forced labour and human trafficking. A handbook for labour inspectors*, Ginebra: ILO.
- OIT (2007), *Erradicar el trabajo forzoso, Estudio General relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), de la Comisión de Expertos de las Legislaciones y prácticas nacionales relativas al trabajo forzoso*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª Reunión, Ginebra: OIT.
- OIT (2006), *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*, Ginebra: OIT
- OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 93ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra: OIT.
- OIT (2005), *Trafficking for forced labour. How to monitor the recruitment of migrant workers. Training manual*, Ginebra: ILO.
- OIT (2001), *Alto al trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*, 89ª Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión.
- OIT (1929), *Forced Labour Report and Draft Questionnaire Item III on the Agenda*, 12ª

Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 341.2506N

- Olarte Encabo, S. (2018), “La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Esclavitud, Servidumbre y Trabajo Forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral, *Temas Laborales*, No. 145.
- Oliver Olmo, P. (2007), “Historia y reinención del utilitarismo punitivo”, en *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, Gastón Aguas, J. M./Mendiola Gonzalo, F. (coord.).
- (2006), “Dos perspectivas de la historiografía del castigo en España”, en *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje al profesor Roberto Bergalli*, VVAA, Barcelona: Anthropos.
- Ollus, N. (2016), “Forced flexibility and exploitation: experiences of migrant workers in the cleaning industry”, *Nordic Journal of Working Life Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 25-45
- (2015), “Regulating forced labour and combating human trafficking: the relevance of historical definitions in a contemporary perspective”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 63, No. 5.
- Ollus, N./Jokinen, A. (2011), “Trafficking for forced labour and labour exploitation - Setting the scene”, en *Trafficking for forced labour and labour exploitation in Finland, Poland and Estonia*, Jokinen, A./Ollus, N./Aromaa, K., (eds.), Helsinki: HEUNI Report Series No. 68.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2018), *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, 39º sesión, A/HRC/39/52.
- ONU, Asamblea General (2018), *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 73º periodo de sesiones, A/73/171.
- ONU, Asamblea General (2017), *Venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños; y trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 72º periodo de sesiones, A/72/164.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2016), “*They came to destroy*”: *ISIS Crimes Against the Yazidis*, 32º período de sesiones, A/HRC/32/CRP.2.
- ONU, Asamblea General (2016), *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 71º periodo de sesiones.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2015), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Ur-mila Bhoola*, 30º periodo de sesiones, A/HRC/30/35.
- ONU, Asamblea General (2015), *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 70º periodo de sesiones, A/70/260.

- ONU, Asamblea General (2015), *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 77º período de sesiones, A/RES/70/1, 2015
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2014), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, Misión de seguimiento a Mauritania*, 27º período de sesiones, A/HRC/27/53/Add.1.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2014), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian*, 27º período de sesiones, A/HRC/27/53/Add.1.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2014), *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Urmila Bhoola*, 27º período de sesiones, A/HRC/27/53.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2013), *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences. Thematic Report on Challenges and Lessons in Combating Contemporary Forms of Slavery*, UN Doc. A/HRC/24/43.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2012), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian*, A/HRC/21/41.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2011), *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo. Misión a Uruguay*, A/HRC/17/35/Add.3.
- ONU, Asamblea General (2010), *United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 64º período de sesiones, A/RES/64/293.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2010), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian*, 15º período de sesiones, A/HRC/15/20/Add.3.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2010), *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian*, A/HRC/15/20.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2009), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian*, 12º período de sesiones, A/HRC/12/21.
- ONU/Consejo de Europa (2009), *Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, Joint Council of Europe/United Nations Study, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2009), *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian*, A/HRC/12/21

- ONU, OHCHR (2002), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, E/2002/68/Add.1
- ONU, Comisión de Derechos Humanos (2002), *Informe presentado por la Relatora Especial de Trabajadores Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, E/CN.4/2002/94.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos (2000), *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women's migration and violence against women*, 55ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/2000/68.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos (2000), *Formas contemporáneas de la esclavitud, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud*, 25º período de sesiones, A/68/53/Add.
- ONU, Comisión de Derecho Internacional (2001), *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session, 23 April-1 June and 2 July -10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, A/56/10*.
- ONU, Comité Especial para la elaboración de la Convención sobre Delincuencia Organizada (1999), *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, A/AC.254/4/Add.3/Rev.5.
- ONU, Asamblea General (1994), *Traffic in Women and Girls*, A/RES/49/166.
- ONU, ECOSOC (1991), *Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its sixteenth session*, E/CN.4/Sub.2/1991/41.
- ONU (1966), *Report on Slavery*, UN Doc. E/4168/Rev.1.
- ONU, ECOSOC (1956), *UN Conference of Plenipotentiary, Summary Record of the 4th Meeting*, E/CONF.24/SR.4.
- ONU, Asamblea General (1955), *Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights prepared by the Secretary-General. Agenda item 28 (part. II)*, A/2929.
- ONU, ECOSOC (1953), *Esclavitud, Tráfico de Esclavos y otras formas de Servidumbre, Informe del Secretario General*, Documento de las Naciones Unidas, E/2357.
- ONU, ECOSOC (1951), *Report of the Ad Hoc Committee (Second Session)*, E/1988, E/AC.33/13.
- ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, (1950), *Summary Record of the Hundred and Forty-Second Meeting*, E/CN.4/SR.142.
- ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos (1949), *Summary Record of the 94th Meeting*, E/CN.4/SR.94.

- ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos (1948), *Proposed Amedments to the Draft International Declaration on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/99.
- ONU/OIT (1953), *Informe del Comité Especial del Trabajo Forzoso*, 16º Periodo de Sesiones del Comité Económico y Social, Suplemento No. 13, E/2431.
- ONU, ECOSOC (1948), *Draft International Declaration of Human Rights, 109th Meeting*, A/C.3/SR.105.
- ONU, ECOSOC (1948), Comisión de Derechos Humanos, *India and UK: Proposed Amedments to the Draft International Declaration on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/99.
- ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos (1947), *Drafting Committee, Draft Outline of an International Bill of Rights*, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3.
- Oosterveld, V. (2012), “Gender and the Charles Taylor Case at the Special Court for Sierra Leone”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 19, No. 7.
- (2011), “Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 2, No. 1
- (2007), “The Special Court for Sierra Leone, Child Soldiers, and Forced Marriage: Providing Clarity or Confusion?”, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 45.
- (2004), “Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3.
- Origo, I. (1995), “The domestic enemy: the Eastern slaves in Tuscany in the fourteenth and fifteenth centuries”, *Speculum*, Vol. 30, No. 3, pp. 321-366
- Ortega Benito (1990), *El principio de proporcionalidad*, Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Ortiz Úrculo, J. C. (2005), “Razonabilidad y proporcionalidad en el derecho penal (sustantivo y procesal) contemporáneo, en *Homenaje a Prf. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas.
- Orts Berenguer, E./Suárez-Mira Rodríguez, C. (2001), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortubay Fuentes, M. (2000), *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco.
- Örucu, E. (2007), “Developing comparative law”, en *Comparative Law. A handbook*, Örucu, E./Nelken, D., Nueva York: Hart Publishing.
- Ossandón Widow, M. M. (2011), *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Otto, D. (2006), “Lost in Translation: Re-scripting the Sex Subjects of International Human Rights Law”, en *International Law and Its Others*, Orford, A. (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Oulhen, J./Brulé, P., coord., (1997), *Esclavage, guerre, économie en Grèce ancienne: Hommages à Yvon Garlan*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes.
- Özden, S. (2013), *Syrian Refugees in Turkey*, MPC Research Report 2013/05, San Domenico di Fiesole: European University Institute.
- Pacheco, J. F. (1856), *El Código penal Concordado y Comentado*, vol. I, Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía.
- Paine, T. (2008), *Derechos del Hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*. Santos Fontenla, Fernando (trad.), Madrid: Alianza.
- Paredes Castañón, J. M. (2009), “Libertad, seguridad y delitos de amenazas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 29.
- Pargas, A./Rosu, F., ed. (2017), *Critical Reading on Global Slavery (IV Vol.)*, Leiden: Brill.
- Pargas, A./Rosu, F. (2017), “Authority, Alienation and Social Death”, *Critical Readings on Global Slavery*, Leiden: Brill.
- Parra Vara, O. (2012), “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 13, No. 1.
- Pateman, C./Mills, C. W. (2007), *Contract and Domination, Polity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Paternoster, R. (2010=), “How much do we really know about criminal deterrence?”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 100, No. 3.
- Patterson, O. (2012), “Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present”, en *The Legal Understanding of Slavery*, Jean Allain (coord.), Oxford: Oxford University Press.
- (1982), *Slavery and Social Death: a comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Paz, M./Lowry, S. (2013), “Artículo 140. Reducción a la servidumbre”, *Código Penal comentado, Revista Pensamiento Penal*.
- Peabody, S., “*There Are No Slaves in France*”: *The Political Culture of Race and Slavery in the Ancien Regime*, Oxford University Press, Nueva York, 1996
- Peach, L. J. (2000), “Human Rights, Religion, and (Sexual) Slavery”, *The Annual of the Society of Christian Ethics*, Vol. 20.
- Peccioli, A. (2004), “Giro di vite contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone”, *Diritto penale e processo*, No. 1.

- Peces Barba Martínez, G. (1999), *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Madrid: Dykinson.
- Pedraz Peñalva, E./Ortega Benito, V. (1990), “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, No. 17.
- Peiró Pérez, M. J./Zorroza M. I. (2014), “La noción de libertad como causa sui en Tomás de Aquino”, *Cauriensia*, Vol. 9.
- Pena González, M. A. (2003), *Francisco José de Jaca. La primera propuesta abolicionista de la esclavitud en el pensamiento hispano*, Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca.
- Pena González, M. A. (2001), “Un documento singular de Fray Francisco José de Jaca, acerca de la esclavitud práctica de los indios”, *Revista de Indias*, Vo. 56, No. 223, pp. 701-713.
- Penner, J. E. (2012), “The Concept of Property and the Concept of Slavery”, en: *The Legal Understanding of Slavery*, Allain, J. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- (1995), “The Bundle of Rights Picture of Property” *UCLA Law Review*, Vol. 43, 1995, pp. 711 y ss.
- Perelló Domenech, I. (1997), “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, No. 28.
- Pérez Alonso, E. (2019), “Concepto de abuso sexual:: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Indret*, No. 3.
- (2017), “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013-2015), “La política europea en materia de trata de seres humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 16-18, pp. 1151-1193.
- (2013), “La trata de seres humanos en el Derecho penal español”, en *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual*, Villacampa, Estiarte, C. (coord.), Navarra: Aranzadi.
- (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1999), “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 2.

- (1995), *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Pérez Alonso, E./Martín Morales, R. (2017), “Referéndums, consultas populares y delitos electorales ¿Son aplicables los tipos delictivos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General a las consultas populares?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 19, No. 32.
- Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, coord., (2019), E., *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Cepeda, A. I. (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho Penal*, Granada: Comares.
- Pérez Luño, A. E. (2011), *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- Pérez Machío, A. I. (2005), *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco.
- Pérez Manzano, M. (2009), “Artículo 15: Derecho a la vida y a la integridad Física”, *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*, en Casas Baamonde, E./Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (ed.), Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Pérez Solla, M. F. (2006), *Enforced Disappearances in International Human Rights*, NC: McFarland.
- Pérez Vallejo, A. I./Pérez Ferrer, F. (2016), *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Madrid: Dykinson.
- Perroy, E. (1949), “A l'origine d'une économie contractée: les crises du XIV e siècle”, en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, Vol. 4, No. 2, p. 167-182
- Pettit, P. (2001), *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Oxford: Oxford University Press.
- Philipmore, R (1879)., *Commentaries upon International Law*, Londres: Butterworths.
- Phillips, W. (1989), *La esclavitud desde la época romana hasta los inicios del comercio transatlántico*, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid.
- Picotti, L. (2007), “Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale”, *L'indice penale*, Vol. 10, No. 1.
- Piotrowicz, R. (2012), “States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24, No. 2, pp. 181-201
- Plant, R. (2007), *Forced labor, slavery and poverty reduction: Challenges for development agencies*. Presentación a la Conferencia de Alto Nivel de Reino Unido para examinar los vínculos entre la pobreza, esclavitud y la exclusión social en la Oficina

- de *Commonwealth* y DFID, Londres, 2007: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/statement/wcms_096992.pdf [último acceso: 29/12/2019].
- Plant, R. (2015), “Modern Slavery: The Concepts and their Practical Application”, ILO Working Paper: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_355052.pdf [ultimo acceso: 23/01/2020]
- Platón (1960), *Las Leyes, T. I, libro VII*, Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Pluen, O. (2015), “Le crime de réduction en esclavage Ou l'incrimination du ‘Coeur de l'esclavage moderne’ en droit pénal interne par la loi du 5 aout 2013”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Vol. 1, No. 29, pp. 29-48
- Pocar, F. (2007), “Human Trafficking: A Crime Against Humanity”, en *Measuring Human Trafficking*, Savona, E.U./Stefanizzi, S. (eds), Springer.
- Poe, S. C./Tate, C.N. (1994), “Repression of human rights to personal integrity in the 1980s: A global analysis”, *American Political Science Review*, Vol. 88, No. 4, pp. 853-872.
- Pomares Cintas, E. (2014-2015), “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 7, pp. 143-174.
- Pomares Cintas, E. (2013), *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 13, No. 15.
- Pomares Cintas, E. (2011), “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Álvarez García, J. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Portilla Contreras, G. (1989), “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Cuadernos de Política Criminal*, No. 39.
- Postma, J. (1990), *The Dutch in the Atlantic Slave Trade 1600-1815*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (1972), “The dimension of the Dutch slave trade from Western Africa”, *Journal of Africa History*, Vol. 13, pp. 237-248
- Prakash, G. (2003), *Bonded histories: Genealogies of labor servitude in colonial India*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Prieto Álvarez, T., *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Civitas, Madrid, 2005

- Prieto del Pino, A. (2016), “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Becerra Muños, J./ Nieto Martín, A./Muñoz de Morales Romero, M., Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L. (2003), “La limitación constitucional del legislador penal”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta.
- Pritchard, J. (2004), *In search of Empire: the French in the Americas, 1670-1730*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas/OIT (2017), *La trata de personas con fines de explotación laboral. Estrategias para la detección e investigación del delito*, Dirección de Relaciones Institucionales - Ministerio Público Fiscal de la Nación.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (2016), *Reseña jurisprudencial sobre casos de trata de la Cámara General de Casación Penal*.
- Queralt Jiménez, J. (2010), “Delitos laborales”, en *Derecho Penal español. Parte Especial*, Barcelona: Atelier.
- Quintero Olivares, G., dir. (2016), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra: Aranzadi.
- (1982), “Acto, resultado y proporcionalidad”, en *Libro homenaje al Profesor Antón Oneca*, AAVV, Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Quirk, J. (2012), “Defining Slavery in all its Forms: Historical Inquiry as Contemporary Instruction”, en Allain, J., *The Legal Understanding of Slavery*, Oxford: Oxford University Press, Oxford.
- Quirk, J. (2011), *The Anti-Slavery Project: From the Slave Trade to Human Trafficking*, Pensilvania: University of Pennsylvania Press, Pensilvania.
- Quirk, K. (2009), *Unfinished Business: A Comparative Survey Historical and Contemporary Slavery*, París: Unesco Publishing.
- Quirk, J. (2008), “Ending Slavery in all its Forms: Legal Abolition and Effective Emancipation in Historical Perspective”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 12, No. 4, pp. 529-554.
- Quirk, J. (2006), “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 3, pp. 565-598
- Quispe Remón, F. (2012), “Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, pp. 143-183
- RACE in Europe Project Partners (2014), *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe Exploratory Study and Good Practice Examples*, Anti-Slavery International.

- Rainey, B./Wicks, E./Obey, C., Jacobs (2014), *White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Nueva York: Oxford University Press.
- Ramos Tapia, M. I. (2015), “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Villacampa Estiarte, C./Aguado Correa, T., Navarra: Aranzadi.
- Rassam, A. Y. (1991), “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, pp. 342 y ss
- Rebollo Vargas, R. (2007), “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. 60, No. 1.
- Rebollo Vargas, R./Cugat Mauri, M./Rodríguez Puerta, M. J: (2006), “Normativa internacional y derecho comparado”, *Trata de personas y explotación sexual*, García Arán, M. (coord.), Granada: Comares.
- Relator Holandés sobre la Trata de Seres Humanos (2007), *Fifth Report of the Dutch National Rapporteur*, BNRM.
- Ricard-Guay, A./Maroukis, T. (2017), “Human Trafficking in Domestic Work in the EU: A Special Case or a Learning Ground for the Anti-Trafficking Field?”, *Journal of Immigrants & Refugee Studies*, Vol. 15, No. 2, pp. 109-121.
- Rice, C. D. (1975), *The Rise and Fall of Black Slavery*, Harpercollins College Division.
- Richard, A.O.N. (2000), *International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organized Crime*: <https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/csi-publications/books-and-monographs/trafficking.pdf> [último acceso: 24/01/2020]
- Richardson, D. (2001), “Shipboard Revolts, African Authority and the Atlantic Slave Trade”, *William and Mary Quaterly*, Vol. 58, pp. 69-92.
- Rijken, C. (2003), *Trafficking in Persons: Prosecution from a European perspective*, La Haya: Asser Press.
- Riley. S. (2010), “Human dignity: comparative and conceptual debates”, en *International Journal of Law in Context*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodney, W. (1985), “The Colonial Economy”, en *General History of Africa: Africa under colonial domination 1880-1935*, Boahen, A. A. (ed.), UNESCO, California: Heine-mann.
- Roberts, R./Miers, S. (1988), “The End of Slavery in Africa”, en *The End of Slavery in Africa*, Miers, S./Roberts, R. (ed.), AltaMira Press.
- Roberts, N. (1992), *Whores in History: Prostitution in Western Society*, Londres: Harper

Collins.

- Robinson, D. (2008), “The Identity Crises of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, pp. 925-963.
- Rodney, W. (1985), “The Colonial Economy” en A. Boahen (ed.), *General History of Africa Vol. VII, Africa under Colonial Domination 1880-1935*, California: University of California Press.
- Rodríguez López, S. (2016), “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 42.
- Rodríguez Mourullo, (1984), “Comentario al artículo 15 de la CE”, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Alzaga Villaamil, O. (dir.), Madrid: Edersa.
- Rodríguez-Fernández, A./Ramos-Con, P. (2018), “Entre lo oculto y lo silenciado: la trata de personas en Costa Rica y sus desafíos para la investigación académica”, *Espiga*, Vol. 17, No. 35.
- Rodríguez Ramos, L. (1982), “La pena de las galeras en la España Moderna”, en *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, VVAA, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Rodríguez Ramos, L. (1978), “La pena de galeras en la España moderna”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 31, No. 2.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2012), “Derechos en el trabajo y trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, No. 15-18.
- Rodríguez Mesa, M. J. (2001), “El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, *Poder Judicial*, No. 62, 2001
- (2000), *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada: Comares.
- Rojo Torrecillas, E. (2017), “Nueva esclavitud y trabajo forzoso. Un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E., Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rosen, M. (2012), *Dignity: its History and Meaning*, Harvard University Press.
- Rosenthal, F., *Muslim Concept of Freedom Prior to the Nineteenth Century*, Brill, 1960
- Roth, V. (2012), *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Rotman, Y. (2004), *Les Esclaves et l'esclavage de la Méditerranée Antique à la Méditerranée médiévale. VI-XI siècles*, Paris.

- Roxin, C. (2013), “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 15, No. 1.
- (2006), “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión”, Santana Vega (trad.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- (1997), *Derecho Penal. Parte General*, Luzón Peña, D./De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M. (trad.), Madrid: Civitas, Madrid.
- Rubiera Cancelas, M. (2014), *La esclavitud femenina en la Roma Antigua*, Oviedo: Trabe.
- Ruggeri A./Spadaro, A. (1991), “Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale”, en *Política del Diritto*, Torino.
- Ruiz Resa, J. (2014), Preparando un plan de investigación en ciencias jurídicas, en: *Jornada de recepción, información sobre el desarrollo del programa, la normativa a aplicar y breve introducción sobre el plan de investigación*, Granada: Universidad de Granada: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/31090> [último acceso: 28/12/2019].
- Runkle, G. (1964), “Karl Marx and the American Civil War”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 6, No. 2, pp. 117-141.
- Sachs, J. (2005), *The End of Poverty*, Nueva York: Penguin.
- Sage, J./Kasten, L., eds. (2006), *Enslaved: True Stories of Modern Day Slavery*, Londres: Palgrave MacMillan.
- Salgado, P. D. (2015), “Deslocalización de la producción y la fuerza de trabajo: Bolivia - Argentina y las tendencias mundiales en la confección de indumentaria”, *Si Somos Americanos*, Vol. 15, No. 1.
- Salt, J./Stein, J. (1997), “Migration as a Business: The Case of Trafficking”, *International Migration*, Vol. 35, pp. 467-494
- Sala-Molins, L. (1987), *Le code noir, ou le calvaire de Canaan*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 221-237
- Sánchez-Covisa Villa, J. (2016), “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, No. 52.
- Saunders, P./Soderlund, G. (2003), “Threat or Opportunity? Sexuality, Gender, the EBB and Flow of Trafficking Discourse”, *Canadian Woman Studies*, Vol. 22, No. 3-4.
- Savona, E. U./Stefanizzi, S., eds (2007), *Measuring human trafficking. Complexities and pitfalls*, Nueva York: Springer.
- Scarpa, S. (2018), *Contemporary Forms of Slavery*, EP/EXPO/B/COMMITTEE/FWC/2013-08/Lot8/23, Policy Department for External Relations, Unión Eu-

ropea, 2018, pp. 38 y 39: [http://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/STUD/2018/603470/EXPO_STU\(2018\)603470_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/STUD/2018/603470/EXPO_STU(2018)603470_EN.pdf) [ultimo acceso: 24/12/2019].

- Schabas, W. (2011), “Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention of Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9.
- Schacht, J. (1982), *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Schachter, O., (1983) “Human Dignity as a Normative Concept”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4, pp. 848-854.
- Schafer, J. K. (1995), “Roman Roots of the Louisiana Law of Slavery: Emancipation in American Louisiana, 1803-1857”, *Louisiana Law Review*, Vol. 56, pp. 409 y ss.
- Scharf, M.P./Mattler, S. (2005), “Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity”, *Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper*, 05-35.
- Schtayerman, E. M. (1980), “La caída del régimen esclavista”, en: *La transición del esclavismo al feudalismo*, Bloch, M., Madrid: Akal, Madrid.
- Schwenger Augier, F. (2012), “¿Plena in Re Potestas? Paradigmas y problemas en torno a la definición de la propiedad en la filosofía política y jurídica contemporánea”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 15, pp. 59-104
- Schopen, G. (2014), “AAR Centennial Roundtable: Liberation Is Only for Those Already Free: Reflections on Debts to Slavery and Enslavement to Debt in an Early Indian Buddhist Monasticism”, *Journal of the American Academy of Religion*, Vol. 82, No. 3.
- Schrage, E. J./Ewing, A. P. (2005), “The cocoa industry and child labour”, *Journal of Corporate Citizenship*.
- Schultz, J. S./Castan, M. (2004), *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, materials and commentary*, Oxford: Oxford University Press.
- Sciurba, A. (2017), “Misrecognising asylum. Causes, Modalities, and Consequences of the Crisis of a Fundamental Human Right”, *Rivista di Filosofia del diritto*, núm. 1, pp. 141-164
- Scott, S. (2017), *Labour exploitation and work-based harm*, Bristol: Policy Press.
- Scott, R. J./de Andrade Barbosa, L. A./Haddad, C. E. (2017), “How Does the Law Put a Historical Analogy to Work: Defining the Imposition of a Condition Analogous to That of a Slave in Modern Brazil”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Vol. 13, No. 1.
- Sellers, P. V./Kestenbaum, J. G. (2020), “Sexual Slavery and Customary International Law” en *Prosecuting the President: the Trial of Hissène Habré*, Weill, S. et al. (eds.), en prensa

- Sellers, P. V. (2011), “Wartime Female Slavery: Enslavement”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, No. 1, pp. 115-144
- Sellin, T. (1966), “Reflexiones sobre el trabajo forzado”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, No. 174.
- (1946), *Pioneering in Penology. The Houses of Correction in the sixteenth and seventeenth centuries*, Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- Silva Sánchez, J. M. (2019), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., Barcelona: Atelier.
- (2015), *En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires: B de F.
- (2011), *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires: B de F.
- (2009), “Nullum crimen sine poena?: sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Martínez Francisco, M./ N.García-Pablos de Molina, A./Miranda de Avena, C. (ed.), Granada: Comares.
- (1998), “¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, *Revista brasileira de ciências criminais*, No. 23, pp. 9-23
- (1996), “Eficiencia y Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 49, No. 1, pp. 93-128.
- (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch.
- Smet, S. (2013), “The ‘Absolute’ Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment in Article 3 ECHR”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Brems, E./Gerards, J. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press.
- (2013), “Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Vol. 13, No. 3.
- Senise Ferreira, I. (1988), “A atualidade do pensamento de Carrara no direito penal”, 83 *Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo*, Vol. 83.
- Serafini, F. (1927), *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid: Espasa.
- Serna Bermúdez, P. (1999), “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 41.

- Shah, A./Lerche, J./Axelby, R./Benbabaali, D./Donegan, B./Raj, J./Thakur, V. (2018), *Tribe, caste and class - New mechanisms of exploitation and oppression. In Ground down by growth: Tribe, caste, class and inequality in twenty-first-century India*, London: Pluto Press.
- Shamir, H. (2012), "A Labor Paradigm to Human Trafficking", *UCLA Law Review*, Vol. 60, pp. 78-136.
- Sharapov, K./Hoff, S./Gerasimov, B. (2019), "Editorial: Knowledge is Power, Ignorance is Bliss: Public perceptions and responses to human trafficking", *Anti-Trafficking Review*, No. 13, pp. 1-11
- Shelley, L. (2010), *Human trafficking: A global perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2003), "The Trade in People in and from the Former Soviet Union" *Crime, Law and Social Change*, Vol. 40, No. 2-3, pp. 231-250.
- Shue, H. (1996), *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press.
- Siller, N. (2016), "'Modern Slavery' Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 2, pp. 405-427.
- Silver, M. (2018), "Bondage by contract in the late Roman empire", *International Review of Law and Economics*, Vol. 54, p. 17
- Simm, G. (2004), "Negotiating the United Nations Trafficking Protocol: Feminist Debates", *Australian Yearbook of International Law*, No. 23.
- Singer, J.W. (1982), "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", *Wisconsin Law Review*, pp. 975-1059
- Singh, R. (2008), "Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights", *Judicial Review*, Vol. 13, No. 2.
- (1997) *The Future of Human Rights in the United Kingdom: Essays on Law and Practice*, Oxford: Hart Publishing.
- Skinner, Q. (2008), *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2002), *Visions of Politics. Volume I. Regarding Method*, Nueva York: Cambridge University Press.
- (1978), *The foundations of modern political thought*, 2 vol., Cambridge: Cambridge University Press.
- (1969), "Meaning and Understanding in the History of Ideas", *History and Theory*, Vol. 8, No. 1, pp. 3-53

- Skrivankova, K. (2010), *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, Joseph Rowntree Foundation.
- Slater, R. (2012), "Gender Violence or Violence against Women - The Treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2, pp. 732-773
- Smith, S. B. (1991), "Hegel and the problem of slavery", *Cardozo Law Review*, Vol. 13, pp. 1771-1815
- Snyder, P. J./Priem, R. L./Levitas, E. (2009), "The diffusion of illegal innovations among management elites", *Academy of Management Proceedings*, Vol. 1.
- Sobrino Heredia, J. M. (2008), "Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, en Mangas Martín, A. (dir.), Bilbao: Fundación BBVA, Bilbao.
- Soh, C. S. (2008), *The comfort women: Sexual violence and postcolonial memory in Korea and Japan*, Chicago: University of Chicago Press.
- Sociedad de Naciones Comité Consultivo, (1936), *Report of the Committee of Expert son Slavery, Third Session*, C.189(I).M.145.1936, VI, 13-14.
- Sociedad de naciones, Comité Consultivo (1935), *Report of the Committee of Expert son Slavery, Second Session*, C.159.M.113.1935.VI.
- Sociedad de Naciones, Comisión Temporal (1926), *Slavery Convention: Report presented to the Assembly by the Sixth Committee*, A.104.1926.VI, VI.B.Slavery.1926, VI, B.5
- Sociedad de Naciones (1930), *International Commission of Enquiry in Liberia*, C.658.M.272.1930.VI., 15 de diciembre de 1930
- Sociedad de Naciones, Comisión Temporal (1925), *Report of the Commission*, A.19.125.VI
- Solzhenitsyn, A. (1973), *The Gulag Archipelago 1918-1956: An experiment in Literary Investigtrion*, vol. I, Londres: Perennial Classics.
- Soto Nieto, F. (1998), "El delito de torturas en el Código Penal vigente y en el Código derogado", *La Ley*, No. 5.
- Spavan, J./Barbeyrac, J./Pufendorf, S. (1716), *Pufendorf's Law of Nature and Nations: Abridg'd from the Original*, T. Varnan and J. Osborne.
- Spitzer, A. L. (2017), *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer.
- Starck, C. (2008), "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el Derecho alemán", en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Fernández Segado, F., Madrid:

- Dykinson.
- Starck, C. (2007), “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina”, *Revista Catalana de Dret Públic*, No. 36.
- Starmer, K. (2014), “Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century”, *Criminal Law Review*, Vol. 11.
- (2001), “Positive Obligations under the Convention”, *Understanding Human Rights Principles*, en Jowell, J./Cooper, J. (eds.), Oxford: Hart Publishing.
- Steiner, H. J./Alston, P./Goodman, R. (2008), *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford: Oxford University Press.
- Steinfeld, R. J. (1999), “Changing Legal Conceptions of Free Labor”, en *Terms of Labor*, Engerman, S. L. (ed.), Stanford University Press.
- (1991), *The invention of free labor: the employment relation in English and American law and culture, 1350-1870*, UNC Press Books.
- Steinmann, C. (2016), “The Core Meaning of Human Dignity”, *PER/PELJ*, Vol. 19.
- Stewart, R. H. (2012), *Plautus and Roman slavery*, Oxford: Wiley-Blackwell.
- Stoyanova, V. (2018), “Sweet Taste with Bitter Roots: Forced Labour and *Chowdury and Others v Greece*”, *European Human Rights Law Review*, Vol. 1, pp. 67–75
- (2017), “United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 38, No. 3, pp. 359-454.
- (2017), *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Strauss, K. (2012), “Coerced, forced and unfree labour: Geographies of exploitation in contemporary markets”, *Geography Compass*, Vol. 6, No. 3, pp. 137-148
- Strauss, K./McGrath, S. (2017), “Temporary migration and precarious employment and unfree labour relations: Exploring the “continuum of exploitation in Canada’s Temporary Foreign Worker Program”, *Geoforum*, Vol. 78pp. 199-208
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (2018), *Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*, 7ª ed., Madrid: Civitas, Madrid.
- Suchman, M. (1995), “Managing legitimacy: strategic and institutional approaches”, *Academy of Management Review*, Vol. 20, No. 3, pp. 571-610
- Sverdlov, D. (2017), “Rape in War: Prosecuting the Islamic State of Iraq and the Levant and Boko Haram for Sexual Violence against Women”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 50, No. 2, pp. 333-359.
- Sweezy, P., Dobb, M. E. (1950), “The transition from feudalism to capitalism”, *Science*

and Society, pp. 134-167

- Swepton, L. (2015), *Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law*, ILO Working Paper: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--declaration/documents/publication/wcms_342966.pdf [último acceso: 23/01/2020].
- Szczaranski Vargas, F. L. (2012), “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Política Criminal*, Vol. 7, No. 14, pp. 378-453
- Tamarit Sumalla, J. M. (2016), “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (dir.), Navarra: Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2015), “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en *Comentario a la reforma penal del 2015*, Quintero Olivares, G. (dir.), Navarra: Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2002), *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi.
- Tavakoli, N. (2009), “A Crime that Offends the Conscience of Humanity: A Proposal to Reclassify Trafficking in Women as an International Crime”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9.
- Terradillos Basoco, J. M., coord. (2016), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo IV*, Madrid: Iustel.
- (1981), “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 63.
- Terradillos Basoco, J. M./Baylos Grau, A. (1997), *Derecho Penal del trabajo*, Madrid: Trotta.
- Tessier, K. (1995-1996), “The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling”, *Global Legal Studies Journal*, Vol. 3.
- Thapar, R. (1996), *Ancient Indian social history: Some interpretations*, Londres: Sangam Books.
- Thomas, H. (1998), *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Alba, V./Boune, C. (trad.), Barcelona: Editorial Planeta.
- Thompson, E. A. (1966), “Slavery in early Germany”, en Finley, M., *Slavery in the Classical Antiquity. Views and controversias*.
- Thot, L. (1937), *Ciencia Penitenciaria*, La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

- Tinker, H. (1974), *A New System of Slavery: The Export of Indian Labour Overseas 1830-1920*, Oxford: Oxford University Press.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2014), “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica, ¿un concepto útil?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 102.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2016), “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret. Revista del Análisis del Derecho*, No. 3, pp. 3-72
- Toy-Cronin, B. A. (2010), “What is Forced Marriage? Towards a Definition of Forced Marriage as a Crime against Humanity”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 19, No. 2.
- Transparency International (2011), *Corruption and Human Trafficking*, Working Paper 03/2011: https://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundColor=%23222222 [último acceso: 24/12/2019]
- Trinci, A./Farini, S. (2015), *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, Roma.
- Truyol y Serra, A. (1989), “Thomas Paine y la esclavitud de los negros”, en VV.AA., *Studi in memoria di Giovanni Ambrosetti, 2 vol.*, Milán: Giuffrè, Milán.
- Tucker, L. (1997), “Child Slaves in Modern India: The bonded labor problem”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, No. 3, pp. 572-629
- Tsutsui, K. (2006), “Redressing past human rights violations: Global dimensions of contemporary social movements”, *Social Forces*, Vol. 85, No 1, pp. 331-354.
- UNODC (2018), *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, Viena: UNODC.
- UNODC (2011), *Issue Paper: The Role of Corruption in Trafficking in Persons*, Viena: UNODC.
- UNODC (2010), *Ley Modelo contra la trata de personas*, Nueva York: UNODC.
- UNODC (2007), *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Viena: UNODC.
- UNODC (2006), *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, Nueva York: UNODC.
- UNODC (2006), *Legislative Guide for the Implementation of the Procol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Nueva York, UNODC.
- Urban F. (2018), “La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking”, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, No. 1.

- Uribe Olvera, M. (2018), “El tipo penal de trata de personas”, en AAVV, *Trata de personas. Un acercamiento a la realidad nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Valls Prieto, J. (2009), “Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas”, en *Estudios Jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, L. (dir.), Madrid: Dykinson.
- Valverde Cano, A. B./Castillo Parrilla, J. A. (2017), “Trata de seres humanos como un asunto de seguridad. ¿Existen instrumentos suficientes para la lucha contra el cibertrafficking?”, en *Los estudios militares y de seguridad en los albores del siglo XXI*, Durán Cenit, M./González Abellán, R. (coord.), Granada: Editorial de la Universidad de Granada.
- Valverde Cano, A. B. (2019), “Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, *Estudios de Deusto*, Vol. 67, No. 2.
- Van Cleve, G. (2006), “Somerset’s Case and its Antecedents in Imperial Perspective”, *Law and History Review*, Vol. 24, No. 3, pp. 601-645.
- Van der Anker, C. (2011), “Slavery”, en *Encyclopedia of global justice Vol. 2*, Chatterjee, D. (ed.), Dordrecht, Springer.
- Van der Anker, C., ed. (2004), *The Political Economy of New Slavery*, Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Van der Wilt, H. (2016), “Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol., 14, No. 2.
- (2014) “Trafficking in human beings, enslavement, crimes against humanity: unravelling the concepts”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13, No., 2, pp. 297-334
- Van Nifterik, G. (2001/2002), “Hugo Grotius on ‘Slavery’”, *Grotiana (New Series)*, Vol. 22-23, 2001/2002.
- Van Voorhout, J. E. B. (2007), “Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime”, *Utrecht Law Review*, Vol. 3, No. 2, p. 44-69
- Vansina, J. (1962), “Long-distance trade-routes in Central Africa”, *The Journal of African History*, Vol. 3, No. 2, pp. 375-390
- Varin, C. (2016), *Boko Haram and the War on Terror*, Westport, ABC-CLIO.
- Vattel, E. (1916), *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, Fenwick, C. G. (trad.), Washington: Carnegie Institution of Washington.
- Vaughan, A.T. (1995), *Roots of American Racism: Essays on the Colonial Experience*, Oxford: Oxford University Press.
- Vázquez González, C. (2019), “Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los

- ciudadanos extranjeros”, en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 4ª ed. Serrano Gómez, A. et at, Madrid: Dykinson
- Vega Silva, R. (2016), “Entre el contextualismo de Skinner y los “perennial problems”: una propuesta para interpretar a los clásicos”, *Praxis Filosófica Nueva Serie*, No. 43.
- Verité (2016), *Research on Indicators of Forced Labor in the Supply Chain of Coffee in Guatemala*.
- (2014), *Labor and Human Rights Risk Analysis of the Guatemalan Palm Oil Sector*.
- Verlinden, C. (1980), “Aspects quantitatifs de l'esclavage méditerranéen au Bas Moyen Âge”, *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. 10.
- (1977), “L'etat et l'administration des communautés indigènes dans l'empire espagnol d'amerique: Quelques réflexions”, *Anuario de Estudios Hispanoamericanos*, No. 34.
- (1970-1971), “L'esclavage dans la Péninsule Ibérique au XIV siècle”, *Anuario de estudios medievales*, No. 7.
- (1934), “L'esclavage dans le monde ibérique medieval”, *Anuario de historia del derecho español*, Vol. 11, pp. 283-448
- Vernant, J.P./Vidal-Naquet, P. (1988), *Travail & esclavage en Grece ancienne*, Bruselas: Complexe.
- Vicente y Caravantes, J. V. (1851), *Código penal reformado comentado novísimamente*, Madrid y Santiago: Librerías de Don Ángel Callejar.
- Vidal-Naquet, J., P. (1983), *Formas de pensamiento y formas de sociedad en el mundo griego*, Barcelona: Península.
- Vigano, F. (2014), “La arbitrariedad del no punir Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Política Criminal*, Vol. 9, No. 18.
- (2010) “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales de la jurisprudencia del TEDH”, *Diritto Penale Contemporáneo*.
- Vijayarasa, R./Bello y Villarino, J. M. (2013), “Modern-Day Slavery - a Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev”, *International Law and International Relations*, Vol. 9.
- Villacampa Estiarte, C. (2016), “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (dir.), Navarra: Aranzadi.
- (2013), “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 10, pp. 293-342
- (2012), “Trata de seres humanos y delincuencia organizada”, *InDret*, Vol. 1.

- (2011), *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Navarra: Aranzadi.
- (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*, Vol. 13, No. 14.
- Villacampa Estiarte, C./Torres Rosell, N. (2012), “Mujeres víctimas de Trata en Prisión en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 8.
- Villalibre Fernández, V. (2009), *Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos*, Barcelona: Oficina de promoción de la paz y de los derechos humanos de la Generalidad de Cataluña.
- Vives Antón, T.S. (2005), “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 25.
- Vizmanos, T. M., Álvarez Martínez, C. (1848), *Comentarios al Código penal*, vol. I.
- Vlassis, D. (2000), *The Global Situation of Transnational Organized Crime, the Decision of the International Community to Develop an International Convention and the Negotiation Process*, UN Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Annual Report and Resource Materials Series No. 59,
- Von Hirsch, A. (1998), *Censurar y castigar*, Madrid: Trotta.
- Waldron, J. (2013), “Is dignity the foundation of human rights?”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper, No. 12-73*
- (1990), *The right to Private Property*, Oxford: Clarendon Press.
- (2012), *Dignity, Rank and Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Walk Free Foundation (2013), *The Global Slavery Index 2013*.
- Walk Free Foundation (2014), *The Global Slavery Index 2014*.
- Walk Free Foundation (2016), *The Global Slavery Index 2016*.
- Walk Free Foundation (2018), *The Global Slavery Index 2018*.
- Walkowitz, J. R. (1980), *Prostitution and Victorian Society*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Walvin, J. (1986), *England, Slaves and Freedom 1776–1838*, Londres: Palgrave Macmillan.
- Warburton, D. (2004), “The Rape of a Label: Why it Would be Wrong to Follow Canada and Have a Single Offence of Sexual Assault”, *Journal of Criminal Law*, Vol. 68.

- Watson, A. (1989), *Slave Law in the Americas*, University of Georgia Press.
- (1987), *Roman slave law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Webb, J. W./Tihanyi, L./Ireland, R. D./Simon, D. G. (2009), “You say illegal, I say illegitimate: Entrepreneurship in the informal economy”, *Academy of Management Review*, Vol. 34.
- Webster, C.K. (1925), *The Foreign Policy of Castlereagh, 1815-1822: Britain and the European Alliance*, Londres: G. Bell.
- Weindl, A. (2008), “The asiento de Negros and International Law”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 10.
- Weiss, T. G. et al (2007), *The United Nations and Changing World Policies*, 5^a ed., Londres: Westview.
- Weissbrodt, D./Anti-Slavery International (2002), *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/02/4.
- Weisstub, D. (2002), “Honor, Dignity and the Framing of Multiculturalist Values”, *The Concept of human dignity in human rights discourse*, AAVV, La Haya: Kluwer Law International.
- Weitzer, R. (2015), “Human trafficking and contemporary slavery”, *Annual review of sociology*, Vol. 41.
- (2014), “New Directions in Research on Human Trafficking”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 653, No. 1.
- (2011), “Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 101, No. 4.
- Welch, C. (2009), “Defining Contemporary Forms of Slavery: Updating a Venerable NGO”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 31.
- Wertheimer, A. (1999), *Exploitation*, Princeton: Princeton University Press.
- (1997) “Remarks on Coercion and Exploitation”, *Denver University Law Review*, Vol. 74, pp. 889-906.
- Westermann, W.L., *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, American Philosophical Society, Filadelfia, 1955
- (1945), “Between Slavery and Freedom”, *The American Historical Review*, Vol. 50, No. 2.
- Wiedemann, T. (1981), *Greek and Roman slavery*, Londres: Routledge.
- Wijers, M./Lap-Chew, L. (1997), *Trafficking in Women: Forced Labour and Slavery-*

- Like Practices in Marriage, Domestic Labour and Prostitution*, Utrecht: Foundation Against Trafficking in Women.
- Williams, E. (2011), *Capitalismo y Esclavitud*, Madrid: Traficantes de sueños.
- Williams, R. A. (1990), *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Nueva York: Oxford University Press.
- William, P., ed. (1999), *Illegal Immigration and Commercial Sex: The New Slave Trade*, Londres: Frank Class.
- Wharton, S. (2011), “The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting ‘New’ Crimes before the Special Court of Sierra Leona”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11.
- Wohlers, W. (2007), “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid y Barcelona: Marcial Pons.
- Wolf, E. (1959), *Sons of the shaking earth*, Chicago: University of Chicago Press.
- Wolff, C. (1934), *The Law of Nations Treated According to a Scientific Method*, Drake, J. H. (trad.), Londres: Clarendon Press & Humphrey Milford.
- Wolfgang, S./Paterson, I (2007)., “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 1.
- Wylie, G./McRedmond, P. (2010), “Introduction: Human Trafficking and Europe”, en *Human Trafficking in Europe: Character, Causes and Consequences*, Wylie, G./McRedmond, P. (eds), Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Wyllie, G. (2016), *The International Politics of Human Trafficking*, Londres: Palgrave Macmillan.
- Xenos, D. (2012), *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres: Routledge.
- Yasuaki, O. (2000), “When Was the Law of International Society Born? - An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 2.
- Yuge, T. (1990), “Le monde méditerranéen et l'esclavages”, *Annales littéraires de l'Université de Besançon*, Annequin, J./Lévêque, P. (eds.), París: Les belles lettres.
- Yusran, T. (2018), “The ASEAN Convention Against Trafficking in Persons: A Preliminary Assessment”, *Asian Journal of International Law*, Vol. 8, 2018.
- Zárate Conde, A., coord. (2018), *Derecho Penal Parte Especial*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Zavala, S. (1970), “Los esclavos indios en Guatemala”, *Historia Mexicana*, Vol. 19, No.

4.

— (1967), *Los esclavos indios en Nueva España*, México: El Colegio Nacional.

— (1935) “La encomienda indiana”, *El Trimestre Económico*, Vol. 2, No. 8.

Zedner, L./Asworth, A. (2019), “The rise and restraint of the preventive state”, *Annual Review of Criminology*, Vol. 2.

Zhang, S. (2007), *Smuggling and trafficking in human beings: All roads lead to America*, Londres: Greenwood Publishing Group.

Zoglin, K. (1986), “United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8.